ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

52

janeiro-fevereiro de 2005

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 13 n. 52 janeiro–fevereiro de 2005

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

Diretor Responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

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

Impressão e acabamento
Escolas Profissionais Salesianas
CNPJ 60.927.290/0001-45

Centro de atendimento ao consumidor:
Tel. 0800-702-2433 (ligação gratuita,
de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)
e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2005/2006

Diretoria executiva

Presidente
Maurício Zanoide de Moraes

1º Vice-Presidente
Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

1º Secretário
Tatiana Viggiani Bicudo

2º Secretário
Theodomiro Dias Neto

1º Tesoureiro
Mauricio Genofre

2º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Boletim
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Cursos
Juliana Sinhorini Nahum

Estudos e Projetos Legislativos
Maria Elizabeth Queijo

Internet
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal

Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Iniciação Científica
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Pós-Graduação
Alvino Augusto de Sá

Redes Internacionais
Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas
Renato Sergio de Lima

Coordenadores estaduais

Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM), Carmen da Costa Barros (DF), Edmundo Oliveira (PA), Elmir Duclerc (BA), Fabio Roberto D'Avila (RS), Fabio Trad (MS), Fabiola Monteconrado Ghidalevich (AM), Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (PB), Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE), Flavio Augusto F. de Lima (PE) Felipe Cardoso M. de Oliveira (SC), Guilherme Costa Câmara (PB). Heloisa Estellita (DF), João Guilherme Lages Mendes (AP), Lena Rocha (RN), Liliane Cristina de Oliveira (MG), Luiz Antonio Bogo Chies (RS), Marcelo Leonardo (MG), Maria de Salete da Costa Maia (AC), Maria Lúcia Karam (RJ), Maurício Kuehne (PR), Nilzardo Carneiro Leão (PE), Oswaldo Trigueiro Filho (PB), Paulo Vinicius Sporleder de Souza (RS), Selma P. de Santana (BA), Themis Maria Pachêco de Carvalho (MA), Vivnicius Toledo Piza Peluso (Baixada Santista)-(Regional).

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

Diretoria da Revista

Diretor
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Diretoras Adjuntas
Juliana Garcia Belloque e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da revista:

Adauto Alonso S. Suanes, Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho, Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Andrei Koerner, Augusto Eduardo de Souza Rossini, Berenice Maria Giannella, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Araujo da Silva, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, Helena Regina Lobo da Costa, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Marina Pinhão Coelho, Mario Sergio Sobrinho, Maurides de Melo Ribeiro, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira.

Colaboradores permanentes:

NACIONAIS

Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Frederico G. Thompson, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães

Marrey, Luiz 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, Ana Messuti, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Claudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Fernando Niño, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez Pedro Caeiro, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia e Stella Maris Martinez.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 53 – março-abril – 2005

O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003)

Ada Pellegrini Grinover

Corte penale internazionale e stati uniti d'america:

problemi e prospettive

David Donat-Cattin

A atuação da sociedade civil no apoio a egressos

do sistema penitenciário

Lígia Mori Madeira

Reparação começa com a anistia

Maria Amélia de Almeida Teles

A verdadeira reforma do Judiciário

Sérgio Rabello Tamm Renault

Sumário

1. Direito Penal

A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro 9
André de Almeida Panzeri

Anencefalia e interrupción del embarazo – Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente 53
Carlos Gherardi e Isabel Kurlat

Sanções de trânsito na *common law*: análise doutrinária e estudo de direito comparado dos sistemas jurídicos inglês e norte-americano 71
Cássio Mattos Honorato

Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal 135
Enrique Bacigalupo

Sistema penal e publicidade enganosa 158
Maria Lúcia Karam

El delito comisivo doloso consumado como un delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y en tentativa 177
Rolf Dietrich Herzberg

2. Processo Penal

Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal 203
Daniel R. Pastor

A tensão dialética entre os ideais de "garantia", "eficiência" e "funcionalidade" 250
Selma Pereira de Santana

3. Crime e Sociedade

A demonização do mal 277
Christian Pfeiffer

"Medidas extraordinarias para tiempos extraordinarios": política criminal tras el 11.09.2001 286
Emilio C. Viano

Prisionalização e sofrimento dos agentes penitenciários: fragmentos de uma pesquisa 309
Luiz Antônio Bogo Chies, Ana Luisa Xavier Barros, Carmen Lúcia Alves da Silva Lopes e Sinara Franke de Oliveira

4. O Direito em Ação

4.1 Parecer

Estelionato praticado por advogado no exercício da função 337
Sérgio Salomão Shecaira

5. Índice Alfabético Remissivo 369

Normas de publicação 374

1. Direito Penal

A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro*

André de Almeida Panzeri
Pós-graduado pela Universidade de Coimbra, Portugal.

Sumário: 1. Introdução. Algumas linhas sobre o direito penal econômico – 2. Atributos da sanção no direito penal econômico – 3. Considerações preliminares sobre a perda de bens – 4. Perda de bens no ordenamento português: 4.1 Regime do Código Penal. Natureza jurídica; 4.2 Regime da Lei 5/2002. Perda de bens como sanção autônoma – 5. Perda de bens no ordenamento brasileiro: 5.1 Natureza substitutiva; 5.2 Diferença entre efeitos da condenação e a pena de perda de bens; 5.3 Fixação do montante em sentença condenatória; 5.4 (In?)constitucionalidade da perda de bens. Princípio da personalidade da pena – 6. Notas finais – Bibliografia – Legislação.

Resumo: O objetivo do estudo é analisar o potencial de aplicação da perda de bens em favor do Estado em face dos delitos econômicos, enfocando-se o

* Texto apresentado no 6.º Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e Europeu (2003), realizado pela Faculdade de Direito de Coimbra, com ligeiras alterações.

instituto como sanção penal autônoma e não como efeito da condenação. Em um primeiro momento, busca-se identificar peculiaridades da sanção em direito penal econômico. A seguir, realiza-se o confronto entre o modelo português e o brasileiro, destacando-se deficiências, soluções e pontos harmônicos entre os dois diplomas.

Palavras-chave: direito penal econômico; criminalidade econômica; pena; perda de bens.

1. Introdução. Algumas linhas sobre o direito penal econômico **

A herança deixada pelo século passado é um mundo em delicado equilíbrio, com pouco (ou mesmo nenhum) controle, adequadamente retratado pelo conceito de "sociedade de risco" de Ulrich Beck. Nos últimos 20, 30 anos, as transformações sociais e os avanços tecnológicos se processaram em um ritmo acelerado. O Estado-Nação se depara com a sensação de impotência, desprovido de instrumentos eficazes ao gerenciamento dos novos conflitos. As crises financeiras e os acidentes ecológicos da década de 90 são ilustrativos dessa incapacidade.

No âmbito criminal, novas práticas surgiram e outras foram reinventadas, ganhando ainda maior capacidade lesiva. Num breve elenco, pode-se mencionar o tráfico de entorpecentes, a venda ilegal de armas e órgãos, a biopirataria, a exploração da prostituição e da imigração ilegal, a lavagem de dinheiro, os crimes ambientais, o terrorismo, os delitos informáticos, as organizações criminosas transnacionais e, é claro, a criminalidade econômica. De forma precisa, Anabela Rodrigues destaca que "o crime é um dos sintomas da emergência desta sociedade global e que, ao mesmo tempo, permite compreender a sua evolução: não só do ponto de vista das *ameaças* que a espreitam (com a infiltração da criminalidade

** A fim de facilitar a consulta, a legislação estrangeira mencionada está compilada ao final do trabalho.

nos centros de decisão políticos, econômicos e financeiros), mas também porque o crime se *adapta* às novas formas de socialização".[1]

Não por acaso, Silva Sánchez[2] afirma que a globalização e a integração supranacional foram os fenômenos responsáveis pelo aumento e pela sofisticação do delito econômico. O panorama jurídico se tornou mais complexo porque, na busca pela desregulação de mercados e livre circulação de ativos, antigas condutas deixaram de ser consideradas penalmente relevantes, enquanto outras foram substancialmente relativizadas. A partir de que ponto o controle de fluxo de capitais deve ser flexibilizado, sob risco de restringir o grau de investimentos no País? A vigilância do tráfego de mercadorias em fronteiras não se mostra contrária à dinâmica dos blocos comerciais?

É fácil constatar que, por motivos das mais diversas ordens, a estruturação do direito penal econômico não é uma tarefa simples. A primeira dificuldade ocorre desde logo na delimitação de seu conteúdo, em relação ao qual inexiste consenso doutrinário. "Isto se dá em conseqüência dos diferentes critérios empregados para conceituá-lo, entre os quais cabe ressaltar o bem jurídico tutelado, o *modus operandi*, os efeitos produzidos ou o sujeito da conduta."[3] Em sentido similar, afirmam Figueiredo Dias e Costa Andrade que a "acentuada historicidade, o dinamismo e o caráter nacional deste direito condenam

1. Cf. *Princípios orientadores do sistema punitivo em direito penal económico*, p. 5. Também Fabio D'avila ("A crise da modernidade e as suas conseqüências no paradigma penal; um breve excurso sobre o direito penal do risco"), assinala que "o direito penal liberal elaborado tendo por base o paradigmático delito de homicídio doloso, no qual há marcante clareza na determinação dos sujeitos ativo e passivo, bem como do resultado e de seu nexo de causalidade, defronta-se com delitos em que o sujeito ativo dilui-se em uma organização criminosa, em que o sujeito passivo é difuso, o bem jurídico coletivo, e o resultado de difícil apreciação. Sem falar, obviamente, do aspecto transnacional destes novos delitos, em que tanto a ação como o resultado normalmente ultrapassam os limites do Estado-Nação, necessitando, por conseguinte, da cooperação internacional para a elaboração de propostas que ambicionem uma parcela qualquer de eficácia".

2. *La expansión del derecho penal.* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, p. 63.

3. Cf. Rodrigo Sánchez Ríos, "Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação", p. 432.

inescapavelmente os autores ao desencontro, porquanto têm de haver-se com realidades diversas".[4]

Se é exato que as discussões sobre a delimitação conceitual não atingem o nível de convergência desejável é possível, entretanto, identificar, com razoável segurança, suas principais características. Tiedemann aponta a grande complexidade dos fatos, as dificuldades econômicas e jurídicas inerentes à matéria, a ausência de peritos e a insuficiente assistência judicial nas relações internacionais como entraves à sua adequada regulação.[5] William Terra de Oliveira assinala a tecnologia moderna como "fator potencializador do crime",[6] ao possibilitar a transferência de dinheiro e informação com o simples toque de um botão.[7]

É notório o elevado grau de sofisticação com que os delitos econômicos são cometidos. Via de regra, seus agentes são dotados de apurado conhecimento técnico, habituados aos trâmites do mercado.[8] Dispõem de habilidade suficiente para revestir suas operações com um "verniz" de legalidade, desprezando o recurso à violência. Trata-se ainda de uma criminalidade freqüentemente organizada em moldes empresariais, prevendo a divisão de tarefas entre seus

4. "Problemática geral das infrações contra a economia nacional", p. 81.

5. *Lecciones de derecho penal económico* (comunitario, español, alemán), p. 29. Anabela Rodrigues (op. cit., p. 12) adverte que, diante de uma criminalidade organizada em nível transnacional, beneficiária da liberalização de mercados e controles promovida pela globalização, torna-se imprescindível a ação conjunta dos Estados, no âmbito punitivo.

6. "Algumas questões em torno do novo direito penal econômico", p. 236.

7. Niels Madsen ("Economic crime in Denmark", p. 81) relata que a persecução do delito econômico pode se mostrar longa e custosa, não sendo incomum exigir do promotor público dedicação exclusiva a um caso, em tempo integral, e com o auxílio de peritos contábeis. Daí a necessidade de simplificar procedimentos penais (sem olvidar-se das garantias, obviamente) e contar com equipes aparelhadas e especializadas.

8. É correto afirmar que determinadas infrações violadoras da ordem econômica são perpetradas com técnicas rudimentares, cuja lesividade é pequena e restrita espacialmente. É o caso, por exemplo, da prática de preços abusivos em uma pequena comunidade, ou da sonegação de impostos, por vezes. Ainda assim, tais delitos costumam ocorrer às escuras, causando pouca ou nenhuma repercussão.

membros e o escalonamento em diferentes graus hierárquicos.[9] Tamanha profissionalização é responsável pelo relativo anonimato de seus agentes, bem como pela inércia da coletividade, que sequer imagina ou percebe o potencial lesivo de tais infrações.

Com relação a este último aspecto, todavia, alguns progressos se fazem notar. Nos últimos anos, tem se verificado um aumento da consciência social, sobretudo pelo diferente tratamento midiático a que é submetido o criminoso de colarinho-branco e pela crescente necessidade de estabilização da economia e regulação da concorrência.[10]

Por derradeiro, cabe assinalar o aspecto difuso das vítimas geralmente atingidas por tais práticas criminosas. Em infrações contra o meio ambiente ou contra a seguridade social, é muito difícil – se não impossível – individualizar os sujeitos passivos.

Em face da complexidade inerente à definição da criminalidade econômica, e atentos a suas peculiares características, uma indagação nos aflige: estaria o direito penal clássico, com seus institutos de origem iluminista, apto a lidar com essa modalidade delitiva? Parece-nos que não. A doutrina portuguesa e a alemã aceitam, há algum tempo, aliás, uma relativa autonomia do direito penal econômico. Faz-se necessária, portanto, uma releitura de conceitos como estrutura típica, culpabilidade e pena, bem como de problemas atinentes à teoria do erro e à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

9. Ao tratar dessa estrutura organizacional, Anabela Rodrigues (op. cit., p. 10) aponta ainda outro efeito prejudicial à persecução penal: "A dissociação que isto produz entre execução material directa e responsabilidade determina que o resultado lesivo possa aparecer significativamente separado, tanto no espaço, como no tempo, da ação dos sujeitos mais importantes ligados à prática do crime".

10. Muito ilustrativo dessa mudança é o movimento criminalizador dos delitos relativos ao abuso de informação privilegiada, junto ao mercado de valores mobiliários, no interior dos países-membros da União Européia. Antes visto com admiração, como um sujeito astuto e empreendedor, aos poucos o criminoso de colarinho-branco passa a ser mal visto pelo próprio meio negocial em que se insere, tornando-se um elemento desestabilizador das regras do jogo (Arroyo Zapatero, "Actualidad político criminal del derecho penal económico en España", p. 16).

Não é nosso propósito, evidentemente, ingressar em espaço de discussões tão amplo. Desse modo, direcionaremos nossos esforços à identificação dos aspectos principais vinculados à sanção em direito penal econômico, passando em seguida à consideração da pena de perda de bens.

2. Atributos da sanção no direito penal econômico

O atual molde em que se estrutura a sanção penal não é hábil à contenção do crime de colarinho-branco. Em primeiro lugar, devido a uma certa liberdade de ação de que dispõe o autor dessa categoria delitiva, em função das relações que geralmente mantém com o poder político e econômico. Em segundo lugar, pelas deficiências do sistema normativo do Estado. Tais deficiências são exploradas no sentido de inibir a aplicação do aparato penal, guiando a discussão para a seara da responsabilidade civil. Com isto, além de neutralizar a carga de reprovação moral contida em uma sanção criminal, consegue-se também uma "socialização de prejuízos", à medida que, por exemplo, a medida reparatória civil é diluída entre os sócios da sociedade comercial.[11] Utilizando tais recursos como "blindagem", o agente pode seguir adiante em seu empreendimento criminoso, praticamente livre de constrangimentos.

Sensível às peculiaridades dessa modalidade criminosa, Tiedemann formula alguns questionamentos cruciais, indagando se os delitos econômicos requerem sanções especiais e, em caso afirmativo, quais.[12] Bastaria modificar a

11. Cf. Maioli, "Gli ibridi di Yale: una nuova proposta punitiva per i delitti economici", p. 535.

12. *Poder económico y delito:* introducción al derecho penal económico y de la empresa, p. 151. Em sentido similar, De Vicente Martínez, "Las consecuencias juridicas en el ambito de la delincuencia economica", p. 106. Bajo Fernandez (*Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, p. 45) também afirma: "se ha dicho que la delincuencia económica es el banco de prueba de las teorías criminológicas, y se puede añadir que también es el banco de prueba de gran parte de instituciones jurídico-penales. *En efecto, será necesario cuestionar si la pena, concebida hoy como medio de resocialización y rehabilitación del delincuente, puede mantener tal significación frente a esta modalidad de la delincuencia*" (grifo nosso).

forma de execução das sanções já previstas na lei? Tais sanções podem dirigir-se também contra as pessoas jurídicas? Há de se admitir órgãos sancionadores distintos do juiz penal?[13]

Se o estudo dos fins da pena é, até hoje, uma das grandes polêmicas do direito penal clássico, tal situação não é diferente quando observada sob o ângulo do direito penal econômico. Ora a doutrina se inclina para fins retributivos, ora confere maior ênfase às finalidades de prevenção. Veremos que tentativas conciliatórias podem se mostrar paradoxais, inexeqüíveis, por vezes.

De acordo com Bajo Fernandez,[14] deve-se atribuir maior importância às finalidades retributivas e de prevenção geral, descartando-se a prevenção especial positiva. A primeira seria necessária no sentido de impedir que o delinqüente econômico termine por se beneficiar das penas privativas de liberdade de pequena duração, das suspensões condicionais de pena (*sursis*). Desse modo, o retributivismo significaria um endurecimento em relação ao tratamento dado a esse tipo de crime, marcado por condenações indulgentes e meramente simbólicas. À medida que esse endurecimento se dá pelo maior apego do legislador e do magistrado à pena privativa de liberdade, satisfaz-se também a pretensão de prevenção geral. Esta modalidade de sanção, aliás, parece atingir com maior eficácia o objetivo de dissuasão do agente criminoso, uma vez que embute uma espécie de risco com o qual o empresário não é capaz de lidar; ao contrário de penas como a multa, cujo montante pode de alguma forma ser contabilizado na estratégia delitiva. Finalmente, o professor espanhol afasta a finalidade preventivo-especial da pena, afirmando que os componentes das classes superiores não seriam suscetíveis de reabilitação ou reeducação. Neste específico quesito, ele não

13. No que concerne a estas últimas indagações (especialmente a última), Tiedemann esclarece ainda que nos países de tradição germânica e anglo-saxônica a orientação é de que o direito penal econômico tenha aplicação subsidiária em relação ao direito civil e ao direito administrativo, enquanto nos países latinos é maior o recurso ao direito penal como orientador e garantidor da ordem econômica.

14. Op. cit., p. 80.

está sozinho na doutrina, havendo ainda outros autores a argumentar que este agente delitivo é geralmente um homem bem-sucedido em seu ofício, de elevado nível cultural e que goza de certo prestígio em seu meio social; portanto, não haveria por que se falar em "reinserção" ou finalidade educativa da pena.

O pensamento de Figueiredo Dias se orienta no sentido de que "em um Estado de Direito, de cariz social e democrático, a compreensão dos fundamentos, do sentido e dos limites das penas deve partir de uma concepção de prevenção geral de integração, ligada institucionalmente a uma pena da culpa, a ser executada com um sentido predominante de (re)socialização do delinqüente".[15] Dá-se, portanto, ênfase ao aspecto educativo da norma junto à coletividade, uma vez que a imposição da pena restaura a dignidade do modelo de conduta atingido pelo crime. De fato, a punição de um agente poderoso (e que por isso considerava-se imune ao aparelho punitivo estatal) confere maior credibilidade ao sistema judicial e um efeito positivo junto à comunidade. No tocante à prevenção especial, as características peculiares do delinqüente econômico (*status* social, nível cultural) influem de modo benéfico, no sentido de dar a ele uma maior capacidade de "delabelling", isto é, de não aceitação da rotulação como criminoso e de um afastamento em relação ao cometimento de novos crimes. Rebate-se ainda o pensamento de que tal criminoso não careceria da função reeducativa da pena, alertando que "também o crime económico revela, em princípio, um defeito de socialização que não tem que ver (...) com a estabilização da sua inserção (cultural, económica, familiar) na comunidade, mas concretamente com a sua atitude pessoal perante uma especial orientação estadual em matéria sócio-económica".[16]

15. "Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico", p. 124.

16. Idem, ibidem, p. 130. Em outro sentido, Rotman se inclina para fins de prevenção geral, em detrimento da prevenção especial, por considerar o delinqüente econômico como uma pessoa ajustada à sociedade. Contudo, dá-nos conta de uma interessante tendência verificada nas cortes norte-americanas: a valorização de sanções com funções reeducativas, orientadas para a *pessoa jurídica*. Assim, recorrendo a institutos como a "probation" e a injunção, modifica-se sua estrutura in-

Há outro dado a influenciar a discussão das penas na atualidade: a manifestação dos cidadãos. De acordo com Anabela Rodrigues, a criminalidade organizada não é mais preocupação exclusiva de juízes e policiais, mas também da sociedade. Aflita diante do problema, a coletividade se mostra disposta a abrir mão de determinadas liberdades e garantias, em nome de um sistema punitivo supostamente mais eficiente. "A resposta à globalização e à sua criminalidade concebe-se assim, tendencialmente, em termos repressivos (...) com uma maior severidade e reforço dos aspectos simbólicos da punição e das teorias da prevenção especial de inocuização."[17]

Abordando a questão de outra maneira, Manoel Pedro Pimentel preceitua que as sanções em direito penal econômico devem ser "adequadas à defesa social e à política econômica do Estado; dosadas criteriosamente, de acordo com a gravidade da infração; ajustadas à personalidade dos destinatários, pessoas físicas ou jurídicas; aplicadas e executadas com certeza e firmeza, a fim de que não fique desmoralizado o sistema repressivo".[18] Eduardo Correia assevera ainda a necessidade de correspondência entre a sanção aplicada pelo Estado e a gravidade da infração cometida pelo criminoso, assentando seu entendimento no art. 88.º da Constituição portuguesa. Refuta, pois, uma resposta estatal fundada unicamente num juízo de "terror".[19]

terna sem lesar sua atividade econômica, reorientando a "conduta" da empresa no mercado e evitando recidivas ("La question de la fonction préventive du droit pénal dans la création et l'application des normes pénales économiques", p. 42).

17. Op. cit., p. 19 et seq. A autora ressalta ainda o perigo vinculado à flexibilização de "regras dogmáticas e garantias político-criminais", como pressuposto de maior eficácia no combate ao crime organizado. Os riscos resultantes dessa prática podem colocar em xeque instituições consagradas do Estado de Direito.

18. *Direito penal econômico*, p. 95. Em semelhante reflexão, De Vicente Martínez (op. cit., p. 107) pondera que a imposição de penas aos delitos econômicos deve levar em consideração "o caráter pluriofensivo e a transcendência geral de tais delitos; em segundo lugar, que a sanção deve ser adequada às condições específicas desta criminalidade; em terceiro lugar, a racionalidade das mesmas e, em quarto lugar, que se trata de prevenir ao invés de reprimir".

19. "A reacção legal não pode, por isso, como já escrevemos, ser dominada por uma idéia de intimidação. Pelo contrário, ter-se-á que tomar em conta o dano material ou imaterial, no qual, para

Convém notar que, ao conceber modelos de controle das infrações econômicas, a doutrina não se restringiu ao uso de instrumentos do direito penal. A sofisticação e a complexidade dessa criminalidade impõe aos pensadores uma visão multidisciplinar do problema. Conforme já comentado, Tiedemann aventava a hipótese de, em determinadas situações, o direito civil e o direito administrativo disporem de maior capacidade dissuasória que o próprio direito penal.[20] Alinhado a este entendimento, Eduardo Correia reafirma o aspecto subsidiário clássico do direito penal e aponta um amplo leque de sanções não-penais, dotado de acentuada eficiência ao combate do crime econômico.[21] Instrumentos tradicionais como a pena privativa de liberdade[22] e a multa devem se fazer acompanhar de outras medidas, aplicadas isolada ou cumulativamente. Em breve referência, podemos indicar os códigos de ética, a inabilitação profissional, o trabalho comunitário, a dissolução parcial da sociedade empresa-

além do perigo de contaminação, de racionalização das condutas promovidas pela realização do comportamento antieconómico, se considera a sua frequência, a intensidade da sua dignidade criminal, como do lado subjectivo o maior ou menor grau de culpa do agente." ("Notas críticas à penalização de actividades económicas", p. 15.)

20. Também nesse sentido, a Recomendação 14 do XIII Congresso da AIDP, ao estatuir: "normalmente, debería fomentarse la introducción de medios administrativos y civiles (mercantiles) antes de incriminar determinados actos u omisiones perjudiciales para la vida económica".

21. "As sanções não-penais utilizadas podem revestir várias modalidades e teremos um largo esquema de formas de combater a criminalidade económica. Assim algumas terão por fim inutilizar o acto, quanto às suas vantagens. É o caso das nulidades ou da ineficácia. Outras visam fazer cumprir o dever que foi violado, ou restituir as coisas ao estado anterior. Ao lado destas, perfilam-se ainda as medidas de coacção indirecta, como é o caso da indemnização por perdas e danos, e da injunção. Exemplo disto são, no nosso direito constituído, os casos previstos no Código Comercial, de Propriedade Industrial e Registro Comercial." (Op. cit., p. 15.)

22. É importante consignar que não se negligencia a utilidade da pena privativa de liberdade. Aliás, considerável doutrina afirma que as penas de curta duração atuam de forma adequada neste segmento. O "sharp-short-shock" tem um notável poder intimidador, atendendo aos fins de prevenção geral. Em segundo lugar, as características especiais do agente o tornam mais resistente às influências do meio prisional, não estando tão sujeito ao processo dessocializador verificado em outras situações, possuindo maior capacidade de reintegração à comunidade. Destaque para o artigo de Wolfgang Doleisch, sobre o aspecto comportamental e psicológico desse detento em relação ao cárcere ("The economic offender deprived of liberty", *The sanctions in the field of economic criminal law*, p. 71).

rial, a injunção,[23] a quebra de patentes, a cassação de benefícios fiscais, a vedação a subvenções públicas, a publicação da sentença,[24] entre várias outras.

Saliente-se novamente que algumas dessas medidas podem se apresentar como sanções penais ou administrativas. A quebra de patentes, por exemplo, é uma medida que não possui natureza jurídica intrínseca, estando sujeita, assim, à discricionariedade do legislador, ao atribuir competência para uma ou outra esfera. Por trás dessa dualidade, surge a polêmica da "agilidade *vs.* garantia". Uma vez que o direito penal oferece (e deve mesmo oferecer) ao acusado toda uma constelação de instrumentos de defesa, garantindo direitos fundamentais e a observância de princípios basilares, a tendência é de um processo de ritmo mais lento, naturalmente. Em sentido oposto, o direito administrativo se movimenta com maior rapidez, uma vez que relativiza o acesso a determinados direitos, flexibiliza garantias e "enxuga" procedimentos.[25] Todavia, Tiedemann alerta que, se por um lado a escolha do ramo administrativo atende a exigências modernas no sentido da descriminalização, por outro lado, há de produzir efeitos nulos se o Estado

23. A injunção (Screvens, "Les sanctions applicables aux personnes morales", p. 30) busca, essencialmente, pôr fim a uma situação irregular ou potencialmente perigosa, restabelecendo a legalidade. Nomear um interventor para reorientar a atuação da empresa seria uma medida alternativa ao seu fechamento e às terríveis conseqüências que isso geraria para os seus empregados e para a economia. Schünemann ("¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?", p. 199) prega que ela pode ainda ter um efeito preventivo muito forte, se estruturada de modo a subordinar o órgão diretivo a este interventor, com a obrigação de prestar-lhe contas. Nessa intervenção "indireta", o que está em jogo é o prestígio e a competência dos diretores, o que pode se revelar mais eficaz que a imposição de uma multa à empresa (que, em última instância, atingiria o bolso dos acionistas).

24. "Mediante a publicação da sentença condenatória em periódicos oficiais ou outros meios de comunicação busca-se atingir o prestígio social do sujeito e restringir sua capacidade criminal no tráfico econômico. Esta sanção (...) pode produzir um evidente efeito intimidatório (...) por permitir cair a fachada de legalidade e honradez que protege os delinqüentes econômicos." (De Vicente Martínez, op. cit., p. 121.) Outros autores (Tiedemann, Bajo Fernández, Arroyo Zapatero) também se inclinam pelo seu acolhimento.

25. Em sentido similar, Paliero ("La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica", p. 483). Este destaca a evolução dos sistemas administrativos sancionadores, nos últimos 20 anos, ao incorporar princípios próprios da concepção liberal de direito penal (legalidade, culpabilidade, devido processo).

não dotar seus órgãos de aparato técnico e pessoal especializado no combate a este tipo de delinqüência.[26] No fim das contas, a escolha acaba sendo feita pelo legislador, de acordo com a tradição nacional.[27]

Antes de iniciarmos o estudo da perda de bens, é necessária uma pequena ressalva quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tomaremos como possível, para os fins deste estudo, a capacidade delitiva da empresa. Em que pese uma certa desobservância aos rigores de um trabalho científico, escudamo-nos em duas considerações: primeiro, não ser este especificamente o objeto de nossa valoração; e segundo, a verificação de que é cada vez maior a aceitação dessa responsabilidade penal. Tiedemann lembra que essa responsabilidade é acolhida, na atualidade, nos Países Baixos, na Noruega, na França, na Suécia e na Alemanha.[28] Também há essa previsão nos ordenamentos português e brasileiro. Mes-

Porém, isso não significa necessariamente que não seja possível a convivência harmônica entre as esferas penal e administrativa. Por exemplo: a Lei 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo) e a Lei 8.884/1994 (prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica) regulam condutas absolutamente idênticas em alguns de seus dispositivos.

26. *Lecciones de derecho...*, cit., p. 231.

27. Há alguns critérios que servem como guia à escolha da "etiqueta" penal ou administrativa da sanção. Assim, a doutrina italiana propõe que "il primo parametro consiste nel *disvalore* dell'illecito; quanto maggiore è questo disvalore tanto più opportuno è l'utilizzo della sanzione penale, la quale possiede un maggior effetto deterrente e stigmatizzante" (Maioli, op. cit., p. 536).

Dignos de nota, como ainda relata a autora italiana (p. 538), são os estudos levados a cabo pela universidade norte-americana de Yale, relativos às denominadas "sanções híbridas". Estas, também chamadas de "middleground sanctions", caracterizam-se pela união de elementos de natureza penal e também civil, e por sua aplicação por meio de um procedimento similar ao do direito administrativo. Assim, baseado em suas convicções sobre o caso concreto, e balizado pelos fins almejados, o tribunal faz uso dessa punição com natureza híbrida, ora salientando o aspecto aflitivo e moralmente reprovador da pena, ora privilegiando a reparação do dano à vítima ou ainda dos gastos do Estado com o processo. Muito embora esse instrumento se mostre moderno e adequado ao tratamento do crime econômico, algumas críticas se impõem: a primeira delas é a perigosa flexibilização das garantias do réu; outras se referem às dificuldades de sua operacionalização, sendo certo que seu regular acolhimento se insere em um panorama mais amplo, de reforma dos direitos penal e processual penal.

28. *Lecciones de derecho...*, cit., p. 232.

mo o Conselho europeu, na Recomendação 88/18, aponta a necessidade de punição da criminalidade desenvolvida por meio de empresas.[29]

3. Considerações preliminares sobre a perda de bens

Pode-se perguntar a esta altura: se a perda de bens constitui apenas mais uma espécie do gênero das penas pecuniárias, por que então se conduzir um estudo específico?

Ao longo do tempo, a multa e a pena privativa de liberdade têm sido as vigas-mestras da estrutura sancionatória penal. Seja em sua modalidade tarifada (com o montante prévia e rigidamente estabelecido pelo legislador), seja na modalidade indexada (com valores vinculados a índices fiscais), ou ainda pelo sistema de dias-multa, esta tem sido a pena pecuniária "padrão" do ordenamento penal. Todavia, é com alguma desconfiança que se aceita sua eficácia diante dos crimes econômicos. Figueiredo Dias[30] explica que a multa pode ser facilmente integrada no cálculo dos delinqüentes, de modo a que os ganhos com o crime sejam superiores à sanção aplicável;[31] ou, o que seria pior por afrontar o princípio da personalidade da pena, os efeitos da multa se façam sentir sobre os consumidores e outros terceiros de boa-fé.

29. "La Recomendación 88/18 del Consejo de Europa, de 1988, permite escoger una de estas posibilidades: la punibilidad real de las personas jurídicas o la introducción de nuevas formas de sanciones administrativas, pero sin embargo, recomienda insistentemente la utilización efectiva de una u otra posibilidad para obtener éxito frente a un problema central de la criminalidad económica: la mayoria de los delitos económicos se lleva a cabo mediante o con la ayuda de empresas económicas." (Tiedemann, *Lecciones de derecho...*, cit., p. 232.)

30. "Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico", p. 132.

31. A fim de contornar o problema, Duarte ("Lei 5/2002, de 11 de janeiro; breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado", p. 149) dá-nos conta que a Alemanha instituiu, há algum tempo, a "sanção patrimonial" (*Vermögensstrafe*); esta consiste em uma espécie de multa, com a especial característica de possibilitar, ao juiz, a fixação de uma "quantia monetária correspondente até ao valor do respectivo patrimônio" do condenado. Com a mesma preocupação, o legislador brasileiro previu, no art. 23, I, da Lei 8.884/1994, a aplicação de multas no importe de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto da empresa, em relação ao seu último exercício.

Em nosso juízo, acreditamos que a perda de bens em favor do Estado pode se mostrar como instrumento adequado à contenção da criminalidade econômico-financeira, sendo por vezes mais adequada que a multa. A medida é capaz de atuar em uma esfera patrimonial mais ampla, os limites de fixação de seu valor não são tão estreitos como os da multa, e a sua natureza também dificulta a contabilização do risco pelo criminoso de colarinho-branco. É uma sanção dotada de grande capacidade intimidatória sobre o agente, ao mesmo tempo em que impede a fruição dos proveitos auferidos em sua carreira delitiva; atende-se, portanto, a uma orientação de prevenção geral, reforçando a dignidade do ordenamento violado junto à coletividade. Ao fixar como limite da perda o prejuízo causado ou as vantagens do crime (o que for maior), a legislação brasileira dá um sinal do quão severa pode ser a medida.[32]

Contudo, como veremos a seguir, é preciso que sua regulamentação seja precisa e cristalina. A positivação deficiente e lacunosa dá margem a arbitrariedades e excessos por parte da esfera judicial, o que desvirtua o espírito dessa sanção e põe em risco princípios garantistas do Estado de Direito. Além disso, é conveniente o estudo de modelos em direito comparado, a fim de encontrar soluções que melhor se coadunem com a realidade social e jurídica interna.

4. Perda de bens no ordenamento português

4.1 Regime do Código Penal. Natureza jurídica

Em Portugal, tal qual no Brasil, a perda de bens em favor do Estado é um instrumento repressivo acolhido por alguns textos legislativos, porém com diver-

32. No mesmo sentido, Eisele ("A pena de perda de bens e valores e os crimes contra a ordem tributária", p. 9): "Como o móvel que impele o agente à prática de um crime de tal natureza é a perspectiva da vantagem econômica a ser obtida com o resultado do delito, a punição de cunho financeiro consistente não apenas no dever de reparação do dano causado à vítima, mas na perda cumulativa de bens e valores em volume compatível com o dano causado ou o provento obtido, é o fator de prevenção mais eficaz entre os previstos na legislação penal".

sa natureza jurídica. Seu uso como *sanção* criminal só foi instituído muito recentemente, por meio da Lei 5, de 11.01.2002, como medida específica de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira. Não obstante seja exatamente *este* o perfil que desejamos estudar, convém inicialmente observar o regime contido no Código Penal.

A origem da perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime é antiga. Como nos ensina Figueiredo Dias, o instituto esteve ora ligado a objetivos retributivos (no sentido de apagar resquícios ou concretizações do ilícito), ora vinculado à idéia de prevenção geral (resumida no adágio "o crime não compensa"), ou ainda de prevenção especial (subtraindo ao agente os objetos que possibilitariam a prática de um novo delito). Dessa forma, a definição de sua natureza jurídica apenas se torna possível ao verificar-se, no plano legislativo interno, em que sentido se processou a sua evolução. O caráter de *pena acessória* ou de *efeito da pena* se torna mais visível à medida que se privilegiem as finalidades retributivas; em sentido oposto, uma regulação do dispositivo voltada principalmente à prevenção especial acaba dando-lhe mais uma natureza de *medida de segurança*. Como o legislador, em geral, acaba optando por perseguir não apenas uma finalidade, a pena adquire uma natureza mista, dificultando a identificação precisa de sua natureza jurídica.[33]

O instituto está regulado pelos arts. 109 (perda de instrumentos e produtos do crime) e 111 (perda de vantagens do crime) do Código Penal português. Como veremos mais adiante, essa separação de tratamentos justifica-se e mostra-se inclusive mais adequada que o tratamento dispensado pelo legislador brasileiro, no art. 91, II, *a* e *b*, do CP.

Enquanto a definição de instrumento é pacífica, o mesmo não se pode dizer da diferenciação entre produto e vantagem do crime. Na doutrina brasileira é comum o emprego dos dois termos como equivalentes (ainda que, a rigor, não

33. *Direito penal português*: parte geral II, as consequências jurídicas do crime, p. 616.

sejam). De forma distinta, o Código Penal português dá o atributo de "produto" aos objetos criados ou produzidos pela atividade criminosa, enquanto o termo "vantagem" designa somente o enriquecimento patrimonial obtido por meio da venda ou utilização desses objetos.[34]

De acordo com Figueiredo Dias, "a distinção de um regime da perda relativa a instrumentos e produto, por um lado, e a vantagens, por outro, justifica-se amplamente. Desde logo e (sobretudo) porque é diferente, num caso e noutro, o fundamento político, se bem que ambos assentem (...) em considerações de prevenção. Nos instrumentos e produto está em causa a sua perigosidade imediata, resultante da sua adequação para a prática de crimes. Nas vantagens, diversamente, o que está em causa primariamente é um propósito de prevenção de criminalidade em globo, ligado à idéia (...) de que o crime não compensa. Idéia que se deseja reafirmar tanto sobre o concreto agente do ilícito-típico (prevenção geral ou individual), como nos seus reflexos sobre a sociedade no seu todo (prevenção geral), mas sem que neste último aspecto deixe de caber o reflexo da providência ao nível do reforço da vigência da norma (prevenção geral positiva ou de integração)".[35] Conclui, assim, por considerar essa perda, no regime a que está submetida no Código português, como uma "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança"; não se trata, portanto, a rigor, de uma pena acessória, tampouco de efeito da pena ou da condenação.[36]

Numa perspectiva de direito comparado, interessante notar que tanto o Código Penal português (arts. 109 e 111) quanto o Código Penal brasileiro (art. 91, II) se orientam principalmente por fins de prevenção, seja por meio da retirada dos instrumentos de circulação, seja pelo confisco de proveitos auferidos com a prática do crime. Porém, enquanto o regime português se pauta, sobretudo, em

34. *Direito penal português*, cit., p. 618.

35. Idem,ibidem, p. 632.

36. Idem, p. 627.

um juízo de *perigosidade* do instrumento, o sistema brasileiro se funda em juízo de *ilicitude* acerca do fabrico, alienação, uso, porte ou detenção desse instrumento. Conseqüência imediata desse fato é que se torna mais fácil, nesta última, impugnar o decreto de perda: o conteúdo da expressão "ilicitude" é mais fechado, reduzindo o poder discricionário do juiz, e possibilitando ao agente encontrar alguma brecha legal para permanecer com o instrumento. Diferentemente, o termo "perigosidade" é suficientemente amplo, de modo a permitir ao juiz fundamentar com maior liberdade a perda, analisando a relação concreta entre sujeito (o agente) e objeto (o instrumento). Outra diferença a se observar, agora em relação *ao produto*, é que em Portugal ele não será confiscado se não oferecer risco à sociedade, enquanto no Brasil será sempre confiscado, por ter sido alinhado ao conceito de vantagem, na alínea *b* do dispositivo mencionado.

A perda de bens relacionados ao crime também é prevista em outros diplomas legais portugueses. Podemos mencionar o art. 8.º do Dec.-lei 28/1984 (infrações antieconômicas e contra a saúde pública), o art. 21 do Dec.-lei 433/1982 (ilícito de mera ordenação social) e o art. 35 do Dec.-lei 15/1993 (combate à droga).[37]

De um modo geral, a regulação da perda em tais normas se dá em molde similar ao preconizado no regime do Código Penal. Todavia, deve-se notar que, em todos os casos, os bens ou valores sujeitos à perda estão *diretamente* vinculados ao crime que está em julgamento. Todos os instrumentos, produtos ou vantagens foram obtidos ou estão relacionados com o delito perpetrado; o que estiver fora desse "universo delitual" não será considerado ou avaliado.

É justamente por isso que a Lei 5/2002 apresenta-se como um divisor de águas. Ela revoluciona a relação entre a esfera patrimonial do agente e a perda de bens (agora com um acentuado caráter de sanção criminal autônoma). De maneira diversa em relação aos outros textos legislativos, torna-se agora possível atingir

37. Também a Constituição Federal brasileira estabelece, em seu art. 243, a expropriação de glebas em que forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, e de bens vinculados ao tráfico ilícito de entorpecentes.

bens que, como veremos a seguir, têm origem em *outra* atividade ilícita prévia, não guardando relação estrita com o crime que está em julgamento. As transformações trazidas pela lei são profundas, flexibilizando regras de prova e mesmo invertendo o ônus de prova (em relação à presunção de ilicitude do patrimônio). É, enfim, nesse contexto que nos interessa o estudo da perda de bens a favor do Estado.

4.2 Regime da Lei 5/2002. Perda de bens como sanção autônoma

4.2.1 Estrutura sancionatória

A perda de bens a favor do Estado, como medida de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, foi inserida no ordenamento português por meio da Lei 5/2002, consubstanciada nos arts. 7.º a 12. É um diploma severo, que abarca ainda medidas relativas à quebra de sigilo profissional e à produção de prova.[38]

Nesse âmbito específico, a perda de bens "tem como elementos particularmente caracterizadores dois pontos essenciais: a) por um lado, e do ponto de vista substantivo, o fato de ser uma sanção que visa reprimir vantagens presumidas de uma atividade criminosa, baseada num juízo de (in)congruência entre o patrimônio do argüido e o rendimento lícito do mesmo (art. 7.º); b) por outro lado, e agora de um ponto de vista processual, o reconhecimento de uma regra de inversão de ônus da prova (art. 9.º), impondo-se ao argüido a prova da *licitude* dos seus rendimentos" (grifo nosso).[39]

38. Para Duarte, o acolhimento de tal sanção é reflexo interno de uma larga previsão nas legislações de outros Estados. Dessa forma, indica que a medida já é prevista nos ordenamentos de Estados Unidos, Suíça, Espanha, Alemanha, Bélgica, Inglaterra e Irlanda. Destaca ainda a constatação de uma estrutura similar e a vinculação a delitos de mesma espécie, notadamente o tráfico de entorpecentes e a organização criminosa (op. cit., p. 147). No interior da União Européia, há também vários dispositivos preconizando a implantação da pena de perda de bens, valendo mencionar a "Convenção relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime (Estrasburgo, 08.11.1990)" e também a "Decisão-Quadro do Conselho Europeu de 26.07.2001".

39. Cf. Cunha, *Perda de bens a favor do Estado*, p. 8.

Pode-se resumir a medida como um instrumento de confisco, ainda que por via indireta, de vantagens auferidas por crime(s) prévio(s). Esta via é indireta justamente por se referir a vantagens vinculadas a outros delitos (a "atividade criminosa" proposta pelo legislador), e não a vantagens vinculadas ao crime que é objeto do processo em andamento. Estas vantagens, especificamente, serão eventualmente perdidas em função de outros dispositivos, como o art. 111 do CP, ou o art. 35 do Dec.-lei 15/1993.

A medida que ora se estuda é uma espécie de *longa manus* do Estado; ela entra em cena quando a autoridade judicial se dá conta de que o agente dispõe de patrimônio auferido de forma ilícita, em função de delito anteriormente praticado, mas em relação ao qual não foi condenado ou não houve sequer persecução penal. Se houvesse condenação, as vantagens provavelmente teriam sido confiscadas, conforme já destacamos, por meio do regime do Código Penal. Dessa forma, a sanção trazida a lume pela Lei 5/2002 busca corrigir essa situação, permitindo ação retroativa.[40]

A leitura do dispositivo nos mostra seu caráter essencialmente objetivo. Como veremos a seguir, sua aplicação se torna possível com o preenchimento, basicamente, de três requisitos: a) condenação por crime previsto no art. 1.º; b) apuração de indícios razoáveis sobre o desenvolvimento de atividade criminosa pelo condenado; c) incongruência no seu patrimônio em relação a seus rendimentos.[41] Não são tomadas em consideração as conseqüências do crime, a culpabilidade do agente, ou suas condições econômico-financeiras após a execução da sanção. Pode-se até mesmo dizer que é uma medida que põe em risco o princípio

40. Convém notar que esse efeito retroativo só é observado em relação ao confisco dos bens. Sequer é aventada a necessidade ou oportunidade de (re)instauração de procedimento penal ou investigatório em relação a essa atividade criminosa prévia.

41. Há semelhanças entre o modelo português e o modelo alemão do "confisco alargado" (*erweiterter Verfall*): neste, "é possível apreender os bens patrimoniais do agente cuja aquisição legal não seja demonstrada e que as circunstâncias do caso levem a acreditar serem resultantes da prática de uma infração" (Duarte, op. cit., p. 150).

da individualização da pena, dada a sua rigidez; não há disposição legal a permitir uma flexibilização na sua aplicação, por parte do magistrado, atendendo-se a critérios de proporcionalidade.

Para melhor compreensão, passemos à análise de seus pressupostos.

4.2.2 O "catálogo" do art. 1.º

Condição primeira e necessária para a aplicação da perda de bens é a condenação do agente pela prática de crime previsto no art. 1.º. Os crimes são:

"*a)* tráfico de entorpecentes;

b) terrorismo e organização terrorista;

c) tráfico de armas;

d) corrupção passiva e peculato;

e) branqueamento de capitais;

f) associação criminosa;

g) contrabando;

h) tráfico e viciação de veículos furtados;

i) lenocínio e lenocínio e tráfico de menores;

j) contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda".

Em relação aos crimes elencados nas alíneas *g*, *h*, *i*, e *j*, a medida só é aplicável se os mesmos se derem "de forma organizada".

Mas a condenação por um desses crimes é causa bastante e suficiente para que se opere a perda? O art. 7.º, n. 1, afirma que "em caso de condenação pela prática de crime referido no art. 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem da atividade criminosa a diferença entre o valor do patrimônio do argüido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito".

Devido a certa ambigüidade da redação, pode-se interpretar que, uma vez condenado por crime do catálogo, já se estabelece a presunção de ilicitude dos bens e de sua origem em atividade criminosa, sujeitando-os à perda. Mais adequada nos parece, contudo, interpretação no sentido de requerer, também, a

aferição dessa atividade criminosa, para só então estabelecer-se a presunção em relação ao patrimônio.

4.2.3 Desenvolvimento de atividade criminosa

Para que se opere a perda, é necessária também a aferição dessa atividade criminosa mencionada pelo legislador. Para tanto, três questões se impõem.

Basta a condenação pelo catálogo para que se presuma a ilicitude de eventual diferença patrimonial apurada, ou é também condição necessária a demonstração plausível do desenvolvimento de atividade criminosa? Parece-nos mais seguro optar pela segunda opção. Se aceitássemos também a presunção dessa atividade, com base apenas em uma condenação, criaríamos para o condenado um ônus excessivo: de que maneira ele poderia provar a retidão de sua conduta? É mais simples e coerente atribuir aos órgãos de investigação a demonstração de indícios de envolvimento do agente com a atividade, em vez de obrigá-lo a produzir prova negativa.

A segunda questão se refere ao conteúdo material da expressão "atividade criminosa". Essa atividade prévia ao crime julgado deve também, *necessariamente*, traduzir-se em delitos do catálogo? A lei cala-se nesse ponto, dando margem à consideração de outros tipos penais, por meio dos quais tenha o condenado auferido vantagens. Damião da Cunha considera que "esta sanção exige – sob pena de subversão do sistema – que exista um qualquer elo de ligação entre o crime pelo qual o argüido é condenado e a eventual atividade criminosa".[42] Sua afirmação se apóia no entendimento de que esta sanção foi criada especificamente para o combate da criminalidade econômico-financeira, personificada nos delitos elencados no art. 1.º. Diante disso, com razão, não há porque fazer uso do instrumento de perda de bens quando a atividade criminosa prévia consistir em delitos não abarcados pelo legislador (por exemplo, furtos e roubos).

42. Op. cit., p. 16.

A terceira dúvida interpretativa indaga se, para a caracterização de "atividade criminosa", basta a realização de um único delito, ou é necessária a constatação de uma prática habitual e reiterada? Em princípio, dadas as dificuldades de investigação inerentes aos crimes do catálogo, bastaria a "demonstração plausível" de ao menos uma ocorrência prévia (em relação ao crime que é objeto do processo), e do envolvimento do condenado, para essa caracterização.[43] Mesmo porque, se agíssemos de outra maneira, impondo a necessidade de provas conclusivas e absolutas, com o mesmo rigor das provas do processo principal, a operacionalização da sanção seria extremamente difícil, restando ineficaz.

4.2.4 A incongruência patrimonial e o problema da presunção

Da leitura do art. 7.º, inicialmente constata-se que a presunção de ilicitude recai apenas sobre a *diferença* entre o valor do patrimônio do argüido e aquele que seria congruente à vista de seus rendimentos lícitos. Seria, portanto, uma operação matemática: do total de seus bens (conforme o art. 7.º, n. 2), a subtração dos rendimentos lícitos originaria um valor. Apenas sobre esse valor residual existiria a presunção de constituir vantagem de atividade criminosa. Nesse momento ocorreria a inversão do ônus da prova, cabendo então ao argüido a atribuição de provar sua licitude, nos termos do art. 9.º. Caso não o fizesse, a perda de bens a favor do Estado se daria em função desse valor.

Em termos abstratos, parece algo simples. Porém, concretamente, várias dificuldades se apresentam.

Primeiramente, a definição de patrimônio, para os fins da lei (conforme o art. 7.º, n. 2), é demasiado ampla. Por exemplo: a alínea *a* incorpora ao patrimônio do argüido bens que, embora não sejam de sua propriedade, ofertam-lhe benefícios. Ora, ainda que ele goze de certos direitos de fruição em relação a um bem,

43. Op. cit., p. 13.

este não lhe pertence; no entanto, por estar nas condições previstas pela lei, estará sujeito à perda... violando, eventualmente de forma injusta, o direito à propriedade de terceiros. Por outro lado, o que deveria ser efetivamente avaliado: o próprio bem ou apenas o benefício que oferece ao agente?

No que tange a alínea *c*, de que maneira pode o Ministério Público apurar-lhe o valor? Se o bem foi recebido e passado adiante dentro do prazo de cinco anos, mas não se pode determinar o seu destino (e, portanto, o seu estado atual), apoiado em que parâmetros é possível avaliá-lo economicamente? Caso não existam dados suficientes acerca do valor do bem à época da transferência, de que maneira incorporá-lo ao cálculo do patrimônio?

Outra questão suscitada se refere à maneira como se dá a avaliação. É preciso a nomeação de um perito, a fim de documentá-la e fundamentá-la, ou pode ser feita com base em estimativas? Ao mesmo tempo, indaga-se se o levantamento desse conjunto de bens deve ser feito de forma exaustiva e minuciosa, abarcando inclusive objetos e direitos de pequena monta, ou se o Ministério Público deve se concentrar naqueles de maior relevo, cuja posse pareça desproporcionada à capacidade econômico-financeira do argüido.[44]

Mas a discussão não se esgota aí. Como veremos agora, a presunção de ilicitude não se dá, na verdade, apenas em relação àquela diferença verificada (diante da qual se inverteria o ônus da prova e se obrigaria o réu a provar a origem lícita). Por esta diferença retratar apenas um valor apurado em pecúnia, um número abstrato, e não bens em concreto, o resultado é outro; esse resultado traduz-se na obrigação do argüido comprovar a licitude de *todo* o seu patrimônio! De fato, o art. 12, n. 1, afirma somente que "na sentença condenatória o tribunal declara o *valor* que deve ser perdido a favor do Estado, nos termos do art. 7.º".

Este entendimento é reforçado ao observarmos o art. 9.º, n. 3. As hipóteses de elisão da presunção alcançam quais bens exatamente? Apenas os que

44. Op. cit., p. 33.

foram arrestados, ou todo o universo patrimonial do acusado? Observe-se que a determinação da lei foi apenas no sentido de verificar o montante da incongruência, e não de verificar a origem, em espécie, de cada bem. De certa forma, revela-se realmente pouco prático impor ao Ministério Público que verifique se determinado veículo, imóvel etc. foi ou não obtido pela atividade criminosa, a essa altura do processo. Porém, uma vez que não há qualquer outra consideração a respeito, também não sobra alternativa ao acusado senão comprovar a licitude de todos os bens.

Façamo-nos mais claros. Imaginemos que entre o patrimônio que deveria corresponder a ganhos obtidos de forma lícita e o patrimônio de que efetivamente dispõe apurou-se uma diferença de 100 mil euros. Portanto, a presunção de vantagem decorrente de atividade criminosa, para objetivos de perda de bens, se concentra nesse valor. Caso o argüido não disponha mais, em função de descuido, desleixo ou mesmo por infortúnio, dos recibos que atestam a licitude da sua residência familiar, comprada com legítima remuneração profissional, estará ele sujeito a perdê-la? Afinal, até o limite de 100 mil euros, quaisquer bens (ou conjunto de bens) podem ser colocados em causa pelo Estado (arrestados ou não)! Pior ainda: se o argüido não puder comprovar a licitude de quase nada, de que forma o Estado decretará a perda, uma vez que esta sanção visa atingir *apenas* bens obtidos com ganhos ilícitos? Corre-se o risco de atingir bens de origem lícita, deixando intocados os de origem ilícita; estava o legislador ciente dessa possibilidade quando formulou a norma? É importante ter em mente a finalidade da lei: atingir bens de origem ilícita. Do contrário, estaríamos lidando com uma simples "penhora".

Como se vê, a lei não é clara na elaboração dessa base de cálculo e na presunção de ilicitude. Muito criticável, desde logo se pode dizer, é o momento escolhido pelo legislador para a realização dessa aferição patrimonial. O art. 8.º, n. 1, determina que "o Ministério Público liquida, na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado". É evidente que se trata da acusa-

ção em relação ao crime principal, objeto do processo em andamento. Agora, observe-se que a decretação da perda só pode se dar *após* a condenação do agente. No entanto, de forma estranha e equivocada, o legislador obriga o Ministério Público a uma série de investigações em relação à condição econômica do acusado, obrigando-o a apresentar este relatório *antes mesmo* da condenação!

A primeira conseqüência disso é que, caso o processo resulte em absolvição, todo esse trabalho de aferição desenvolvido será jogado no lixo... ainda que houvesse indícios de enriquecimento em virtude de atividade criminosa.

A segunda conseqüência dessa apresentação prévia é mais nefasta. Com efeito, pode-se comprometer a imparcialidade da autoridade judicial, violando as garantias de defesa do réu. Suponhamos que "A" está sendo processado por peculato (crime constante da alínea *d* do catálogo). Na formação do juízo de culpa, obviamente, o magistrado deve se ater apenas às provas legalmente constituídas nesse processo. Porém, na liquidação apresentada pelo Ministério Público, há fortes indícios do envolvimento de "A" em atividade criminosa de terrorismo, do qual auferiu vantagens ilícitas. Pode então o magistrado, eventualmente, inclinar-se por uma condenação do agente em relação ao peculato, diante do reflexo negativo que aquela liquidação produziu em sua convicção.

Ora, uma coisa não deve se confundir com a outra. A constatação de existência de atividade criminosa é pressuposto de aplicação da sanção de perda de bens, e ainda assim *após* uma condenação; não deve tal constatação servir de suporte à condenação prévia, sobretudo quando essa atividade não se vincular diretamente ao delito em julgamento.

Por tudo isso, consideramos que o momento escolhido pelo legislador para a apresentação da análise patrimonial é inoportuno, colocando em risco, de forma desnecessária, o direito de defesa do réu (uma vez que a presunção de inocência, aos olhos do tribunal, pode restar prejudicada). Parece-nos perfeitamente acurada a observação de Damião da Cunha, ao afirmar que a questão penal e a questão sobre esta sanção (a perda) supõem duas concepções de processo distin-

tas.[45] Mais adequada seria, talvez, a cisão dos dois procedimentos, discutindo-se a perda de bens somente *após* a condenação pelo crime objeto do processo.

5. Perda de bens no ordenamento brasileiro

5.1 Natureza substitutiva

No Brasil, a sanção de perda de bens e valores foi introduzida no Código Penal pela Lei 9.714/1998, com previsão no art. 43, II, e regulada pelo art. 45, § 3.º. É modalidade punitiva autônoma, não acessória, aplicável em substituição à pena privativa de liberdade, quando satisfeitos os requisitos do art. 44 do CP. O suporte constitucional à medida encontra-se no art. 5.º, XLVI, *b*, da Carta de 1988.

Uma abordagem inicial se faz necessária em relação a sua natureza *substitutiva*, conferida pela Lei 9.714/1998. Este Diploma, que introduziu não apenas a perda de bens como também a prestação pecuniária, e manteve no Código medidas já existentes (prestação de serviço comunitário, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana), tinha como objetivo oferecer medidas sancionatórias alternativas à privação de liberdade, para os crimes de menor gravidade. Ciente dos efeitos perniciosos que o cárcere impõe ao condenado e da impossibilidade de atingir fins de prevenção especial em função da curta duração da pena, o legislador então estabeleceu critérios para a substituição da privação de liberdade pelas medidas retromencionadas.[46]

Diante de tal dado, depreende-se que o acolhimento da perda de bens não se deu com vistas ao combate de uma determinada categoria de crimes (como a econômica), mas sim, em um universo de medidas mais amplo que se dedica especi-

45. Op. cit., p. 41.

46. Ressalte-se, nesse ponto, a má técnica legislativa utilizada, ao assentar modalidades punitivas de natureza essencialmente pecuniária (perda de bens e prestação pecuniária) sob a rubrica de "penas restritivas de direitos".

ficamente a inibir a aplicação da reclusão ou da detenção. Explica-se, assim, porque a pena não está cominada de forma independente em nenhum dos tipos legais do Código Penal ou de legislação esparsa, restando também vedada a sua aplicação cumulativa com a privativa de liberdade.

Para que se opere referida substituição, o art. 44 do CP estabelece a observância de três requisitos:

a) aplicação de pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e crime não cometido com o emprego de violência ou grave ameaça; ou ainda, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

b) réu não reincidente[47] em crime doloso;

c) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

5.2 *Diferença entre efeitos da condenação e a pena de perda de bens*

É necessário que não se confunda a perda de bens como *pena*, e a perda de bens como *efeito da condenação*.

O Código Penal brasileiro determina, em seu art. 91, II, *a* e *b*, a perda dos instrumentos do crime (*instrumenta sceleris*) e dos produtos do crime (*producta sceleris*) como um dos efeitos emanados da sentença condenatória. Para Bitencourt, "instrumentos do crime são os objetos, isto é, as coisas materiais empregadas para a prática e execução do delito; produtos do crime, por sua vez, são as coisas adquiridas diretamente com o crime, assim como toda e qualquer vantagem, bem ou valor que represente proveito, direto ou indireto, auferido pelo agente com a prática criminosa".[48]

47. Requer-se reincidência específica.

48. *Novas penas alternativas:* análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98, p. 120. Saliente-se, mais uma vez, que a doutrina portuguesa não confunde o conceito de produto com o de vantagem do crime, o que conduz a um tratamento diferenciado da questão.

O confisco de instrumentos recai apenas sobre aqueles cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Dessa forma, exclui-se da relação os bens que, ainda que tenham sido utilizados no delito, não se enquadram em tais condições; trata-se, por exemplo, de material de trabalho (o bisturi do médico, ou o martelo do carpinteiro) ou de equipamento cuja posse pode ser legalizada (como o registro junto ao Exército de um colecionador de armas de guerra). A finalidade dessas medidas é claramente tirar de circulação objetos que poderiam ser novamente utilizados no cometimento de crimes.

A perda dos produtos do crime tem por objetivo impedir o locupletamento ilícito do agente. A lógica subjacente é óbvia: não basta a imposição de uma reprimenda penal, ainda que severa como a privativa de liberdade. Do contrário, findo o tempo de condenação, o criminoso poderia gozar livremente dos proveitos que obteve, geridos nesse período por alguém de sua confiança. Convém notar, entretanto, que a legislação nacional resguarda expressamente eventual direito de terceiros em relação a esses bens, operando-se a perda em favor da União apenas se provado algum vínculo desse terceiro com a prática criminosa.

Diferentemente, a perda de bens como *sanção* não encontra restrições quanto ao âmbito de incidência. Todos os bens que estejam na esfera patrimonial do condenado podem ser alvo da medida, sejam eles de origem lícita ou ilícita, tenham ou não relação com o crime que foi julgado. Sua natureza é essencialmente compensatória, e os bens do condenado são vistos na perspectiva de fonte reparatória do dano, sem quaisquer considerações de ordem ética. Como a lei é deficiente em sua regulação, não há entraves à decretação de perda de aplicações financeiras, instrumentos de trabalho ou mesmo do próprio domicílio familiar. Aliás, mais uma vez, caberá à jurisprudência assegurar o conteúdo moral da norma, barrando eventuais excessos, uma vez que o próprio legislador não o fez adequadamente.

Em dura crítica ao uso da perda de bens como sanção criminal, Bitencourt afirma que "o grande esforço desenvolvido na exposição de motivos para justifi-

car a criação da pena de confisco, que foi proscrita das legislações dos países democráticos, consegue apenas demonstrar a índole argentária que orienta 'a busca de soluções para o sistema penitenciário'".[49]

O outro elemento diferenciador, ainda que de menor relevo, é a destinação dada aos bens confiscados. Como efeito da condenação, os bens se destinam à União; em se tratando de perda como pena, o favorecido é o Fundo Penitenciário Nacional.

5.3 Fixação do montante em sentença condenatória

O art. 45, § 3.º, institui que o valor da pena de perda terá como teto o montante do prejuízo causado ou, se este for maior, do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em conseqüência da prática do crime. Uma vez que a lei é demasiado imprecisa, apenas estabelecendo o limite máximo (teto) da perda, surgem dúvidas quanto ao critério de determinação do valor exato, bem como das diretrizes a serem observadas pelo juiz na seleção dos bens.

Em interpretação rígida, Ribeiro Lopes entende que, uma vez determinada pelo juiz a perda de bens como sanção, não há que se discutir o valor: este será necessariamente o maior possível. Assim, declara: "Não nos parece possa o magistrado decretar perda de bens e valores em quantidade aquém do montante indicado no art. 45, § 3.º, que não é, pois, insista-se, margem máxima aleatória. Não há discricionariedade judicialmente consentida para decretar-se a perda de valores tais ou quais que não correspondam ao prejuízo causado ou ao ganho obtido, *independentemente de qualquer análise quanto à culpabilidade do agente*, posto que esta pena não se prende a critérios ordinários do art. 59, em vista de sua função socialmente reparatória e preventiva da ação delitiva".[50]

49. Op. cit., p. 121.

50. "Penas restritivas de direitos: retrospectiva e análise das novas modalidades", p. 370.

Luiz Flávio Gomes é contrário a este entendimento e concede ao juiz penal maior flexibilidade no estabelecimento do valor perdido. Na fixação deste valor, deve-se levar em conta a culpabilidade do agente e as circunstâncias do fato, além das condições econômicas do condenado. "Deve sempre buscar um valor que não cause sensação de impunidade (...), mas tampouco justifica-se o perdimento total dos bens do condenado."[51]

Mas há ainda outra questão problemática com relação à perda. Na sentença, o juiz declara nominalmente bens *in genere* ou *in specie*?[52] Dito ainda de outro modo: como o magistrado faz a seleção dos bens que devem ser perdidos? A lei cala-se nesse ponto e não apresenta qualquer orientação a ser seguida. Guiar-se pelo valor nominal do bem pode gerar resultado muito diverso do que estabelecer o valor real como critério.

Consideremos uma sentença que determine genericamente a perda de cinco microcomputadores. A empresa condenada, por exemplo, poderá escolher os artefatos que quiser, inclusive entregando os modelos mais antigos de que dispuser (talvez até obsoletos). Parece-nos que ato nesse sentido esvazia completamente o conteúdo da pena. Por outro lado, amparado em qual disposição legal poderia o juiz determinar a perda dos melhores modelos à sua disposição? Não há qualquer dispositivo, no minúsculo texto da lei, a investi-lo de poderes tão específicos.

Além disso, essa lacuna pode se mostrar perigosa; se interpretada extensivamente, dá à autoridade judicial um poder muito grande. Há determinados bens que, uma vez perdidos, constituem a ruína de toda uma empresa, ainda que seu valor em relação ao restante do patrimônio não seja tão expressivo. Ainda que seu valor nominal seja congruente com o parâmetro legal (proveito auferido ou prejuízo causado), o bem pode apresentar-se como vital para a continuidade da atividade

51. *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 136.

52. Cf. Ribeiro Lopes, op. cit., p. 370.

de produtiva. Imaginemos, por exemplo, as conseqüências da perda de impressoras, em função de um delito concorrencial, para uma tipografia. A pena teria, na hipótese, força equivalente à de uma sanção que fechasse a empresa.

5.4 *(In?)constitucionalidade da perda de bens. Princípio da personalidade da pena*

Este é o ponto que apresenta o maior número de interpretações doutrinárias, em sentidos completamente diversos, colocando em xeque a aplicação da pena. A Constituição Federal brasileira faz menção a ela em dois dispositivos:

Art. 5.º, XLV – "Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (...)".

Art. 5.º, XLVI – "A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

(...)

b) perda de bens".

Para Bitencourt, "a própria previsão na Carta Magna da perda de bens como pena, especialmente da forma como está disciplinada, é de todo inconstitucional". Isso se daria em virtude da violação aos princípios constitucionais da individualização e da personalidade da pena, ao permitir que esta ultrapasse a pessoa do condenado e seja estendida a seus sucessores. Acrescenta ainda que o texto ignora o fato de a morte ser causa extintiva da punibilidade e, portanto, da própria sanção penal. E arremata sua crítica declarando que "o fato de constar do texto constitucional, segundo os próprios constitucionalistas, por si só, não impede que se configure como inconstitucional".[53]

53. Op. cit., p. 123.

Alinhado a esse entendimento, Luiz Regis Prado assevera que, se a pena de perda de bens e valores for interpretada "em sentido extensivo, isto é, como abarcando também os bens licitamente obtidos pelo agente, não passará de pena de confisco geral e, portanto, eivada de inconstitucionalidade, visto que transgride o princípio da personalidade e da individualização da pena". Invocando também que a morte do agente é causa de extinção da punibilidade, critica o fato da pena colidir com o princípio da dignidade da pessoa humana.[54]

Shecaira e Corrêa Jr. abordam os dois dispositivos constitucionais de outra maneira, e afirmam que "quando a Constituição estabelece a extensão da perda de bens aos sucessores do condenado, refere-se à perda de bens como efeito da condenação (perda apenas de objetos adquiridos *ilicitamente*), e não como pena criminal (perda de objetos adquiridos também de forma *lícita*)". Tendo-se em vista que a morte extingue a punibilidade, a perda de bens como pena não pode ser estendida aos sucessores. Assim, não haveria também afronta ao princípio da personalidade da pena, uma vez que o inc. XLV (que possibilita a extensão) se referiria à perda de bens como mero efeito da condenação. Cada inciso regula, portanto, situações distintas.[55]

Para Luiz Flávio Gomes, a constitucionalidade da pena é "indiscutível" diante do art. 5.º, XLVI, *b*, da Constituição. Para este autor, a perda de bens constitui denominação genérica e envolve toda e qualquer transferência ou adjudicação de bens do particular para o Estado, seja em conseqüência do confisco previsto no art. 91 do CP (o efeito da condenação), seja em função da pena de perda de bens (art. 45, § 3.º, do CP). Com esta interpretação da lei fundamental, cria-se uma ressalva, uma exceção constitucional ao princípio da personalidade da pena, de modo a permitir a extensão da pena aos sucessores, até o limite do valor do patrimônio transferido.[56]

54. *Curso de direito penal brasileiro:* parte geral, p. 382.

55. *Teoria da pena:* finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal, p. 220.

56. Op. cit., p. 137.

Parece-nos que a interpretação do texto constitucional realizada por Shecaira é a mais adequada. Contudo, tendo em mente o conceito de "atividade criminosa prévia" do modelo português, há uma situação que nos causa incômodo: e se houvesse fortes evidências de que o patrimônio do *de cujus* formou-se ao longo de uma "carreira delitiva"? Em tais circunstâncias, resguardar o direito de sucessão da incidência da pena de perda de bens é algo em consonância com os interesses do Estado? A estrutura adotada pelo ordenamento português, embora também seja passível de críticas, indica algumas alternativas para se amenizar este "incômodo".

6. Notas finais

Os parágrafos a seguir, estruturados como pequenas conclusões, resultam apenas de uma breve reflexão sobre o tema e não esgotam, em hipótese alguma, as possibilidades de sua rediscussão. Esperamos que possam, entretanto, contribuir de algum modo ao estudo do instituto da perda de bens, em relação ao qual a doutrina mostra-se ligeiramente escassa.

1. A prevenção e a repressão ao crime econômico só são possíveis mediante a reunião de três fatores: maior conscientização social em relação ao crime e ao delinqüente; desenvolvimento de estrutura judicial e investigatória especializada e aparelhada; legislação coerente e adaptada às peculiares exigências do tema.

2. A reação estatal às infrações contra a ordem econômica não deve se dar, única e exclusivamente, por intermédio do direito penal. O princípio de intervenção mínima e subsidiariedade (*ultima ratio*) conserva-se mesmo diante desse gênero delitivo. Desse modo, não deve ser dispensado o recurso a medidas de natureza extrapenal, com base em uma visão sistêmica e interdisciplinar. Nesse contexto, são promissoras as perspectivas apresentadas no âmbito civil, administrativo e comercial.

3. Os conceitos do direito penal clássico mostram-se pouco adequados à contenção dessa nova delinqüência. A relativa autonomia do direito penal econômico é questão consolidada, de modo que os esforços devem então se voltar para a estruturação de uma teoria geral do delito econômico.

4. Haverá momentos em que a finalidade preventivo-especial da sanção deverá ser sacrificada em benefício da prevenção geral, em função do reforço da vigência da norma violada junto à coletividade. Nem por isso, entretanto, deve o magistrado afastar-se de critérios de culpabilidade do agente, circunstâncias e conseqüências do crime, na imposição e dosimetria da pena. De outro modo, pode-se perigosamente produzir um direito penal fundado unicamente no "terror".

5. O leque de sanções utilizáveis deve ser ampliado, prevendo-se inclusive a possibilidade de cumulação de medidas alternativas, caso a situação concreta assim recomende.

6. A perda de bens em favor do Estado, como sanção penal, mostra potencial para contornar a principal crítica feita às penas pecuniárias no âmbito econômico: a possibilidade de ser absorvida no cálculo do agente. Como observamos, o risco a ser considerado é muito elevado e de difícil contabilização, de modo que a medida pode dissuadir o delinqüente de seu propósito criminoso.

7. No Brasil, a sanção de perda de bens surge como medida substitutiva da pena privativa de liberdade, atendendo à orientação político-criminal de tratamento diferenciado para infrações de menor gravidade. Saliente-se que a ausência de diretrizes claras acerca de seu funcionamento, pelo texto de lei, exige do magistrado extrema prudência em sua aplicação. É importante destacar ainda que seu uso não está adstrito a determinados ilícitos típicos, mas sim à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada (para que se opere a substituição). Tal fato denota um vasto potencial de utilização.

8. Em sentido completamente diverso, em Portugal a punição é estruturada e acolhida como medida específica ao combate da delinqüência econômica, possibilitando dessa forma sua cumulação com a pena privativa de liberdade. Sua imposição está condicionada à prévia condenação em um elenco de delitos selecionados pelo legislador (além do qual estará vedada tal sanção).

9. No que concerne ao montante da perda, no Brasil, o teto será sempre o maior valor entre o prejuízo causado ou o proveito auferido pelo agente. Convém

notar que há espaço para sua fixação em função de critérios objetivos e subjetivos (culpabilidade e circunstâncias do crime). O sistema português (Lei 5/2002) estabelece o valor da perda por meio de um juízo de incongruência do patrimônio do agente em relação a seus rendimentos lícitos, e a forma como o instituto está regulado lhe dá um caráter essencialmente objetivo (não havendo margem de manobra para o juiz ajustar esse valor).

10. O regime brasileiro possibilita, por não haver disposição em contrário, o confisco de *qualquer* bem, no universo patrimonial do condenado (inclusive daqueles adquiridos *licitamente*). De forma mais ética e coerente, o modelo português limita-se a bens provenientes de atividade criminosa, restringindo-se, portanto, aos de origem *ilícita*.

Bibliografia

ARROYO ZAPATERO, Luis. "Actualidad político criminal del derecho penal económico en España". In: ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus. *Estudios de derecho penal económico*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas, 1978.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas:* análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORREIA, Eduardo. "Notas críticas à penalização de actividades económicas". *Ciclo de estudos de direito penal económico*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.

CUNHA, José M. Damião da. *Perda de bens a favor do Estado*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 2002.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. "A crise da modernidade e as suas conseqüências no paradigma penal; um breve excurso sobre o direito penal do risco". *Bol. IBCCrim*, São Paulo: [s.n.], n. 98, jan. 2001, encarte AIDP.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. "Las consecuencias juridicas en el ambito de la delincuencia economica". *Actualidad penal*, Madrid: [s.n.], n. 6, p. 105-131, fev. 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico". In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

_____. *Direito penal português*: parte geral II, as consequências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. "Problemática geral das infrações contra a economia nacional". In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

DOLEISCH, Wolfgang. "The economic offender deprived of liberty". *The sanctions in the field of economic criminal law*. Kristiansand, Noruega. 1983. Proceedings of the meeting of Kristiansand. Bonn, Alemanha: International Penal ant Penitentiary Foundation, 1984.

DUARTE, Jorge Dias. "Lei 5/2002, de 11 de janeiro; breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado". *Revista do Ministério Público*, Lisboa: [s.n.], n. 89, p. 141-154, jan.-mar. 2002.

EISELE, Andreas. "A pena de perda de bens e valores e os crimes contra a ordem tributária". *Bol. IBCCrim*, São Paulo: [s.n.], n. 83, p. 9-10, out. 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

MADSEN, Niels. "Economic crime in Denmark". *The sanctions in the field of economic criminal law*. Kristiansand, Noruega. 1983. Proceedings of the meeting of Kristiansand. Bonn, Alemanha: International Penal ant Penitentiary Foundation, 1984.

MAIOLI, Linda. "Gli ibridi di Yale: una nuova proposta punitive per i delitti economici". *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano: [s.n.], n. 6, p. 533-545, 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "Delincuencia económica: estado de la cuestion y propuestas de reforma". *Hacia un derecho penal económico europeo*; jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Estudios Juridicos, 1995.

OLIVEIRA, William Terra de. "Algumas questões em torno do novo direito penal econômico". *RBCCrim*, São Paulo: Ed. RT, n. 11, p. 231-239, 1995.

PALIERO, Carlo Enrico. "La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica". *Hacia un derecho penal económico europeo*; jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Estudios Juridicos, 1995.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1973.

PORTUGAL. "Código Penal". In: COSTA, José de Faria (Coord.). *Textos legislativos*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Quarteto, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro:* parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2000.

RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio. "Penas restritivas de direitos: retrospectiva e análise das novas modalidades". In: DOTTI, René Ariel et al. *Penas restritivas de direitos:* críticas e comentários às penas alternativas. São Paulo: Ed. RT, 1999.

RIOS, Rodrigo Sánchez. "Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação". *RT*, São Paulo: Ed. RT, n. 775, p. 432-448, maio 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Princípios orientadores do sistema punitivo em direito penal económico*. 6.º Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: IDPEE, 2003.

_____; LOPES DA MOTA, José Luis. *Para uma política criminal européia*. Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Européia. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

ROTMAN, Edgardo. "La question de la fonction préventive du droit pénal dans la création et l'application des normes pénales économiques". *The sanctions in the field of economic criminal law*. Kristiansand, Noruega. 1983. Proceedings

of the meeting of Kristiansand. Bonn, Alemanha: International Penal ant Penitentiary Foundation, 1984.

SCHÜNEMANN, Bernd. "¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?". *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SCREVENS, Raymond. "Les sanctions applicables aux personnes morales". *The sanctions in the field of economic criminal law*. Kristiansand, Noruega. 1983. Proceedings of the meeting of Kristiansand. Bonn, Alemanha: International Penal ant Penitentiary Foundation, 1984.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 20. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 1996.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena:* finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico* (comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1993.

_____. *Poder económico y delito:* introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985.

Legislação

Lei 5/2002

Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira e procede à segunda alteração à Lei 36/94, de 29 de setembro, alterada pela Lei 90/99, de 10 de julho, e quarta alteração ao Decreto-lei 325/95, de 2 de dezembro, alterado pela Lei 65/98, de 2 de setembro, pelo Decreto-lei 275-A/2000, de 9 de novembro, e pela Lei 104/2001, de 25 de agosto.

A Assembléia da República decreta, nos termos da alínea *c* do art. 161.º da Constituição, para valer como lei geral da República, o seguinte:

CAPÍTULO I

Artigo 1.º
Âmbito de aplicação

1. A presente lei estabelece um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado relativa aos crimes de:

a) tráfico de estupefacientes, nos termos dos arts. 21.º a 23.º e 28.º do Decreto-lei 15/93, de 22 de janeiro;

b) terrorismo e organização terrorista;

c) tráfico de armas;

d) corrupção passiva e peculato;

e) branqueamento de capitais;

f) associação criminosa;

g) contrabando;

h) tráfico e viciação de veículos furtados;

i) lenocínio e lenocínio e tráfico de menores;

j) contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda.

2. O disposto na presente lei só é aplicável aos crimes previstos nas alíneas *g* a *j* do número anterior se o crime for praticado de forma organizada.

3. O disposto nos Capítulos II e III é ainda aplicável aos demais crimes referidos no n. 1 do art. 1.º da Lei 36/94, de 29 de setembro.

(...)

CAPÍTULO IV
Perda de bens a favor do Estado

Artigo 7.º
Perda de bens

1. Em caso de condenação pela prática de crime referido no art. 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem da actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

2. Para efeitos desta lei, entende-se por património do arguido o conjunto dos bens:

a) que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;

b) transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;

c) recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

3. Consideram-se sempre como vantagens de actividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no art. 111 do Código Penal.

Artigo 8.º

Promoção da perda de bens

1. O Ministério Público liquida, na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado.

2. Se não for possível a liquidação no momento da acusação, ela pode ainda ser efectuada até ao 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos.

3. Efectuada a liquidação, pode esta ser alterada dentro do prazo previsto no número anterior se houver conhecimento superveniente da inexactidão do valor antes determinado.

4. Recebida a liquidação, ou a respectiva alteração, no tribunal, é imediatamente notificada ao arguido e ao seu defensor.

Artigo 9.º

Prova

1. Sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, pode o arguido provar a origem lícita dos bens referidos no n. 2 do art. 7.º

2. Para os efeitos do número anterior é admissível qualquer meio de prova válido em processo penal.

3. A presunção estabelecida no n. 1 do art. 7.º é ilidida se se provar que os bens:

a) resultam de rendimentos de actividade lícita;

b) estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido;

c) foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior.

4. Se a liquidação do valor a perder em favor do Estado for deduzida na acusação, a defesa deve ser apresentada na contestação. Se a liquidação for posterior à acusação, o prazo para defesa é de 20 dias contados da notificação da liquidação.

5. A prova referida nos n. 1 a 3 é oferecida em conjunto com a defesa.

Artigo 10.º
Arresto

1. Para garantia do pagamento do valor determinado nos termos do n. 1 do art. 7.º, é decretado o arresto de bens do arguido.

2. A todo o tempo, o Ministério Público requer o arresto de bens do arguido no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de actividade criminosa.

3. O arresto é decretado pelo juiz, independentemente da verificação dos pressupostos referidos no n. 1 do art. 227.º do Código de Processo Penal, se existirem fortes indícios da prática do crime.

4. Em tudo o que não contrariar o disposto na presente lei é aplicável ao arresto o regime do arresto preventivo previsto no Código de Processo Penal.

Artigo 11.º
Modificação e extinção do arresto

1. O arresto cessa se for prestada caução económica pelo valor referido no n. 1 do artigo anterior.

2. Se, em qualquer momento do processo, for apurado que o valor susceptível de perda é menor ou maior do que o inicialmente apurado, o Ministério Público requer, respectivamente, a redução do arresto ou a sua ampliação.

3. O arresto ou a caução económica extinguem-se com a decisão final absolutória.

Artigo 12.º
Declaração de perda

1. Na sentença condenatória, o tribunal declara o valor que deve ser perdido a favor do Estado, nos termos do art. 7.º.

2. Se este valor for inferior ao dos bens arrestados ou à caução prestada, são um ou outro reduzidos até esse montante.

3. Se não tiver sido prestada caução económica, o arguido pode pagar voluntariamente o montante referido no número anterior nos 10 dias subsequentes ao trânsito em julgado da sentença, extinguindo-se o arresto com esse pagamento.

4. Não se verificando o pagamento, são perdidos a favor do Estado os bens arrestados.

Código Penal português

CAPÍTULO VIII
Perda de instrumentos, produtos e vantagens

Artigo 109.º
Perda de instrumentos e produtos

1. São declarados perdidos a favor do Estado os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico, ou que por este tiverem sido produzidos, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos.

2. O disposto no número anterior tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto.

3. Se a lei não fixar destino especial aos objectos perdidos nos termos dos números anteriores, pode o juiz ordenar que sejam total ou parcialmente destruídos ou postos fora do comércio.

Artigo 110.º

Objectos pertencentes a terceiro

1. Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, a perda não tem lugar se os objectos não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada.

2. Ainda que os objectos pertençam a terceiro, é decretada a perda quando os seus titulares tiverem concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiverem retirado vantagens; ou ainda quando os objectos forem, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto, conhecendo os adquirentes a sua proveniência.

3. Se os objectos consistirem em inscrições, representações ou registos lavrados em papel, noutro suporte ou meio de expressão audiovisual, pertencentes a terceiro de boa fé, não terá lugar a perda, procedendo-se à restituição depois de apagadas as inscrições, representações ou registos que integrarem o facto ilícito típico. Não sendo isso possível, o tribunal ordena a destruição, havendo lugar à indemnização nos termos da lei civil.

Artigo 111.º

Perda de vantagens

1. Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Estado.

2. São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido directamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.

3. O disposto nos números anteriores aplica-se às coisas ou aos direitos obtidos mediante transacção ou troca com as coisas ou direitos directamente conseguidos por meio do facto ilícito típico.

4. Se a recompensa, os direitos, coisas ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor.

Artigo 112.º

Pagamento diferido ou a prestações e atenuação

1. Quando a aplicação do artigo anterior vier a traduzir-se, em concreto, no pagamento de uma soma pecuniária, é correspondentemente aplicável o disposto nos n. 3 e 4 do art. 47.º.

2. Se, atenta a situação sócio-económica da pessoa em causa, a aplicação do n. 4 do artigo anterior se mostrar injusta ou demasiado severa, pode o tribunal atenuar equitativamente o valor referido naquele preceito.

Anencefalia e interrupción del embarazo – Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente

Carlos Gherardi

Doctor en Medicina. Profesor Regular de Medicina Interna de la Facultad de Medicina (UBA). Jefe de Clínica de Terapia Intensiva del Hospital de Clínicas. Director del Comité de Ética del Hospital de Clínicas y del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva.

Isabel Kurlat

Médica. Directora de la Unidad Académica de la carrera de Médico especialista en Neonatología. Jefa de la División de Neonatología del Hospital de Clínicas (UBA). Secretaria del Comité de Ética del Hospital de Clínicas.

Sumario: 1. Aspectos médicos – 2. Aspectos bioéticos – 3. Reflexiones finales – Bibliografía.

La presentación judicial de una madre embarazada (S. T.) con un feto anencefálico en el quinto mes de su gestación, con el objeto de requerir la interrupción de su embarazo que le fuera negada por sus médicos en una institución pública de salud (Maternidad Sardá), motiva este análisis desde un punto de vista bioético.

En este trámite judicial hubo un fallo denegatorio en primera y segunda instancia y finalmente la autorización judicial para la interrupción por parte del

Supremo Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y su posterior ratificación, aunque con otros fundamentos, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En este análisis, aunque que con previsibles dificultades por la extrema diversidad de los fundamentos existentes en cada fallo y aun en cada uno de ellos por cada miembro del tribunal, trataremos de no generalizar en demasía el desarrollo de los argumentos expuestos para atender la situación especial del caso que se examina.

1. Aspectos médicos

Efectuaremos primariamente un somero comentario sobre las características de la anomalía neurológica con el objeto de que quede en claro las *diferencias entre la anencefalia y otros trastornos también motivados por el defecto del mecanismo de cierre del tubo neural.* También resultará necesaria una ligera descripción de otras anomalías congénitas del desarrollo neurológico, que resultan conexas y que han motivado otros fallos, porque su escaso conocimiento, aún en el ambiente médico no especializado, conduce a errores graves de percepción de la realidad que ofrece este caso que examinamos.[1]

La anencefalia es una de las alteraciones en la formación del cerebro resultante de la falla en etapas precoces del desarrollo embrionario del mecanismo de cierre del tubo neural llamado de inducción dorsal. La más grave de las patologías producidas por esta falla, la Cranioraquisquisis, resulta invariablemente en la muerte fetal precoz. Le sigue en gravedad *la anencefalia que se caracteriza por la falta de los huesos craneanos (frontal, occipital y parietal), hemisferios y la corteza cerebral. El tronco cerebral, y la médula espinal están conservados aunque en muchos casos la anencefalia se acompaña de defectos en el cierre de la columna vertebral (mielomeningocele).* Esta patología se presenta alrededor de 0.5 cada 1.000 nacidos en EE.UU aunque las variaciones regionales son enormes. El 75% de los fetos afectados muere intraútero y del 25% que nace vivo, la inmensa mayoría muere

dentro de las 24 horas de vida y el resto dentro de la primera semana. Existen casos anecdóticos de sobrevidas más largas.[2]

La anencefalia se distingue claramente de otras formas de defectos en la inducción dorsal por el aspecto de "rana" de los pacientes afectados en los que hay una ausencia total de calota craneana y de cobertura de las estructuras neurológicas restantes, con una protrusión de los ojos secundaria a la ausencia del hueso frontal que conforma la parte superior de la órbita craneana.

Otras formas embrionariamente más benignas de los defectos de inducción dorsal son: la *excencefalia* (siempre fatal), en la que faltan los huesos craneanos pero hay tejido cerebral conservado como una masa amorfa desestructurada, *iniencefalia* (casi siempre resulta en aborto espontáneo o muerte fetal IU), en la que falta en occipital y hay una retroflexión del cuello por la cual se continua la piel del tórax y la cara en la parte posterior de la cabeza, *Cefaloceles*, donde hay herniación a través de un defecto óseo de meninges (meningocele) o de tejido neural (encefalocele), y *Mieloceles*, que por un defecto de cierre vertebral pueden contener sólo meninges (meningoceles) o meninges y tejido neural (mielomeningoceles). El pronóstico funcional en estos dos últimos casos va a depender de la existencia o desarrollo de hidrocefalia asociada, y aunque en más del 50% de los pacientes requieren de la colocación de una válvula de derivación, el pronóstico neurológico es relativamente bueno, en lo relativo a las funciones intelectuales y cognitivas.

Simultáneamente a la inducción dorsal, y prolongándose hasta la 5.ª semana de gestación se produce embriológicamente la llamada inducción ventral. Los defectos de la inducción ventral dan lugar a la *Holoprosencefalia*. La *hidranencefalia* se incluye aquí porque es parte del diagnóstico diferencial de la holoprosencefalia. En esta patología la totalidad del tejido cortical ha sido reemplazado por líquido cefalorraquídeo debido a un infarto masivo o a una infección intrauterina. En este caso la calota es normal. La forma más benigna de hidranencefalia –la hidrocefalia– es un conjunto heterogéneo de patologías,

alguna de las cuales puede obedecer a trastornos de la inducción ventral. *La holoprosencefalia y la hidranencefalia* no *deben confundirse con la anencefalia.*[1-2]

En la anencefalia la inexistencia de las estructuras cerebrales (hemisferios y corteza) con la sola presencia del tronco cerebral provoca la ausencia de todas las funciones superiores del sistema nervioso central que tienen que ver con la existencia de la conciencia y que implican la cognición, la vida de relación, comunicación, afectividad, emotividad, con la sola preservación efímera de las funciones vegetativas que controlan parcialmente la respiración, las funciones vasomotoras y las dependientes de la medula espinal. En esta situación neurológica se cumple con los criterios de *muerte neocortical* (*high brain criterion*) por oposición a la abolición de la función encefálica completa (*whole brain criterion*) que define la *muerte cerebral o encefálica.* Sin embargo es bueno recordar aquí que la definición y los criterios de muerte, ahora vigentes en gran parte del hemisferio occidental, se han desarrollado como producto de una convención acordada desde el informe Harvard de 1968 hasta ahora.[3] En esta sucesión de modificaciones la determinación de muerte, que comenzó con la verificación del paro cardiocirculatorio hasta el concepto actual de abolición de la función cerebral, se ha recorrido un largo camino, aun no terminado, que trata de dar respuesta a los dilemas morales que los nuevos avances de la tecnología médica han generado en el final de la vida.

El nuevo criterio de muerte cerebral, establecido en Harvard a partir del concepto de daño cerebral fue reemplazado en los años subsiguientes, a través de la Comisión Presidencial, por el de abolición completa de la función cerebral (*whole brain criterion*). Esto último implica el cese de las funciones corticales (coma, ausencia de motilidad voluntaria y sensibilidad) y aquellas dependientes del tronco cerebral (reflejos que involucran pares craneanos, ausencia de respiración espontánea). La nueva definición de la muerte surgió a través de la interpretación conceptual de equiparar a la cesación de la

actividad de las neuronas responsables de la organización de los principales subsistemas orgánicos con la interrupción de la función integradora del organismo como un todo.[4-5-6]

En los años subsiguientes, en un sostenido avance del análisis sobre estas cuestiones, se comenzaron a observar cuadros cada vez más frecuentes de comas con estado vegetativo que también tienen daño cerebral irreversible con pérdida absoluta de la conciencia aunque con mantenimiento del tronco cerebral (funciones respiratoria y circulatoria –*high brain criterion*), circunstancias ambas que han instalaron el debate sobre la inmutabilidad de la definición de la muerte y su criterio de sustentación. El Estado Vegetativo Permanente (EVP) es el paradigma de la pérdida absoluta de la conciencia, la afectividad y la comunicación con conservación de los ciclos sueño –vigilia, de los reflejos y movimientos oculares, de la respiración espontánea y de los reflejos protectores del vómito y de la tos.[7-8]

La anencefalia es el equivalente del EVP en los niños y en ambos casos nunca se cumplen las condiciones de muerte encefálica por ausencia de lesión en el sistema reticular activador del tronco cerebral. Desde el punto de vista bioético estos cuadros dan sustento a la hipótesis de muerte neocortical (criterio cerebral superior high brain criterion*), presente en aquellas situaciones, como el EVP, en que se afecta los centros corticocerebrales superiores con normalidad del tronco cerebral, que abandona completamente el sentido puramente biológico de la vida y rescata en cambio los aspectos vinculados a la existencia de la conciencia, afectividad y comunicación como expresión de la identidad de la persona.*[7]

Como hemos dicho aunque la anencefalia es una anomalía neurológica congénita que no cumple los criterios de muerte cerebral o encefálica, se debe recordar, como ejemplo de la variabilidad actual de estos conceptos, que en los Estados Unidos de América estuvo vigente durante un año (1995) el dictamen del Comité de Ética y Asuntos Judiciales de la Asociación Médica Americana (AMA) por que el se aceptaba la donación de órganos de los anencefálicos con consentimiento del representante legal.[9-10-11] El debate sigue vigente no sólo en esta alteración

congénita, que muestra la falta total de todo el neocortex, sino en todos aquellos estados patológicos adquiridos (como el Estado Vegetativo Permanente) respecto del real significado de la ausencia primaria y/o pérdida irreversible de la conciencia como indicador más absoluto de la condición y naturaleza humanas.

De este modo el criterio de abolición de la función cerebral completa, como indispensable para definir la muerte, también puede cuestionarse desde que la pérdida irreversible de la conciencia definiría más absolutamente la naturaleza y condición humanas que la falla neurológica que regula la homeostasis de las funciones vegetativas. Siguiendo esta línea de pensamiento, la teoría de la identidad personal de Wikler apunta a defender el *high brain criterion* considerando asimismo como razones espurias a la justificación biológica, pretendidamente inobjetable, de la muerte cerebral.[12-13]

La visualización de la muerte cerebral como el establecimiento cierto de un límite convencional en la asistencia médica, con su correspondiente fundamento bioético y no como un descubrimiento científico, permitirá una mayor comprensión de esta situación por parte de la sociedad en general y de los propios pacientes en particular.[14-15-16]

2. Aspectos bioéticos

En el caso que se examina hay por lo menos dos bienes y/o valores que ponderar: el derecho de la madre a privilegiar su salud (psíquica y social) y su autonomía, y el valor vida de un feto anencefálico, que por definición no es viable en su vida extrauterina.[17-18] La consideración de cada uno de ellos respecto de cuál debe prevalecer se encuentra estrechamente ligada a la existencia del otro y en esta situación será imposible una división y separación completa en la consideración de cada uno de ellos.

En primer lugar, no obstante, efectuaremos algunas consideraciones sobre el feto en cuestión con relación a su vida y viabilidad. No está en discusión en

este caso ni el comienzo de la vida ni la situación vital del feto sino de cuánto podemos hablar del valor vida en quien por definición, y en virtud de su anomalía neurológica, carece de toda expectativa de vida extrauterina. Se habla constantemente en los fallos y genéricamente de la viabilidad del feto y en tal circunstancia se precisan las definiciones de aborto, parto inmaduro y parto prematuro. Pero *el concepto de viabilidad se construye tomando en cuenta la capacidad del niño por nacer de sobrevivir fuera del útero materno*. Esta sobrevida va a depender del soporte tecnológico disponible (oxígeno, asistencia respiratoria mecánica, asistencia vasomotora, nutrición, hidratación) y por ello hace 20 años un feto era considerado viable a las 28 semanas y hoy es de 24 semanas o aun menor. En todos los casos la viabilidad no es un concepto absoluto sino variable en cada continente, en cada país, en cada ciudad y en cada grupo sociocultural. Hace 10 años un neonato de 1 kg. estaba casi en un peso límite y hoy se asisten niños de 600 gramos cuando se encuentran disponibles los recursos tecnológicos para ello. Pero en todos los casos la viabilidad resulta concebible en relación a fetos intrínsecamente sanos o potencialmente sanos.

El feto anencefálico es un feto intrínsecamente inviable en virtud de ser portador de una anomalía neurológica que se encuadra dentro de la condición conocida como de muerte neocortical (*high brain criterion*), por lo que aplicar el concepto de viabilidad en relación al tiempo de gestación carece de toda lógica. El feto será inviable cualesquiera fuera la fecha del parto por lo que no resulta sostenible el fundamento esgrimido por la mayoría de la Corte Suprema de que, como el tiempo de embarazo normal está ya cumplido, es posible autorizar su anticipación. *¿Cómo hablar de un tiempo de embarazo que permite gestar un feto viable si el feto en cuestión es inviable?*

La protección de la vida de un feto tiene sentido cuando ésta es posible por definición fuera del seno materno y por ello en este caso la protección de ese valor como un bien absoluto resulta dogmático y abstracto al extremo que, de ser creíble, deberíamos absurdamente pensar, como lo sostiene también el voto de

los Drs. G. Bossert y E. S. Petracchi, que el embarazo de la gestante debiera prolongarse indefinidamente ya que el parto y el nacimiento determinarán la muerte del niño. Ni la reiterada mención, en el voto de un juez de la Corte Suprema (Dr. A. Boggiano) de la palabra criatura para referirse al feto, ni la desafortunada expresión respecto de que la vida terrena es siempre temporal y que todo ser que nace está destinado a morir, contenida en el voto del Dr. E. Centenaro de la Cámara, o la referencia a la muerte prematura de su representado, utilizada por el defensor de menores, podrán ignorar que este feto anencefálico no vivirá en cuanto abandone el útero. Por todo esto parece ocioso y efectista efectuar observaciones que pretenden obviar y olvidar el único hecho tangible: que el feto tiene un defecto neurológico congénito intrínseco que deriva de su condición de anencefálico. La interrupción del embarazo no será nunca la causa de la muerte del feto sino la "ocasión" para que ésto ocurra para emplear la acertada palabra elegida por el Dr. E. S. Petracchi.

Por último debe recordarse que nacido este feto no recibirá ninguna maniobra médica de reanimación ni será sometido a ningún procedimiento de soporte vital en virtud de la futilidad de cualquier medida.[19] Dado que la futilidad es absoluta (todas las acciones médicas posibles no proveerán el fin deseable que es la vida) –en este caso determinada por la medicina y decidida por el médico (futilidad fisiológica) por su inefectividad–, no puede decirse válidamente que la interrupción del embarazo es autorizada por la Corte Suprema porque el tiempo de gestación es el suficiente para que nazca un feto viable cuando ya esta predeterminado que el recién nacido anencefálico será privado, en razón de su defecto intrínseco, de cualquier soporte tecnológico destinado a hacer viable lo que por definición no lo será. Y a este respecto entonces no interesa cuántas semanas de embarazo exista y ni siquiera si es aborto, parto inmaduro o prematuro.

Tanto en el fallo del Tribunal Supremo de Justicia como en el la Corte Suprema se solicita al accionar médico "el mayor respeto por la vida embrionaria" lo que es incomprensible por tratarse de un feto y no de un embrión y además

porque tal insólita solicitud sugiere, a nuestro juicio injustamente, que pudiere existir en este caso un comportamiento ajeno a lo que indican las más elementales normas morales de un acto médico habitual. En el caso de la Corte Suprema resulta asimismo por lo menos imprudente que se mencione esta conducta como "carga impuesta" a los médicos intervinientes porque nunca un acto médico será moralmente una carga que le deba ser impuesta por nadie.

Queda así establecido entonces que resulta ilógica toda referencia a la supuesta viabilidad a un feto que no lo es por definición. Por lo tanto el análisis del tiempo de gestación en relación al pedido de la Sra. S. T. es estéril.

Volvamos ahora a la evaluación del segundo valor en juego: la salud psíquica de la Sra. S. T. y su autonomía.[17-18] La ponderación del ejercicio pleno de la autonomía de la mujer embarazada y en particular el reconocimiento de la importancia de su salud psíquica está muy satisfactoriamente marcada en el voto de la mayoría del Tribunal Supremo de Justicia. Resulta estimulante el reconocimiento en el estrado judicial de la importancia que los aspectos psíquicos tienen en la determinación del componente salud en la persona. En el fundamento central del voto del Dr. J. Maier, a quien se adhieren otros tres jueces del Tribunal Supremo de Justicia, se privilegia los derechos de la madre en resguardo del principio de autonomía de la mujer embarazada que atiende al bienestar psíquico de la misma y hasta de su familia, que en este caso incluye también el de una hija de 12 años, que buscaron y esperaron con ansiedad la llegada de otro hijo. Debe destacarse la especial inclusión de esta hija como receptora del reconocimiento de la protección que indican los derechos del niño en el voto en minoría de la Jueza de Cámara Dra. Weinberg de Roca.

En los fundamentos del voto del Dr. J. Maier también se apela acertadamente al derecho de privacidad y a la autodeterminación procreativa de los padres, aunque bueno es recordar que también a este derecho se acudió en el fallo Roe vs. Wade, que se cita, y en otros, para legitimar el aborto en el primer trimestre, sin intervención médica y en el segundo con indicación médica precisa.[18] Esta

mención la hacemos para señalar que aunque en este caso esté claro que estamos frente a un parto prematuro los fundamentos de los derechos de los padres que se invocan son los mismos en ambos casos. En este voto pareciera que este derecho constitucional, que a juicio del juez, define la situación lo hace porque se encuentra frente a un valor vida de naturaleza vegetativa, que se reconoce incluso por la decisión anticipada de los médicos de no efectuar reanimación alguna (abstención de soporte vital).[20]

Y en este punto resulta imprescindible referirnos a los párrafos del voto del Dr. J. Maier que dicen textualmente: "Tan cierto es que la vida no se cercenará por la expulsión prematura que los médicos, curiosamente, se han atrevido a determinar que, según práctica corriente, no recibirá auxilio alguna postnatal, sin duda una decisión más fuerte penalmente que aquella de la expulsión anticipada, pues se trata de omitir todo auxilio a un ser vivo, en situación de desamparo e incapaz de valerse por si mismo". Y más adelante: "Entiendo el temor de los médicos frente a la situación, pero dejo de entenderla cuando me advierten que el niño, no recibirá auxilio alguno postnatal, al menos para extender su vida (...)". Resulta, a nuestro juicio, de extrema importancia, dada la gravedad de las genéricas afirmaciones del Sr. Juez repasar algunos conceptos centrales de la medicina crítica que no puede ser ignoradas.

Desde que existen métodos de reemplazo o sustitución de funciones vitales aplicables en situaciones críticas para facilitar la recuperación de las mismas, existe la posibilidad de no aplicar, utilizar o suspender estos procedimientos, según la evolución de la enfermedad que aqueja al paciente.[19] Cuando, simplificada y correctamente, se dice que el *soporte vital* es toda técnica o tratamiento que aplicado al organismo puede sustituir la función fisiológica de un órgano, cuando su afectación ponga en peligro la vida, se califica al soporte vital a través de la definición del paciente en estado crítico. Esta categorización del estado crítico supone asimismo dos circunstancias esenciales a tener en cuenta: *reversibilidad esperable y transitoriedad posible*, aunque ambas circunstancias no siempre son siempre

predecibles ni evaluables primariamente en cada caso. El análisis de las conductas posibles sobre el soporte vital en el paciente crítico debe efectuarse en el marco de la limitación del tratamiento o del esfuerzo terapéutico, siendo indispensable comprender que en este escenario *las decisiones sobre la utilización de estos métodos de soporte tienen una influencia decisiva y generalmente cercana en la determinación de la muerte del paciente.*[20-21-22] La *aplicación ilimitada de todos los tratamientos posibles*, que incluyen naturalmente a los diferentes métodos de soporte vital, puede conducir a una prolongación indefinida de la agonía del paciente y demorar la llegada inevitable de la muerte con la posible generación de cuadros de *encarnizamiento terapéutico*, situación a la que posteriormente en su voto también el Dr. J. Maier hace referencia como circunstancia indeseable.[22-23] De qué otra circunstancia estaríamos hablando sino de esta situación de no reanimar (aplicar por lo menos soporte vital avanzado) al niño?

En nuestro caso no se plantea sin embargo ningún dilema y por ello se habla de futililidad absoluta y fisiológica. La anencefalia significa, digámoseo una vez más, viabilidad cero. Si la muerte del niño, que es la única alternativa posible y esperable, en el mejor de los casos se adelanta unas horas, el marco del *permitir morir* es el que adecuadamente expresa la realidad en estos casos en que se opta por la abstención o el retiro del soporte vital en los pacientes terminales o murientes como éste.[19-20-21-22-23]

Tanto en el fallo del Tribunal Supremo de Justicia como en el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se efectúa una distinción pormenorizada acerca del tiempo de embarazo en que se solicita su interrupción con el objeto primario de demostrar la inexistencia de un eventual aborto. En el fallo del Tribunal Supremo de la Ciudad de Buenos Aires se afirma que el aborto existe antes de las 20 semanas, luego el parto sería inmaduro hasta las 28 semanas, a partir de cuando el parto será prematuro. Así las cosas queda bien en claro que al tiempo del fallo se trataría de un parto prematuro alejando de tal modo otro calificativo, así como para ratificar que el procedimiento en este caso, no estaba destinado a matar el

feto. También en el fallo de la Corte Suprema existe una severa preocupación, aunque ya resultaba obvio a los 8 meses de gestación, de expresar explícitamente que no se trataba de un aborto. Esta constante reiteración parece surgida no sólo de la necesidad de alejar la falsa presunción de que se tratase de un aborto –que no lo era por el tiempo de gestación–, sino que trasunta cierto prejuicio moral sobre su existencia aunque también se reconociese explícitamente en el voto de los Drs. J. Maier y E. S. Petracchi la legitimidad de la jurídica del llamado aborto terapéutico.

Por nuestra parte, no podemos dejar de examinar también la legitimidad moral del aborto en un caso como el que se analiza ya que si la consulta de la madre de un anencefálico se hubiera efectuado antes de las 20 semanas de gestación entonces el argumento de la Corte Suprema, basado en la eventual viabilidad del feto (aunque ya descartado por falta de lógica) no hubiera podido esgrimirse. En ese caso, si existiera la presunción de afectación para la salud de la madre no solucionable por otros medios, entonces se configuraría un supuesto de aborto terapéutico.

Creemos que en ese caso no hace falta verificar en la madre la existencia de una enfermedad somática seria y mortal para privilegiar su salud. El concepto integral de salud, adoptado por la Organización Mundial de la Salud hace más de veinte años, implica no solo el bienestar físico sino también el equilibrio psíquico y social.[17] La protección de la mujer embarazada en su integridad y dignidad personal, desde una perspectiva de género, se encuentra correctamente defendida en el fundamento del voto de la Dra. Alicia Ruiz con un fuerte alegato en la que cita su transformación en "féretro ambulante", sometiendo a la madre a la tortura de la espera obligada de un parto con un feto inviable. Aquí resulta muy atinada la frase de la Jueza de Cámara Dra. Weinberg de Roca que en su voto y en minoría alerta sobre la incongruencia de "obligar a la mujer a concebir en su vientre un ser muerto que deja de existir cuando es *desconectado* de la madre" mientras está claramente acordado que no se mantendrán los medios artificiales posibles, aunque efímeros, para sostener la vida al niño recién nacido. "Se le exige al cuerpo

de la madre dar lo que el Estado no va a dar a través del equipamiento médico dado que no tiene vida propia" (Weinberg de Roca).

La posibilidad actual de diagnosticar la futura y segura inviabilidad del feto en la etapa intrauterina (en este caso por ecografía) impone a la madre un conocimiento anticipado de la situación que genera un conflicto no existente al tiempo de un desarrollo menor de los procedimientos de diagnóstico prenatal. No puede moralmente ser una acción obligatoria transformar a la madre en una incubadora cuya programación ella no pueda interferir al tiempo de conocer anticipadamente cuál será el resultado final. Como si no bastara el impacto indeleble que este desgraciado hecho le produce, la espera obligada de la muerte anunciada que no se le permite abreviar, siquiera en el tiempo, semeja una condena inmerecida y una abolición de su ejercicio de la autonomía que debemos proteger. El derecho de las personas, y de los pacientes en particular, en este quehacer, llegó tardíamente en su evolución histórica a la medicina pero se quedará para siempre.[17] Si esto es asi, y si esta autonomía legítima de la madre frente a un feto intrínsecamente inviable debe prevalecer, como lo indica claramente el Tribunal Supremo de Justicia y tímidamente la Corte Suprema, no deberá importar cualesquiera fuera el tiempo de embarazo. Este tiempo no es el que debiera marcar arbitrariamente la decisión de un tribunal sino el conocimiento de la inviabilidad de feto y del derecho de la madre. Aun más, a este efecto no dudamos que esta decisión es claramente optativa y personal: puede una madre desear llegar al final del embarazo y puede legítimamente otra, como en este caso, querer la interrupción.[18] Seguramente el sufrimiento será igual para ambas pero cada una sabrá cómo lo puede sobrellevar.

No dudamos en calificar como superogatoria la condena de obligar a una madre a sumar, al infortunio de tener un feto inviable en su vientre, la espera de todo el tiempo de un embarazo normal. No hay derecho moral en transformar en héroes o mártires a quienes no quieren serlo. *En esta línea de razonamiento que privilegia el derecho de la madre por sobre la del feto, que intrínsecamente es inviable,*

el límite de la moralidad será este derecho y no la viabilidad del feto que es nula y mucho menos el tiempo de embarazo. Por tanto hasta un aborto sería éticamente aceptable.

El aborto terapéutico, que legitima nuestro ordenamiento jurídico, y que es citado y reconocido explícitamente por los Drs. J. Maier y E. S. Petracchi, podría ser aplicable a este caso si se presentara en el período que los jueces establecen en anterior a las 20 semanas de gestación. En efecto dice el voto del Dr. Petracchi que este tipo de aborto es legitimado "no como una excusa sino con plena justificación", en los casos de peligro de vida de la madre cuando la cuestión no pueda resolverse por otros medios, dando solución al conflicto de intereses "en casos más extremos que en éste". En efecto, si lo analizamos desde esta óptica nuestro caso resulta de resolución más simple y claro. No se trata de un conflicto entre una madre con riesgo de vida y feto sano, sino que aquí en cambio se trata de un feto inviable (muerte neocortical y viabilidad cero extrauterina) y una madre con severo riesgo psicológico que se agrava por la prolongación de esta situación. ¿Quién podría medir la diferencia y ponderar la moralidad de un acto y del otro? ¿Porqué no aceptar la justificación moral plena de este caso, resolviendo el conflicto a favor de la madre si el problema se hubiera planteado aún antes de las 20 semanas?

3. Reflexiones finales

Finalmente deseamos efectuar un comentario sobre la severa crítica que en los fundamentos de los votos de los Jueces A. Ruiz y G. Muñoz del Tribunal Supremo de Justicia se efectúa sobre los médicos que se negaron a efectuar la interrupción del embarazo solicitada por la madre del feto anencefálico. En efecto, dado los elementos existentes: solicitud expresa de la madre, indicación médica precisa y el contundente dictamen del Comité de Ética de la Maternidad, pareciera muy claro que debió efectuarse la interrupción del embarazo aun en los términos considerados como aborto terapéutico. Aún más el Juez J. Maier advierte de la

responsabilidad que entraña la realización de un acto médico y también la que se deriva de su omisión cuando éste debió efectuarse. No es éste el lugar ni el momento adecuado para extenderse en este análisis pero quizá debiera reflexionarse de cuáles son las causas de la generalización en nuestro país y en este tiempo de la tendencia al ejercicio de una medicina defensiva basada más en la "protección" del médico que en el beneficio del paciente. Esta actitud promueve, como consecuencia inmediata lo que está pasando también es este caso: la perniciosa judialización de los actos médicos. Creemos en la multicausalidad de este desgraciado fenómeno al que no es ajeno cierta perplejidad en nuestro ordenamiento legal y normativo, a la directa falta de normas, al juicio desmesuradamente opuesto de diferentes jueces sobre un mismo punto –circunstancia que se observa crudamente en las actuaciones de este mismo caso– y la conducta exageradamente temerosa de muchos médicos.

Además nos parece que la medicina no ha logrado transmitir que no existe más la inmutabilidad de una *lex artis ad hoc*, expresión tan usual en los escritos judiciales, que resulta más cercana a una medicina simple y lineal compatible con el paternalismo hipocrático de la época que a la compleja medicina de hoy que ofrece muchas alternativas disímiles y debe respetar la autonomía del paciente y su deseada calidad de vida. No es éste un país donde impere precisamente la pluralidad en ciertas esferas decisorias ni la tolerancia ideológica sobre la resolución de ciertos conflictos bioéticos, ni tampoco una cultura respetuosa del libre debate sobre cuestiones que afectan las creencias morales de cada uno. Si de bioética se trata, y de ésto estamos hablando, basta recordar que el país no tiene hoy siquiera una norma legal nacional sobre salud reproductiva y que en todos los temas conflictivos no hemos empezado a debatir seriamente lo que en muchos países ya se ha decidido hace más diez años.

Una severa mención final: la sociedad en su conjunto y todos los jueces en los instrumentos que estamos comentando debieran recordar que el problema que tuvo la Sra. S. T. está vinculada a la pobreza y a la ineludible necesidad de la con-

sulta en el hospital público. Se ha dicho repetidas veces que este conflicto no se hubiera presentado en un establecimiento privado al que concurre quien tiene los medios para solventar su costo y la interrupción del embarazo se hubiera realizado por consenso entre la paciente y el médico obstetra. Sin embargo, el conflicto bioético no desaparece cuando se tienen los medios para comprar esa privacidad. Tampoco es justo ni digno de una sociedad auténticamente pluralista que se condene a una persona a la necesaria violencia moral que implica actuar en la clandestinidad, aunque esta sea privada y segura.

No debemos olvidarnos del país real porque de personas que viven aquí y ahora estamos hablando.

Bibliografía

1. Volpe J. *Neurologic disorders of the fetus and newborn infants*. Saunders, 1998.

2. "The medical task force on anencephaly". *The infant with anencephaly*. New England: J. M., 1990. vol. 322, p. 669-764.

3. "*Ad Hoc* Committee of the Harvard Medical School to examine the definition of brain death". *A definition of irreversible coma*. Jama, 1968. vol. 205, p. 337-340.

4. "Report of the medical consultants on the diagnosis of death to the President's Commission for the study of ethical problems in medicine and biomedical and behavioral research". *Guidelines of the determination of death*. Jama, 1981. vol. 246, p. 2.184-2.186.

5. Bernat JL; Culver CM; Gert B. *On the definition and criterion of death*. Ann Inter. Med., 1981. vol. 94, p. 389-394.

6. Tealdi JC. "Muerte, aspectos médicos". *Enciclopedia Iberoamericana de Psiquiatría*, Buenos Aires: Ed. Médica Panamericana, vol. 3, p. 952-956, 1995.

7. Gherardi CR. *La muerte cerebral y la muerte.* Buenos Aires: Medicina, 1997. vol. 57, p. 114-118.

8. Youngner SJ. *Defining death:* a superficial and fragile consensus. Arch. Neurol., 1992. vol. 49, p. 370-372.

9. "American Academy of Pediatrics". *Infants with anencephaly as organ sources:* ethical considerations. Pediatrics, 1992. vol. 89, p. 1.116-1.119.

10. "Jama Council on ethical and judicial affairs". *The use of anencephalic neonates as organ donors.* Jama, 1995. vol. 273, p. 1.614-1.618.

11. Fackler JC; Truog RD. *Life, death and solid organ transplantation without brain death.* Crit. Care Med., 1993. vol. 21 (n. 9 Suppl.), p. 356-357.

12. "Who defines death? Medical, legal and philosophical perspectives". *Brain death.* E. Elsevier, 1995. p. 13-22.

13. Truog RD; Fackler JC. *Rethinking brain death.* Crit. Care Med., 1992. vol. 20, p. 1.705-1.713.

14. Truog RD. *Is it time to abandon brain death?.* Hastings Center Report, January-February 1997. p. 29-37.

15. Gherardi CR. *La muerte cerebral.* Treinta años después: tiene el mismo significado?. Quirón, marzo 1999. n. 1, vol. 30, p. 70-79.

16. Halevy A.; Brody B. *Brain death:* reconciling definitions, criteria and tests. Ann. Inter. Med., 1993. vol. 119, p. 519-525.

17. Beauchamp T.; Childress J. *Principios de ética biomédica.* 4. ed. Masson, 1999.

18. Dworkin R. *El dominio de la vida.* Barcelona: Ariel, 1998.

19. Gherardi CR. "Reflexiones sobre la futilidad médica". *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, 1998. n. 6, p. 59-71.

20. Prendergast TJ. *Resolving conflicts surrounding end-of-life care.* New Horizons, 1997. vol. 5, p. 62-71.

21. Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva. *Pautas y recomendaciones sobre la abstención y/o retiro del soporte vital en el paciente crítico.* Medicina Intensiva, 1999. vol. 16, p. 53-56.

22. Prendergast TJ; Juce JM. *Increasing incidence of withholding and withdrawal of life support from the critically ill.* Am J Respir. Crit Care Med., 1997. vol. 155, p. 15-20.

23. Gherardi CR. "Encarnizamiento terapéutico y muerte digna". *Mitos y realidades.* Medicina, 1998. vol. 58, p. 755-762.

Sanções de trânsito na *common law*: análise doutrinária e estudo de direito comparado dos sistemas jurídicos inglês e norte-americano

Cássio Mattos Honorato

Promotor de Justiça no Paraná. Especialista em trânsito pela Polícia Rodoviária do Estado de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Paraná (Unespar) – Fundinopi – Jacarezinho-PR.

Sumário: 1. Considerações preliminares – 2. Visão do sistema jurídico inglês: 2.1 Características; 2.2 Fontes do direito inglês relacionadas ao trânsito; 2.3 A legislação de trânsito inglesa; 2.4 Sanções aplicáveis aos ofensores das normas de trânsito: 2.4.1 Pena privativa de liberdade: *imprisonment*; 2.4.2 Sanções pecuniárias: *fines* e *fixed penalties*; 2.4.3 Sistema de pontuação: *penalty points*; 2.4.4 Suspensão e cassação da licença: *disqualification*; 2.4.5 *Endorsement*; 2.4.6 Curso de reabilitação: *rehabilitation course*; 2.5 Análise comparativa em relação ao CTB – 3. Visão do sistema jurídico norte-americano: 3.1 Fenômeno trânsito no Estado de Nova York: 3.1.1 Natureza jurídica das violações às normas de trânsito; 3.1.2 Licença para dirigir veículos em Nova York; 3.2 Visão das sanções aplicáveis no Estado de Nova York: 3.2.1 Multa pecuniária: *fines* e *imprisonment*; 3.2.2 Suspensão e revogação da licença para dirigir; 3.2.3 Período de prova: *probationary period*; 3.2.4 Retenção, remoção e custódia do veículo; 3.2.5 Confisco do veículo apreendido: *forfeit*; 3.3 Fenômeno trânsito no Estado da Pensilvânia; 3.4 Natureza jurídica da licença e das sanções impostas aos ofensores de trânsito; 3.5 Visão das sanções aplicáveis no Estado da Pensilvânia: 3.5.1 *Fine* e *imprisonment*; 3.5.2 Suspensão do registro e do licenciamento do veí-

culo e *monetary penalty*; 3.5.3 Suspensão da licença para dirigir; 3.5.4 Revogação da licença para dirigir; 3.5.5 Invalidação da licença para dirigir; 3.5.6 Restauração do privilégio de dirigir; 3.5.7 *Endorsement* eletrônico; 3.5.8 Sistema de pontuação: *point system*; 3.6 Processo para imposição de sanções: 3.6.1 Competência para fiscalizar, autuar e dar início ao processo; 3.6.2 Processo das infrações relacionadas ao solo: *fixed penalties*; 3.6.3 Processo das *summary offenses* de trânsito – 4. *Chemical testing*: a presunção legal de consentimento do exame: 5. As *Institutas* da *common law*: guias práticos de educação para o trânsito – Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade precípua analisar as sanções cominadas nos sistemas jurídicos inglês e norte-americano, aplicáveis aos ofensores das normas de circulação e de segurança no trânsito; revelando a natureza jurídica dos principais institutos e a forma de imposição das sanções pelos tribunais competentes. Comparando o conteúdo desses institutos estrangeiros com os previstos na legislação de trânsito pátria podem-se identificar as semelhanças e distinções desses sistemas, revelando alguns institutos que poderiam ser aplicados ao ordenamento jurídico brasileiro. O estudo em sede de direito comparado é instrumento indispensável à melhor compreensão dos institutos jurídicos e ao aperfeiçoamento da legislação brasileira.

Palavras-chave: trânsito; penalidades de trânsito; sanções; penologia; sistema jurídico inglês; sistema jurídico norte-americano; *common law*.

Lista de siglas:

Cf. – Conforme
CTB – Código de Trânsito Brasileiro
DMV – Department of Motor Vehicles, de Nova York
Penn Code – Pennsylvania Vehicle Code
PennDOT – Department of Transportation Driver and Vehicle Service, Estado da Pensilvânia
Res. – Resolução
RTA – Road Traffic Act, do Direito Inglês

RTOA – Road Traffic Offenders Act, do Direito Inglês
s. – seção (*i.e.*, artigos dos *statutes* ingleses)
VTL – Vehicle and Traffic Law, do Estado de Nova York
§ – *section* (nos EUA, substantivo feminino)

1. Considerações preliminares

A presente exposição é o resultado de pesquisas promovidas durante viagens de estudos, realizadas em junho de 2001 e maio de 2002, visando conhecer o fenômeno trânsito[1] na Inglaterra e nos Estados de Nova York e Pensilvânia (nos Estados Unidos da América-EUA); com ênfase para as sanções cominadas naqueles ordenamentos jurídicos e aplicáveis aos ofensores das normas de circulação e de segurança no trânsito.

A opção pelos Estados visitados e pelas legislações estudadas decorreu da afinidade com o idioma; bem como cumprimento ao projeto de pesquisa para elaboração da dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica (2000-2003) da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – Fundinopi, situada em Jacarezinho, Estado do Paraná.

Durante a fase de pesquisa revelou-se uma dificuldade em relação à compreensão do direito inglês, por se tratar de sistema jurídico ligado à família da *common law*,[2] em face da ausência, quase absoluta, de legislação sistematizada (ou codificada), revelando sua característica de direito jurisprudencial.

1. "Trânsito: muito mais que a utilização das vias terrestres, é um fenômeno altamente complexo e interdisciplinar, que ainda carece do necessário tratamento científico. Diante disso, optou-se por empregar, em substituição ao tradicional substantivo trânsito, a expressão fenômeno trânsito por considerar, 'em primeiro lugar, que a palavra *trânsito* peca por excesso, porquanto não especifica se se trata do aéreo, do marítimo ou do terrestre', e na convicção de que a circulação viária constitui 'fenômeno eminentemente social e histórico' (CAMPOS. *El régimen jurídico-administrativo del tráfico* (bases hitóricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones), p. 33-39), a merecer denominação mais adequada" (HONORATO, Cássio Mattos. *Análise doutrinária da natureza jurídica das sanções do Código de Trânsito Brasileiro*, p. 16).

2. Guido Fernando Silva Soares destaca alguns "sentidos da expressão *common law*": i) uma família de direitos; ii) direito que se opõe ao *statute law*: "na segunda acepção da palavra *common*

Para que se possa avaliar a dificuldade, e compreender a opção realizada junto ao desenvolvimento do tema, faz-se necessário ter em consideração as seguintes características da família jurídica da *common law*, que a distingue dos países que adotam o sistema romano-germânico, expostas por René David: i) trata-se de "direito jurisprudencial", não codificado, onde a principal fonte do direito encontra-se "na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos Tribunais Superiores da Inglaterra"; ii) é um "sistema aberto", que "não comporta regras essenciais que possam ser aplicadas em todas as circunstâncias. A técnica do direito inglês não é uma técnica de interpretação das regras jurídicas; consiste, partindo das *legal rules* já estabelecidas, em descobrir a *legal rule*, talvez nova, que deverá ser aplicada em espécie"; iii) observa-se a existência de uma segunda fonte do direito: a lei; no entanto, "as disposições que formula só serão plenamente assimiladas ao sistema do direito inglês quando forem retomadas e reafirmadas – por vezes alteradas – pelos tribunais".[3] Ainda na expressão do autor, "o direito inglês não é um direito de universidades nem um direito de princípios; é um direito de processualistas e de práticos".[4]

Não obstante tratar-se de direito jurisprudencial, optou-se por concentrar os esforços sobre a fonte de origem legislativa. Portanto, o presente trabalho visa expor o conteúdo dos *statutes law* (*i.e.*, leis) que versam sobre o fenômeno trânsito na Inglaterra e nos Estados Unidos, com destaque para aqueles que revelam o conteúdo e a forma de imposição das sanções aos ofensores das normas de trânsito.

2. Visão do sistema jurídico inglês

Não é possível conhecer o direito inglês em um único mês: essa a conclusão de uma viagem de estudos que se deparou com mais de dez séculos de história

law, deve-se entender como o direito 'laid down by the courts, rather than by legislature'"; iii) direito comum, em oposição à *equity law* (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito nos EUA, p. 31-38).

3. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 324-326.

4. Idem, p. 320.

jurídica,[5] parcos textos legislativos e absoluta ausência de doutrina. Em face das peculiaridades do sistema da *common law* e a opção histórica do direito inglês por um sistema jurisprudencial, não se tornou possível, nos estritos termos desta exposição, estender as considerações além dos *statutes law* e de alguns dos julgados dos Tribunais Superiores da Inglaterra.

2.1 Características

Em relação às sanções de trânsito cominadas nos *statutes* ingleses, podemos destacar duas características essenciais: verifica-se, inicialmente, que todo aquele que for considerado culpado de uma ofensa (*guilt of an offence*) e, não sendo caso de pagamento de uma multa de valor fixo (*fixed penalty*) – observados alguns requisitos, que serão expostos junto ao item 2.4.2, *infra* –, poderá ser processado e julgado por tribunais de jurisdição criminal (RTOA 1988, s. 8).[6]

Uma segunda característica, diretamente relacionada ao sistema da *common law*, é a multiplicidade de fontes do direito, na qual se destacam: i) os costumes; ii) os precedentes jurisprudenciais (*precedents*), ou seja, "a lei derivada dos casos julgados pelos tribunais";[7] e iii) a legislação.

2.2 Fontes do direito inglês relacionadas ao trânsito

A amplitude das fontes jurídicas inglesas (ao menos em relação à esfera do direito de trânsito) faz lembrar o sistema jurídico romano junto ao período pós-clássico (de 305 d.C. a 565 d.C.), em que havia: i) as *Lex* (ou *Constituições Imperiais*); ii) os

5. Segundo René David, a fase de formação da *common law* inicia-se com a *conquista normanda* no ano de 1066 e se estende até 1485 (DAVID, René. *O direito inglês*, p. 4).

6. Cf. DAVID, René. *Os grandes...*, cit., p. 334; DAVID, René. *O direito...*, cit., p. 28-30.

7. "The main sources of law are custom (which has largely been incorporated into existing common law); precedents (ie law derived from cases heard by the courts); and legislation (which is the primary source and takes priority over all else)" (READ, P. A. *General principles of english law*, p. 26).

costumes; e iii) a *Iura* (*i.e.*, o direito contido na obra dos jurisconsultos);[8] posteriormente consolidados pelo Imperador Justiniano junto ao denominado *Corpus Iuris Ciuilis*. Segundo leciona José Carlos Moreira Alves: "A obra legislativa de Justiniano, por conseguinte, consta de quatro partes: *Institutas* (manual escolar), *Digesto* (compilação dos *Iura*), *Código* (compilação das *leges*) e *Novelas* (reunião das *Constituições* promulgadas, posteriormente por Justiniano). A esse conjunto, o romanista francês Dionísio Godofredo, em 1538, na edição que dele fez, denominou *Corpus Iuris Ciuilis* (Corpo do Direito Civil), designação essa que é hoje universalmente adotada".[9]

Nesse sentido as decisões dos tribunais ingleses – à semelhança do *Código* romano – correspondem à primeira fonte do direito inglês e, em relação ao fenômeno trânsito, são colecionadas junto aos *Road Traffic Reports* (e outros repertórios de jurisprudência). As leis expedidas pelo Parlamento (denominadas *statutes law*) são publicadas em brochuras separadas, impressas pelo *The Stationary Office*. Essas brochuras, que não são consolidadas ou compiladas (cabendo esta tarefa ao intérprete ou ao aplicador da legislação), compõem, segundo René David,[10] a segunda fonte do direito inglês, em face de não haver publicação oficial dos atos do governo ou do Parlamento.

Com o fim de facilitar a compreensão da legislação vigente na Inglaterra e informar aos usuários das vias terrestres seus direitos e deveres são publicados guias práticos (*textbooks*) – à semelhança das *Institutas* romanas –; com destaque para a publicação do *The Stationary Office*, denominada *The Highway Code*, que

8. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito romano*. História do direito romano, Instituições do direito romano: A – Parte geral, B – Parte especial: direito das coisas, p. 43-48.

9. Idem, p. 48.

10. Em outra passagem, René David procura defender a tese de igualdade hierárquica entre as fontes do direito no sistema inglês: "Na Inglaterra de hoje, a lei e os regulamentos (*delegated legislation, subordinate legislation*) já não podem ser considerados como tendo uma função secundária. A sua função é, com efeito, igual àquela que essas fontes do direito desempenham no Continente Europeu. No entanto, por razões de ordem histórica, essa função exerce-se de um modo diferente; a estrutura do direito inglês opõe-se a que se veja na obra do legislador o equivalente aos Códigos e leis do Continente Europeu" (DAVID, René. *Os grandes...*, cit., p. 331).

funde em um pequeno manual prático regras de direção defensiva, normas gerais de circulação e as sanções previstas nos *statutes* ingleses.

Reunindo-se essas informações, e comparando-as com as codificações de nosso sistema de origem romano-germânico, chega-se a questionar a eficácia das famílias de direito em face da finalidade principal da atuação do Estado junto ao fenômeno trânsito: a realização do trânsito em condições seguras (art. 1.º, § 2.º, do CTB).

Não obstante a advertência de Guido Fernando Silva Soares, no sentido que "em direito comparado, encontra-se vedado qualquer juízo de valor do tipo 'é melhor' ou 'é mais eficaz'",[11] vê-se, de um lado, um sistema dotado de poucas regras substantivas ou materiais escritas, aplicáveis a uma comunidade que, por costume, adota comportamentos mais seguros no trânsito. De outro, um sistema codificado, composto por normas expressas e amplamente detalhadas; que, no entanto, é desconhecido e violado com freqüência por considerável parcela dos usuários das vias terrestres. Resta, portanto, a dúvida sobre o sistema que melhor tem desempenhado sua função de "proteger e salvaguardar a sociedade humana".[12]

Abstraindo-se a questão cultural, voltada à violação das normas de circulação, pode-se sustentar que uma das grandes vantagens do nosso sistema codificado[13] sobre o da Inglaterra é a concentração de todas as normas – ou grande parte delas – em um mesmo corpo jurídico, denominado Código; facilitando o conhecimento e a aplicação das normas gerais de circulação e de segurança no trânsito.

2.3 A legislação de trânsito inglesa

Porção considerável das normas gerais de circulação, deveres e proibições impostas aos usuários das vias públicas inglesas consta atualmente de três *statutes*

11. SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p. 15.

12. Idem, p. 57.

13. Não obstante a complexidade da legislação de trânsito brasileira, o CTB (Lei 9.503/1997) é uma referência segura e reúne em um só corpo a parcela mais significativa de nossas atuais regras de circulação.

fundamentais, denominados RTA 1988, RTA 1991, e RTOA 1988. Observa-se que outros *statutes* também são citados pelos julgados das *Courts*, porém em menor freqüência (*v.g.*, *Transporte Act* 1968; *Traffic Sign Regulation and General Directions* 1994). Esses mesmos *statutes* são aplicáveis à Inglaterra, Escócia e País de Gales (*Wales*), trazendo, por vezes, normas próprias e distintas para as infrações cometidas em seus territórios.

Parte do processo e a cominação das sanções são feitas pelo RTOA 1988. Junto ao anexo dois (*Schedule* 2) desse *statute*, por meio de tabelas são relacionadas as infrações e as sanções aplicáveis aos ofensores. Os graus e valores das sanções encontram-se descritos no *Criminal Justice Act* 1982, s. 37.

Os presentes esforços concentrar-se-ão, portanto, sobre esses *statutes*, adicionando-lhes exposições contidas no *The Highway Code* e no *Road Traffic Justice Training* (maio 2000),[14] proporcionando uma consistente visão das sanções aplicáveis aos ofensores das normas de trânsito na Inglaterra.

2.4 Sanções aplicáveis aos ofensores das normas de trânsito

Ressaltando a natureza criminal das infrações cominadas na legislação de trânsito inglesa, os *statutes law* (em especial o anexo dois do RTOA 1988) indicam as seguintes sanções aplicáveis em caso de ofensa às normas de circulação e de segurança no trânsito: i) pena privativa de liberdade (*imprisonment*); ii) sanção pecuniária ou multa (*fine* e *fixed penalty*), e iii) *disqualification* da licença para dirigir. Outros institutos, sem constituírem, no entanto, espécies de sanções, são enumerados no sistema inglês: a) sistema de pontos de demérito (*penalty points*) para futura *disqualification*; b) *endorsement*; c) *compulsory retest*; e d) *rehabilitation course*.

14. *Road Traffic Justice's Trainning* (may 2000) – Manual utilizado na formação de *Lay Magistrates*, gentilmente cedido por Michael Guy (*Justice's Chief Executive*), da Comarca de Bury St. Edmunds, durante palestra proferida em 20.06.2001.

2.4.1 Pena privativa de liberdade: imprisonment

A pena privativa de liberdade, denominada *imprisonment*, somente é cominada às infrações mais graves e que, segundo o CTB e a Lei das Contravenções Penais (LCP), seriam consideradas no sistema brasileiro crimes de trânsito propriamente ditos[15] ou contravenções penais.

O processo, nesses casos, é promovido pelo *Director of Public Prosecution*,[16] por meio de um advogado (*Barrister* ou *Solicitor*) contratado pelo Estado, junto as *Courts*.

Em regra, os processos decorrentes de ofensas às normas de trânsito são julgados perante a *Magistrates' Court*. Somente no caso de haver resultado morte a relação processual será processada e julgada junto ao tribunal denominado *The Crown Court*.[17] Dessa decisão cabe recurso para os tribunais de apelação (RTOA 1988, s. 40(2)).

15. "(...) consideram-se crimes de trânsito propriamente ditos as condutas humanas que se ajustem aos tipos penais de injusto especialmente previstos nos arts. 302 a 312 da Lei 9.503/1997 (CTB). Destacam-se, sem *nomem juris* expresso, no rol estabelecido pela lei especial dois tipos de injusto culposos de trânsito (art. 302 – Homicídio culposo no trânsito; e art. 303 – Lesão corporal culposa no trânsito) e outros nove tipos penais de injusto dolosos: art. 304 – Omissão de socorro; art. 305 – Fuga; art. 306 – Embriaguez ao volante; art. 307 – Violar suspensão ou proibição; art. 308 – Racha e competição não autorizada; art. 309 – Dirigir veículo automotor sem habilitação; art. 310 – Entregar a direção de veículo a pessoa não licenciada ou sem condições; art. 311 – Velocidade incompatível com a segurança em determinados locais; art. 312 – Fraude no procedimento apuratório). Não há impedimento, no entanto, que outros tipos penais de injusto, diretamente relacionados à utilização das vias terrestres, venham a ser criados por meio de lei. Nesse caso, as condutas a esses relacionadas serão denominadas crimes de trânsito em sentido amplo, crimes relacionados ao trânsito, ou, ainda, crimes de trânsito por semelhança" (HONORATO, Cássio Mattos. *Sanções do Código de Trânsito Brasileiro*, p. XVIII, nota 9).

16. O *Director of Public Prosecution* representa o CPS – *Crown Prosecution Service* –, como órgão público que exerce funções semelhantes a do Ministério Público brasileiro junto aos processos de natureza criminal (cf. art. 129, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

17. Observa-se que a *The Crown Court* é Tribunal de Primeiro Grau de jurisdição em relação às ofensas mais graves – denominadas *indictables offences* – (*v.g.*, homicídio causado por direção perigosa ou por embriaguez ao volante); podendo atuar também como Tribunal de Apelação (em segundo grau) em relação às decisões da *Magistrates' Court* (Cf. READ, P. A., Op. cit., p. 60).

No Brasil, dependendo da gravidade do fato realizado, poderão ser desencadeados dois processos de naturezas distintas: i) um, de natureza administrativa, junto aos órgãos que compõem o Sistema Nacional de Trânsito; ii) outro, de natureza criminal, junto ao Poder Judiciário.[18]

Um aspecto positivo da natureza criminal atribuída às infrações de trânsito no sistema inglês, se comparado ao brasileiro, é a unidade de processo e de julgamento e, conseqüentemente, unidade de imposição de sanções.

Assim, segundo a legislação inglesa, se o ofensor conduz um veículo, em via pública, sob efeito de álcool ou substância entorpecente (ofensa descrita pelo RTA 1988, s. 4, e pelo RTA 1991, s. 3) poderá ser acusado por uma única conduta ilícita, cabendo à *Court* (nesse caso à *Magistrates' Court*) a imposição das seguintes sanções: pena privativa de liberdade (*imprisonment*), de até seis meses; a *disqualification* e o *endorsement* são obrigatórios neste caso; e quatro *penalty points* serão atribuídos à licença para dirigir (RTOA 1988, anexo dois).

No Brasil, o mesmo condutor, encontrando-se em semelhante situação, seria acusado de duas ofensas, em face de uma única conduta ilícita: i) processado junto à Justiça Criminal, pela prática de crime de trânsito (art. 306 do

18. A melhor doutrina sustenta a existência de três espécies de *crimes de trânsito propriamente ditos* e respectivos procedimentos: i) a primeira seria composta exclusivamente pelo art. 302 do CTB, que prevê o *homicídio culposo de trânsito*; sujeito ao procedimento sumário, previsto no Código de Processo Penal; ii) sete dos tipos penais de injusto descritos pela Lei de Trânsito, por apresentarem pena máxima cominada em abstrato não superior a um ano, são considerados infrações penais de menor potencial ofensivo, sujeitando-se, portanto, ao procedimento especial previsto na Lei 9.099/1995; iii) a terceira espécie é composta pelos tipos penais de injusto previstos nos arts. 303 (*lesão corporal culposa de trânsito*), 306 (*embriaguez ao volante*) e 308 (*racha ou competição não autorizada*) do CTB. Afastados da competência do Juizado Especial Criminal, em face do *quantum* da pena prevista em seus preceitos secundários, sujeitam-se ao procedimento sumário do Código de Processo Penal. Nesse sentido: *RT* 774/668-670 (TJRS). Aplica-se, no entanto, à lesão corporal culposa de trânsito o disposto no art. 291, par. ún., da Lei 9.503/1997 (CTB), "no que couber"; não sendo aplicável o dispositivo à *embriaguez ao volante* e ao *racha ou competição não autorizada*. Nesse sentido, ver HONORATO, Cássio Mattos. *Trânsito*: infrações e crimes, p. 367-382.

Tem surgido, no entanto, na jurisprudência, algumas divergências em relação à competência para o processo e julgamento dos fatos que se amoldam a esses três últimos tipos penais de injusto, atribuindo-se a competência ao Juizado Especial Criminal: *RT* 771/704-705 (TAMG).

CTB), punível com detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de obter a licença para dirigir; e ii) submetido a processo administrativo (perante órgãos do Sistema Nacional de Trânsito) em face da infração de trânsito (art. 165 do CTB), punível com multa de natureza administrativa, suspensão da licença para dirigir, retenção do veículo e recolhimento do documento de habilitação.[19]

Nesse sentido, o sistema inglês observa o princípio *non bis in idem*;[20] enquanto o sistema pátrio o viola flagrantemente. Segundo leciona Fábio Medina Osório, "um dos principais efeitos do *non bis in idem* é a vedação de duplicidade de sanções por um mesmo fato em matéria de concurso aparente de normas sancionadoras ou concurso de ilícitos".[21]

Faz-se necessário, portanto, repensar a incidência do princípio *non bis in idem* no sistema jurídico brasileiro, visando adequar o direito administrativo sancionador aos princípios professados pela Constituição da República de 1988.

19. Altamente questionável a constitucionalidade dessa medida administrativa prevista no art. 269, III e IV, Lei de Trânsito brasileira, denominada recolhimento da licença para dirigir.

Observa-se, aliás, à exceção das hipóteses previstas nos arts. 272 e 162, V, do CTB, que "sendo ilegítima a sumária suspensão (ou cassação) da licença para dirigir, realizada no ato da fiscalização, sem o devido processo legal e imposta por agente incompetente, não resta dúvida que o recolhimento sumário do documento de habilitação constitui medida ilegal e abusiva, desprovida de qualquer garantia processual. Assim, a medida administrativa denominada recolhimento do documento de habilitação constitui uma espécie de penalidade antecipada e ilegal, imposta por autoridade incompetente e mediante violação do princípio do devido processo legal" (HONORATO, Cássio Mattos. *Sanções...*, cit., p. 193-194).

20. Afirmando a incidência do princípio *non bis in idem* entre o direito penal e o administrativo, encontra-se a exposição de Juan Alfonso Santamaría Pastor: "El principio que examinamos supone, en primer lugar, la exclusión de la posibilidad de imponer en base a los mismos hechos do o más sanciones administrativas o una sanción administrativa y outra de orden penal; esta regla prohibitiva surge históricamente como reacción a la práctica criminal del Estado absoluto y, por su evidencia, no ha sido apenas objeto de refrendo en los textos legales" (PASTOR, Juan A. S. *Princípios de derecho administrativo*, p. 393).

21. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 292.

2.4.2 *Sanções pecuniárias:* fines *e* fixed penalties

As sanções pecuniárias, previstas para a grande maioria das infrações de trânsito, apresentam-se sob duas formas distintas na legislação inglesa: *fixed penalty* e *fine*.

Para as infrações de menor gravidade, que em nosso ordenamento jurídico corresponderiam a infrações administrativas de trânsito, são previstas multas em valores fixos (denominadas *fixed penalties*), que podem ser impostas e cumpridas de forma sumária; sem a necessidade de recorrer-se às *Courts*, desde que sejam observados os seguintes requisitos: i) pagamento voluntário da multa, no prazo concedido; ii) comprovação que os pontos de demérito atribuídos àquela ofensa (*penalty points*) não importarão na penalidade de *disqualification* da licença para dirigir; e iii) que o ofensor possua licença britânica para dirigir.[22]

Nesse primeiro sentido, a sanção pecuniária possui natureza jurídica mais próxima da penalidade administrativa de multa, cominada nos arts. 162-255 do CTB, do que da sanção criminal prevista no Código Penal brasileiro. Essa múltipla natureza das sanções pecuniárias é destacada por Luiz Regis Prado nos seguintes termos: "De modo geral, por multa se costuma designar sanções pecuniárias de natureza bastante heterogênea, que nem sempre ostentam o caráter de uma pena propriamente dita. No entanto, convém observar, que entre as penas – inclusive a de multa – e as sanções administrativas e fiscais as diferenças existentes são apenas quantitativas".[23]

O valor da *fixed penalty* varia em duas categorias: i) sendo infração sujeita a *endorsement*, o valor é de £ 24 (vinte e quatro libras); ii) não se encontrando a infração sujeita a *endorsement*, £ 12 (doze libras) – (RTOA 1988, s.53(2)). Não havendo o recolhimento da sanção pecuniária no prazo concedido, a ofensa será

22. GUY, Michael. *Road Traffic Justice's Training* (may 2000), p. 22.

23. PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*: doutrina e jurisprudência, p. 22.

levada ao conhecimento da *Magistrates' Court*, e, sendo imposta a penalidade, incidirá acréscimo de 50% (cinqüenta por cento) sobre o valor original da sanção (RTOA 1988, s. 55(3)).

Em relação ao procedimento para imposição da sanção pecuniária, pode-se afirmar – resumidamente – que sendo constatada uma infração, o responsável será notificado para pagar, ou para recorrer, no prazo de 28 dias. O pagamento poderá ser feito diretamente junto a *Magistrates' Court*, que possui uma seção especializada para o recebimento da *fixed penalty*. Realizado o pagamento, encerra-se o processo. Não havendo o pagamento voluntário[24] no prazo fixado, o fato é levado ao conhecimento do tribunal (*Magistrates' Court*), onde será processado e julgado por três *Lay Magistrates*.[25]

Para que o pagamento voluntário (ou seja, pagamento da sanção sem processo perante a *Court*) possa se efetivar é necessário também que o responsável pela ofensa apresente sua licença para dirigir, no ato do pagamento, e comprove que os pontos de demérito (*penalty points*) daquela infração somados aos que porventura se encontrarem vigentes em sua licença – situação verificável junto ao cadastro nacional de licenças e por meio de possíveis *endorsements* lançados anteriormente no verso do documento de habilitação – não atingirá 12 ou mais pontos, pois neste caso (como exposto junto ao item 2.4.4, *infra*) poderá ser imposta uma segunda penalidade pela *Court*, denominada *disqualification*.

24. Ao discorrer sobre a desistência voluntária, a doutrina do direito penal estabelece a seguinte distinção entre as expressões voluntária e espontânea: "Não é necessário que a desistência seja espontânea, basta que seja voluntária. *Espontânea* ocorre quando a idéia inicial parte do próprio agente, e *voluntária* é a desistência sem coação moral ou física, mesmo que a idéia inicial tenha partido de outrem, ou mesmo resultado de pedido da própria vítima" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*: parte geral, p. 366).

Do mesmo modo, o pagamento da multa, no prazo concedido, não é espontâneo; e sim voluntário, pois decorre de notificação realizada pelos órgãos responsáveis pela segurança de trânsito.

25. Curiosa a situação jurídico-profissional dos *Lay Magistrates*, pois não são juízes togados, sequer necessitam de qualificação jurídica; são cidadãos da própria comunidade, indicados pelo *Lord Chanceler*, que recebem um treinamento específico. Observa-se, ainda, que a *Magistrates' Court* é um Tribunal Criminal de Primeiro Grau, destinado aos crimes de menor gravidade (*petty offences*) (Cf. READ, P. A., Op. cit., p. 57 e 73).

Este segundo requisito traz consigo o terceiro. Ou seja, torna-se indispensável que o responsável pela ofensa possua licença britânica para dirigir. Licenças estrangeiras ou internacionais para dirigir veículos, mesmo dos funcionários do governo norte-americano, não são aceitas para fins de *penalty points*.[26]

A segunda espécie de sanção pecuniária é denominada *fine*. Por se tratar de sanção de natureza criminal, e destinada a casos mais graves que a *fixed penalty*, somente pode ser imposta por decisão das *Courts* (tanto pela *Magistrates' Court* como pela *The Crown Court*), não havendo a possibilidade de pagamento voluntário.

O valor dessas sanções pecuniárias (*i.e.*, *fines*) varia conforme escala de um a cinco, determinada pelo *Criminal Justice Act* 1982, s. 37; podendo chegar ao limite de £ 5.000 (cinco mil libras) para as sanções impostas pela *Magistrates' Court*.[27] Nos casos mais graves, de competência originária da *The Crown Court*, o valor da sanção pecuniária poderá ultrapassar esse limite.

O limite máximo da sanção pecuniária no sistema do CTB era de 900 Ufir, conforme dispõe o art. 265, e seu § 2.º, da Lei 9.503/1997 (já alterado em face da extinção da Ufir), que equivaleria a £ 266,56 (duzentos e sessenta e seis libras e cinqüenta e seis pences).[28] Esse comparativo revela a maior intensidade da sanção pecuniária no sistema inglês, se comparado ao sistema punitivo do CTB.

2.4.3 *Sistema de pontuação:* penalty points

Observa-se junto ao anexo dois do RTOA 1988 que, à semelhança da legislação brasileira, são atribuídos pontos de demérito àqueles que cometerem infrações de trânsito.

26. GUY, Michael. Op. cit., p. 22.

27. SMITH, John C. *Criminal law*, p. 14.

28. O cálculo foi realizado tendo em consideração: i) valor da Ufir para o mês de julho de 2001 = R$ 1,0641; ii) o câmbio do dia 06.07.2001, quando a relação era de R$ 3,5927 para cada libra (cf. *O Estado de S. Paulo*, 7 jul. 2001, Caderno de Economia, p. B-4).

Nos *statutes* ingleses, o *quantum* varia de zero a 11 pontos, conforme a gravidade do fato. Os níveis mais elevados são atribuídos, em regra, aos casos de direção sob influência de álcool ou substância entorpecente. Há, no entanto, infrações para as quais não existe imposição de pontos. Diversamente, no sistema brasileiro, desde a publicação do Dec.-lei 2.448, de 21.07.1988 (que acrescentou o par. ún. ao art. 94 do anterior Código Nacional de Trânsito), a todas as infrações de trânsito são atribuídos pontos; sendo o sistema mantido pelo art. 259 do CTB.

A finalidade dos *penalty points* inglês é semelhante a do sistema brasileiro: eventual pressuposto para imposição das penalidades de suspensão ou de cassação da licença para dirigir (*disqualification*).[29] Nos termos da s. 28(2) do RTA 1991 (que alterou a s. 35(1) do RTOA 1988), o condutor que acumular 12 ou mais pontos no período de três anos deve ter suspensa sua licença para dirigir. O período de suspensão é de seis meses, podendo chegar a dois anos se o condutor já havia sido previamente desqualificado (RTOA 1988, s. 35(2)). No sistema do CTB, o prazo mínimo de suspensão da licença para dirigir é de um mês, podendo chegar a dois anos, no caso de reincidência no período de 12 meses (art. 261, *caput*).

Como se verifica, o período levado em consideração pelo *statute* inglês é três vezes maior que o período previsto pelo art. 3.º da Resolução 54/1998 do Contran,[30] para fins de prescrição dos efeitos dos pontos, ou seja, "prazo de caducidade das infrações para fins de contagem de pontos".[31]

29. "A imposição de pontos de demérito aos violadores das normas de trânsito, da como forma (*sic*) atualmente prevista no CTB, não constitui espécie de sanção. Trata-se, em verdade, de uma técnica (eficiente e consagrada) empregada como eventual pressuposto para imposição da penalidade de suspensão da licença para dirigir" (HONORATO, Cássio Mattos. *Análise doutrinária...*, cit., p. 85).

30. Nos termos do art. 3.º da Resolução 54/1998 do Contran, o cômputo da pontuação referente às infrações de trânsito, para fins de aplicabilidade da penalidade de suspensão da licença para dirigir, terá a validade do período de 12 meses.

31. A respeito da prescrição dos efeitos dos pontos, ver: HONORATO, Cássio Mattos. *Trânsito...*, cit., p. 199-200.

2.4.4 Suspensão e cassação da licença: disqualification

O próprio RTOA 1988, s. 98, conceitua *disqualification* como sendo a impossibilidade de manter ou de obter uma licença para dirigir: "In this Act – 'disqualified' means disqualified for holding or obtaining a licence and 'disqualification' is to be construed accordingly".

Grande, portanto, a semelhança entre esta sanção prevista nos *statutes* ingleses e as penalidades de suspensão e de cassação da licença para dirigir, previstas nos arts. 261 e 263-265 do CTB.

Cinco espécies distintas de *disqualification* são cominadas pela legislação inglesa: i) em face dos *penalty points*; ii) aplicada diretamente, de forma obrigatória, ou iii) de forma facultativa, pelas *Courts*, em face de determinadas ofensas às normas de circulação; iv) quando o veículo for utilizado com o propósito de cometer crimes; e v) a denominada *interim disqualification* (*i.e.*, suspensão no curso do processo).

A primeira forma foi citada junto ao item 2.4.3, *supra*, ao tratar do sistema de pontuação (RTOA 1988, s. 35, e RTA 1991, s. 28(2)). Como visto, poderá ser imposta a *disqualification* quando o condutor alcançar 12 ou mais pontos em sua licença, no período de três anos. Muito mais branda, parece-nos, a legislação pátria ao prever a suspensão da licença se for alcançada a marca de 20 ou mais pontos de demérito (art. 261, § 1.º, do CTB), no período de 12 meses; e a cassação nas hipóteses previstas no art. 263 da Lei de Trânsito brasileira;[32] em face do período e do número de pontos levados em consideração pela legislação inglesa.

A *disqualification* também poderá ocorrer, independentemente do sistema de imposição de pontos (*penalty points*), se o infrator for condenado por de-

32. Nos termos do art. 263 do CTB, "a cassação do documento de habilitação dar-se-á: I – Quando, suspenso o direito de dirigir, o infrator conduzir qualquer veículo; II – No caso de reincidência, no prazo de doze meses, das infrações previstas no inc. III do art. 162 e nos arts. 163, 164, 165, 173, 174 e 175; III – Quando condenado judicialmente por delito de trânsito, observando-se o disposto no art. 160".

terminadas ofensas, para as quais os *statutes law* (em especial o anexo dois do RTOA 1988) prevejam esta sanção expressamente. Nos casos mais graves, a *disqualification* será obrigatoriamente imposta pelas *Courts*; em outros casos, a aplicação da penalidade será facultativa – *discricionary disqualification* (RTOA 1988, s. 34).

Na hipótese de *disqualification* obrigatória, a penalidade terá duração mínima de 12 meses; sendo *discricionary*, caberá ao tribunal fixar a duração, não havendo prazo mínimo previsto. Geralmente o período de *disqualification* imposto pelas *Magistrates' Courts* varia de uma semana a alguns meses.[33]

Sendo, no entanto, o ofensor reincidente específico, nos últimos 10 anos, em infrações de natureza grave (*v.g.*, dirigir sob a influência de álcool ou substância entorpecente – ofensa descrita junto às seções 4(1) e 5(1) do RTA 1988 –, ou recusar-se o condutor a submeter-se aos exames de alcoolemia – ofensa à s. 7(6), do RTA 1988),[34] o prazo mínimo de *disqualification* será de três anos (RTOA 1988, s. 34(3)).

A quarta forma de *disqualification* é prevista pela s. 44 do *Powers of Criminal Court Act* 1973, podendo ser imposta aos casos em que o veículo seja utilizado para a prática de crimes puníveis com dois ou mais anos de pena privativa de liberdade. Esta hipótese muito se assemelha ao efeito extrapenal específico da sentença penal condenatória, previsto no art. 92, III, do CP brasileiro: "São também efeitos da condenação: (...) – A inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso".

33. Cf. *The Highway Code*, p. 87.

34. A recusa do cidadão em submeter-se aos exames de alcoolemia (*v.g.*, teste do bafômetro, exame de urina ou de sangue) não é considerada ilícito penal ou infração administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido confira: JESUS, Damásio E. de. *Crimes de trânsito*: anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997), p. 157; CALLEGARI, André Luís. *A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e o novo Código de Trânsito*, *Bol. IBCCrim* 66/12-14; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 118-119; OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit., p. 179-180, 368-369, 378-380; PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na Lei 9.503/97*, p. 222-223; HONORATO, Cássio Mattos. *Trânsito...*, cit., p. 141-153.

A última modalidade de *disqualification* encontra-se prevista no RTOA 1988, s. 26, sob a denominação *interim disqualification*. À semelhança da suspensão preventiva da licença para dirigir, prevista no art. 294 do CTB, o *statute* inglês prevê a possibilidade de suspender os efeitos da licença para dirigir, durante o curso do processo perante a *Court*, até a decisão final.

A *disqualification*, assim como a pena privativa de liberdade (*imprisonment*), somente pode ser imposta, no sistema inglês, por decisão dos tribunais, mediante processo de natureza criminal.

O principal efeito da *disqualification* é remover, temporária ou definitivamente, a eficácia da licença para dirigir. Clara, nesse sentido, a s. 37 do RTOA 1988: "Where the holder of a licence is disqualified by an order of a Court, the licence shall be treated as being revoked with effect from the beginning of the period of disqualification". É certo que o verbo "to revoke" (*i.e.*, revogar, cancelar uma licença) deve ser entendido com reservas, pois decorrido o prazo de *disqualification* a licença para dirigir retoma sua eficácia.

Observa-se que não há, no sistema inglês, uma nítida distinção entre os casos de suspensão e os de cassação da licença para dirigir, como o faz o CTB. No entanto, prevê *The Highway Code* (2001, p. 87) que em alguns casos graves, além do período de *disqualification* poderá ser determinado pela *Court* que o ofensor ficará proibido de dirigir e de obter uma nova licença até que seja aprovado em novos testes para dirigir, denominados *compulsory retest* (RTOA 1988, s. 36). Esses novos exames ou testes poderão ser comuns (à semelhança dos exigidos para a obtenção da primeira licença) ou testes especiais, de acordo com a natureza da infração.

Esta última situação se assemelha, de fato, à cassação da licença para dirigir, prevista no CTB. Nos termos do § 2.º do art. 263 da Lei de Trânsito, decorridos dois anos da cassação da licença para dirigir, o infrator poderá requerer sua reabilitação (ou seja, um novo procedimento de habilitação), submetendo-se a todos os exames necessários à obtenção de uma licença para dirigir, na forma estabelecida pelo Contran.

Como se percebe, a exigência de novos exames ou testes (*compulsory retest*), no sistema inglês, não é considerada sanção, mas requisito – que poderá ser exigido pela *Court* – para a obtenção de uma nova licença.

A pessoa que teve a licença suspensa ou cassada por determinação das *Courts* pode promover apelação para os Tribunais de Segundo Grau (RTOA 1988, s. 38), e ainda para a mais elevada instância: *The House of Lords*.[35] Ao receber o apelo, os tribunais poderão conceder efeito suspensivo ao recurso, interrompendo os efeitos das sanções impostas (RTOA 1988, s. 39 (2)).

Observa-se que a decisão da *Court* que determina a *disqualification* do ofensor deve ser notificada ao *The Secretary of State* para que sejam adotadas as providências administrativas visando a concretização dos efeitos da penalidade imposta (RTOA 1988, s. 39(3)). Da mesma forma, impõe o art. 295 do CTB que, sendo imposta a suspensão da licença para dirigir por determinação judicial, a decisão deverá ser comunicada ao Contran e ao órgão de trânsito do Estado (Detran) em que o indiciado ou réu for domiciliado ou residente,[36] para que a sanção seja efetivamente imposta ao infrator.

2.4.5 Endorsement

Curioso, e digno de reflexão sobre a viabilidade de sua futura aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro, é o instituto denominado *endorsement*; ou seja, uma anotação realizada na licença para dirigir para mostrar que seu detentor foi condenado por uma ofensa às leis de trânsito.[37]

35. Nos termos da s. 40(2) do RTOA 1988 os recursos poderão ser promovidos junto aos seguintes Tribunais: *The Crown Court*; *The Court of Appeal*; *The House of Lords*.

36. Em relação à comunicação, a melhor orientação encontra-se no art. 10 da Resolução 568/1980 do Contran, que determina seja realizada a comunicação ao Detran e ao Denatran, como órgão competente para organizar e manter o Renach e o Renavam (art. 19, VIII e IX, do CTB).

37. "Endorsement – noun (...) (c): 'note on a driving licence to show that the holder has been convicted of a traffic offence'" (COLLIN, Peter H. *Dictionary of law*, p. 130).

O instituto, genericamente grafado como *indorsement*, significa "uma inscrição no verso do documento",[38] e é empregado para fins contratuais ou comerciais, à semelhança de nosso endosso – instituto típico do direito comercial.[39]

Junto ao fenômeno trânsito, e grafado como *endorsement*, significa um carimbo ou inscrição oficial, registrado no verso da licença para dirigir, contendo a data e os detalhes da infração cometida, a pontuação atribuída ao infrator e, sendo o caso, o período de *disqualification* que lhe foi imposto. Os casos em que o instituto pode, ou deve ser aplicado, encontram-se previstos no anexo dois do RTOA 1988.

Nos termos da s. 44 do RTOA 1988, sendo caso de *endorsement* obrigatório, a *Court* determinará que seja realizada a marcação, por meio de um carimbo (*i.e.*, *endorse*), junto à licença para dirigir. No caso de pagamento voluntário da *fixed penalty*, o *endorsement* poderá ser realizado pelo funcionário autorizado a receber o pagamento da sanção pecuniária, sem necessidade de ordem dos tribunais (RTOA 1988, s. 57 (1)). No direito administrativo brasileiro este é um dos atributos conferidos a alguns atos administrativos, denominado executoriedade ou auto-executoriedade.

Em regra, o prazo de *endorsement* é de quatro anos (RTOA 1988, s. 45(5,6,7)), podendo chegar a 11 anos, no caso de condenação por dirigir sob influência de álcool ou substância entorpecente. Decorrido esse prazo, o interessado poderá requerer a expedição de uma nova licença, sem as marcações anteriormente realizadas, mediante pagamento das taxas regularmente previstas (RTOA 1988, s. 45(4)).

38. "Indorsement. A writing on the back of a document" (IVAMY, E. R. Hardy. *Mozley and Whiteley's Law Dictionary*, p. 243).

39. "Indorsement – *noun* writing notes on a document, especially writing the details of a claimant's claim on a writ; special indorsement = full details of a claim involving money, land or goods which a claimant is trying to recover" (COLLIN, Peter H. Op. cit., p. 183).

Uma das vantagens desse instituto (*i.e.*, do *endorsement*) restou revelada no item 2.4.2, *supra*, ao analisar-se o segundo requisito para o pagamento voluntário da sanção pecuniária (denominada *fixed penalty*), sem a necessidade de processo perante a *Court*. Destaca-se, desse modo, uma das funções deste instituto: proporcionar o fechamento do sistema de sanções em torno da licença para dirigir.

Esse fechamento ou conexão entre as sanções de trânsito inglesas em torno da licença para dirigir pode ser representado por meio dos seguintes passos: 1.º. Às infrações são atribuídos pontos de demérito (*penalty points*), que são registrados (por meio de *endorsement*) na própria licença para dirigir; 2.º. Cometidas novas infrações, somente será permitido realizar o pagamento voluntário da sanção pecuniária (*fixed penalty*) mediante apresentação da licença; 3.º. Observando-se os *endorsements* anteriores, poderá ser aferido o total de pontos acumulados no período de três anos e, sendo o caso, remeter o processo ao tribunal competente para julgamento e imposição da penalidade de *disqualification* (sem prejuízo das demais sanções).

A introdução desse instituto e a implantação de um sistema fechado de penalidades em um país de dimensões continentais, como o Brasil, trariam uma série de benefícios, com destaque para o efeito preventivo (prevenção geral e especial); maior controle pelos órgãos de fiscalização de trânsito em relação aos condutores contumazes; e a efetiva aplicação do sistema de pontos em relação a todas as Unidades da Federação e não apenas naquelas em que o sistema encontrar-se informatizado e integrado ao Renach (Registro Nacional de Carteiras de Habilitação) e ao Renacom (Registro e Câmara Nacional de Compensação de Multas Interestaduais).[40]

40. O Registro Nacional de Carteiras de Habilitação (Renach) encontra-se previsto no art. 19, VIII, da Lei 9.503/1997 (CTB), entre as competências atribuídas ao órgão máximo executivo de trânsito da União (*i.e.*, o Denatran).

2.4.6 Curso de reabilitação: rehabilitation course

O sistema inglês não prevê o denominado curso de reabilitação (*rehabilitation course*) como espécie de penalidade de trânsito. O instituto possui natureza de causa especial de redução de sanção e, sendo concluído com aproveitamento, poderá reduzir o prazo da penalidade de *disqualification*, previamente imposta, em até três quartos, desde que o período a ser cumprido não se torne inferior a três meses (RTA 1991, s. 30).

Desse modo, sendo imposta a penalidade de *disqualification*, o infrator poderá (*i.e.*, querendo) submeter-se ao curso de reabilitação. Concluído com aproveitamento, o certificado de conclusão poderá ser apresentado ao tribunal com pedido de redução da sanção imposta.

Distingue-se, portanto, o *rehabilitation course* do direito inglês em relação à sanção denominada freqüência obrigatória em curso de reciclagem, prevista nos arts. 256, VII, e 268 do CTB, e na Resolução 58/1998 do Contran. O curso inglês não é imposto ao infrator, não é considerado sanção; mas poderá ser espontaneamente realizado por aquele que desejar reduzir seu período de suspensão ou cassação da licença para dirigir. Desse modo, o instituto perde o aspecto negativo de sanção e alcança a qualidade de benefício, como causa especial de redução da penalidade anteriormente imposta.

Veja-se que a transformação de sanções em atividades positivas também é defendida por penalistas consagrados. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt, discorrendo sobre "o panótico" de Jeremy Bentham, "acredita no poder reabilitador do trabalho e acha desaconselhável a condenação a trabalhos penosos e inúteis, devendo ser produtivos e atrativos". Afirma o autor que "é um absurdo converter o trabalho em algo detestável, já que será o único meio que permitirá ao recluso uma existência honrada quando recuperar sua liberdade".[41]

41. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão:* causas e alternativas, p. 52.

A introdução de cursos de reciclagem facultativos, como causa especial de redução de sanções previamente impostas, constitui uma das sugestões oferecidas em nossa Dissertação de Mestrado,[42] visando aprimorar a legislação de trânsito brasileira.

2.5 Análise comparativa em relação ao CTB

O estudo de direito comparado é instrumento indispensável à melhor compreensão de nossos institutos jurídicos e ao aperfeiçoamento da legislação pátria. Como bem sustentou René David, "as vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional".[43]

As sanções previstas para as ofensas à legislação de trânsito inglesa – à exceção da penalidade denominada *fixed penalty* – possuem natureza criminal e somente podem ser impostas por decisão de órgãos jurisdicionais. Essa unidade de processo e de julgamento perante as *Courts* traz, como aspecto positivo, a observância do princípio *non bis in idem*, vez que para uma só conduta ilícita haverá um único processo e julgamento, impondo sanções.

Excluindo-se a natureza das sanções e o aspecto procedimental, verifica-se que os dois sistemas (brasileiro e inglês) não se afastam muito em relação às sanções impostas aos ofensores das normas de segurança no trânsito. Somente o instituto denominado *endorsement* não possui similar em nossa legislação, revelando-se uma novidade interessante que poderia ser importada com vantagens para a legislação brasileira.

42. Em relação ao curso de reciclagem facultativo, ver HONORATO, Cássio Mattos, *Análise doutrinária...*, cit., p. 165.

43. DAVID, René. *Os grandes...*, cit., p. 3.

O CTB, ao criar tipos penais de injusto e definir os crimes de trânsito propriamente ditos, previu penas privativas de liberdade, sanções pecuniárias e suspensão da licença para dirigir. As contravenções penais descritas nos arts. 32, 34, 36, 37, 38, 42, 47, 62 e 68 da Lei das Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688/1941) já previam penas privativas de liberdade e multas para essas ofensas.

As sanções pecuniárias, no sistema inglês, poderão apresentar dupla natureza jurídica: penalidades administrativas (*fixed penalties*), desde que o responsável pela ofensa promova o pagamento no prazo concedido e comprove que não se encontra sujeito à penalidade de *disqualification*; ou multa criminal (*fine*), nos demais casos. A flexibilidade da sanção pecuniária também permite sua dupla natureza junto ao ordenamento jurídico pátrio.

A grande distinção entre os dois sistemas é a atribuição de competência às *Courts* (tribunais ingleses) para conhecer, julgar e impor sanções em processos de natureza criminal, em face de ofensas às normas de trânsito; infrações estas que, no Brasil, possuem natureza administrativa e são processadas e julgadas perante órgãos do Sistema Nacional de Trânsito.

Importante observar, ainda, a ausência junto aos *statutes* ingleses da sanção prevista no art. 268 do CTB, denominada freqüência obrigatória em cursos de reciclagem, cuja natureza jurídica e possibilidade de imposição foram severamente criticadas em nossa Dissertação de Mestrado.[44]

Dois institutos absolutamente distintos das sanções cominadas na Lei de Trânsito brasileira podem ser identificados na legislação inglesa: i) *compulsory retest;* e ii) *rehabilitation course*. Merece aplausos o tratamento dispensado pelo sistema inglês ao curso de reabilitação, removendo-lhe o aspecto negativo de sanção e atribuindo sentido positivo ao curso, como benefício ou causa especial de redução de sanções anteriormente imposta.

44. Em relação à natureza jurídica da sanção denominada freqüência obrigatória em curso de reciclagem e a impossibilidade de imposição dessa sanção em nosso ordenamento jurídico, ver: HONORATO, Cássio Mattos. *Análise doutrinária...*, cit., p. 165-173.

3. Visão do sistema jurídico norte-americano

O sistema jurídico da família da *common law* também foi adotado, por influência do direito inglês, junto aos Estados Unidos da América. Entre as "idéias inglesas importadas pelo direito norte-americano", Edward Allan Farnsworth destaca: i) "Estado está sujeito ao contrôle judicial no que se refere aos princípios constitucionais"; ii) "a tradição do precedente", e iii) "a noção de julgamento como um processo contencioso, um contraditório".[45]

Alguns fatores, em especial a influência das teorias do direito natural e o sentido geral de direito derivado da Bíblia, geraram distinções entre os dois sistemas jurídicos mais expressivos da *common law*. Uma dessas distinções, que veio a facilitar um pouco a pesquisa, é a existência de "uma tendência geral à legislação e à codificação",[46] tanto em nível constitucional, como em nível legislativo federal e estadual.

Tão profundas são estas diferenças[47] que Guido Fernando Silva Soares chega a sustentar que o sistema norte-americano é "um sistema misto entre a *common law* e a *civil law*".[48] Segundo o autor, permanecem, no entanto: i) o "traço característico do sistema: o *judge-made-law*"; e ii) a denominada *doctrine of stare decisis*, revelando a força dos *precedents* e das decisões dos tribunais superiores, em especial da Suprema Corte.[49]

A grande dificuldade – em especial para quem pretendia fornecer uma visão das penalidades de trânsito aplicáveis nos Estados Unidos da América – é o cará-

45. FARNSWORTH, Edward Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*, p. 18.

46. FARNSWORTH, Edward Allan. Op. cit., p. 83.

47. Segundo Guido Fernando Silva Soares, uma outra distinção encontra-se na relação entre as fontes jurídicas: "Embora seja o *case law* a principal fonte do direito, pode ele ser modificado pela lei escrita, que, nos EUA, lhe é hierarquicamente superior: diz-se, então, que um *case law* foi 'reversed by statute'" (SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p. 38). Mais uma distinção pode ser observada no fato de a Inglaterra desconhecer "a primazia de uma Constituição escrita e que se coloca numa organização jurídica piramidal" (p. 39).

48. SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p. 15.

49. Idem, p. 39-42.

ter suplementar e limitado da legislação federal,[50] o que, em termos práticos, possibilitou o surgimento de 50 legislações de trânsito diferentes em um único Estado. Como bem afirmou Guido Fernando Silva Soares, trata-se de um "país cuja organização política federal é única do mundo (pela autonomia acentuada dos Estados Federados, em especial, em matéria de direito privado)".[51]

Optou-se, portanto, e na medida do possível, por discorrer sobre a legislação de duas unidades (*sister states*) que integram aquele Estado Federal: Nova York e Pensilvânia.

3.1 Fenômeno trânsito no Estado de Nova York

O sistema de sanções previsto no *Vehicle and Traffic Law* do Estado de Nova York (ora denominado VTL) é extremamente interessante, não apenas pelas espécies e natureza jurídica das sanções previstas, mas principalmente pelo fato de o Estado encontrar-se sob *zero tolerance law*, fato que acarreta imposição de sanções mais enérgicas e eficazes pelo Estado em relação aos violadores das leis.

Entende-se que o fato de as primeiras páginas do *Driver's Manual* conterem mensagens (acompanhadas das assinaturas e das fotografias) do Governador do Estado e do *Commissioner* do DMV trazem credibilidade e seriedade ao texto dirigido aos usuários das vias terrestres. Destaca-se, no final da exposição

50. "Em virtude da limitação de podêres imposta pela Constituição ao Govêrno Federal, a legislação só é soberana em áreas limitadas. Geralmente ela é suplementar e quase nunca abrange inteiramente um campo, o que faz com que os litígios nos tribunais norte-americanos envolvam complexos problemas de adaptação do direito estadual e federal" (FARNSWORTH, E. Allan. Op. cit., p. 53).

A limitação referida pelo autor encontra-se descrita na Emenda X (de 15.12.1791): "Amendment X. The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people" (Cf. AMAR, Akhil Reed; HIRSCH, Alan. *For the people*: what the Constitution really says about your rights, p. 218).

Ou seja, "pertencem aos Estados respectivamente ou ao povo os poderes que não sejam delegados pela Constituição à União ou cujo exercício não lhes seja proibido" (MIRANDA, Jorge. *Constituições de diversos países*, p. 354).

51. SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p. 11.

do *Commissioner* Raymond P. Martinez, a seguinte mensagem: "Safe driving is everyone's responsibility. The health and lives of you, your family, friends and other highway users could depend upon how well you learn – and use – the information in these pages. May you enjoy many years of safe driving".[52]

Essa mudança de mentalidade, surgida a partir da necessidade de proporcionar maior segurança à população, é um fato que deveria ser observado e seguido pelas autoridades públicas de nosso Estado, para que se possa realmente alcançar o princípio geral do trânsito em condições seguras (expressamente previsto no art. 1.º, § 2.º, do CTB).

Dois exemplos simples, porém significativos, podem ser destacados: um deles, outro de nossa pátria. Atualmente nos EUA, salvo nos casos expressamente previstos em lei, o termo acidente de trânsito é substituído por *crash*. Justifica-se a substituição dos termos e a formação de nova mentalidade porque um *crash* consiste em um evento que geralmente pode ser evitado.[53] Afasta-se, desse modo, a falsa noção de mera fatalidade sobre os acidentes de trânsito;[54] atribuindo-se à conduta humana que gerou o evento juridicamente relevante o devido grau de responsabilidade.

De nossa parte, o exemplo encontra-se na introdução junto ao atual CTB da regra de preferência contida no art. 36 do CTB, e descrita como infração junto ao art. 214, V, da Lei de Trânsito; visando aumentar a segurança dos pedestres. Assim (art. 36), o condutor que for ingressar numa via, procedente de um lote lindeiro a essa via, deverá dar preferência aos veículos e aos pedestres que por ela estejam transitando; e (art. 214, V) constitui infração de trânsito, de natureza grave, deixar de dar preferência de passagem a pedestre e a veículo não motorizado que esteja atravessando a via transversal para onde se dirige o veículo.

52. NEW YORK (US), *Driver's Manual*, p. 2.

53. Idem, p. 25. No mesmo sentido o *Pennsylvania Driver's Manual* (Cf. *Penn Code*, p. 58).

54. A expressão acidente de trânsito continua consagrada na legislação brasileira e é considerada termo técnico pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, segundo a NBR 10.697, de junho de 1989.

Quantas campanhas educativas foram realizadas para informar aos condutores de veículos sua nova obrigação em relação aos pedestres? Na mesma proporção foram os resultados práticos obtidos com a regra de preferência. Sem informação, não houve mudança de atitude (ou de comportamentos) e, via de conseqüência, o objetivo a ser alcançado com a norma (*i.e.*, o trânsito em condições seguras) deixou de produzir qualquer efeito; caindo a regra de preferência em completo esquecimento.

Não se realiza, nesta exposição, a defesa da denominada tolerância zero, e sim da necessidade de dedicar-se maior atenção a um fenômeno social e histórico que exige tratamento científico mais adequado e maior seriedade dos usuários das vias terrestres, em busca do trânsito em condições seguras.

3.1.1 Natureza jurídica das violações às normas de trânsito

A natureza jurídica dessas ofensas varia conforme a gravidade do fato (ou melhor, conforme o grau de violação), as penalidades impostas,[55] bem como a vida pregressa do infrator. Uma mesma conduta pode caracterizar infração administrativa ou, sob determinadas circunstâncias, ser considerada *misdemeanor*[56] ou mesmo *felony* (*i.e.*, crime).

Esclarece Guido Fernando Silva Soares que "a sentença no processo penal dos EUA pode ser consistente em: multa de caráter monetário (*fine*), ou perda de liberdade, *imprisonment in jail* (o correspondente à detenção no direito brasileiro) ou *imprisonment in prison* ou *in penitentiary* (o correspondente à reclusão); em alguns Estados da Federação dos EUA, admite-se a pena de morte (*capital punishment*, ou *death penalty*) comutável em pena de perda da liberdade

55. FARNSWORTH, E. Allan. Op. cit., p. 138, 209-210.

56. Segundo Guido Fernando Silva Soares, "*misdemeanour* são ofensas penais menos graves, puníveis em reformatórios e nas cadeias publicas" (SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p. 125), à semelhança de nossas contravenções penais.

pelo Governador ou pelo *US President*, dependendo da jurisdição criminal ter sido estadual ou federal".[57]

Nos termos dos *statutes* do Estado de Nova York, o fato de uma pessoa conduzir veículo sem a devida licença pode caracterizar:

i) infração de trânsito, como ilícito administrativo,[58] punível, na primeira infração, com multa (*i.e., fine of not more than one hundred dollars*) ou pena privativa de liberdade (*i.e., imprisonment of not more than fifteen days*), ou ambas (cf. VTL, art. 45, § 1800, (b), p. 91);

ii) infração agravada em terceiro grau,[59] que caracteriza um *misdemeanor* (*i.e.*, ilícito de natureza criminal), punível com multa (*i.e., fine of not less than two hundred dollars nor more than five hundred dollars*), pena privativa de liberdade (*i.e., imprisonment of not more than thirty days*), ou ambas (cf. VTL, § 511, 1.(b), p. 23);

iii) infração agravada em segundo grau,[60] que também caracteriza *misdemeanor*, punível com multa (*i.e., fine of not less than five hundred dollars*) e pena privativa de liberdade (*i.e., imprisonment not to exceed one hundred eight days*), e, quando apropriado, *sentence of probation* (cf. VTL, § 511, 2.(b), p. 24); e

iv) infração agravada em primeiro grau,[61] que caracteriza crime (*i.e., a class E felony*), punível com multa (*i.e., fine in an amount not less than five hundred*

57. SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p. 132.

58. Segundo o *VTL uma infração de trânsito não é um crime e a punição imposta não possui qualquer propósito penal ou criminal* (Cf. *New York Criminal Statutes and Rules*, VTL, article 1, § 155, p. 1).

59. Será considerado "guilty of the offense of aggravated unlicensed operation of a motor vehicle in the third degree" quando dirigir com a licença suspensa ou cassada (cf. *New York Criminal Statute and Rules*, VTL, art. 20, § 511.1, p. 23).

60. Será considerado culpado da ofensa de uma "aggravated unlicensed operation of a motor vehicle in the second degree" quando: a) dirigir com a licença suspensa ou cassada por ter se recusado à realização do *chemical test*; b) dirigir com a licença suspensa ou cassada, e fora punido anteriormente com três ou mais suspensões em face da revelia ou do não pagamento das multas impostas (cf. *New York Criminal Statute and Rules*, VTL, art. 20, § 511.2, p. 23-24).

61. Será considerado culpado da ofensa de uma "aggravated unlicensed operation of a motor vehicle in the first degree" quando: a) dirigir com a licença suspensa ou cassada, e encontrava-se sob in-

dollars nor more than five thousand dollars) e pena privativa de liberdade (*i.e., a term of imprisonment as provided in the penal law*), e, quando apropriado, *sentence of probation* (cf. VTL, § 511, 3.(b), p. 24).[62]

A competência para impor as sanções decorrentes de infrações relacionadas ao trânsito é atribuída a diferentes órgãos: "magistrates, justice or judge, in a city, in a town, or in a village, any Supreme Court Justice, any county judge, any judge of a district Court, the superintendent of state police and the commissioner of motor vehicles or any person deputized by him" (VTL, art. 20, § 510.1, p. 5).

Torna-se, portanto, inviável afirmar que as sanções impostas aos violadores das normas de trânsito, no Estado de Nova York, tenham caráter administrativo ou criminal.

Outro fato que ratifica essa afirmação é a ampla noção conferida ao termo penal no sistema jurídico norte-americano. Esclarece Guido Fernando Silva Soares que "*penal* (...) é conceito amplo que engloba, além dos fenômenos ligados ao *crime* (...), igualmente outras medidas punitivas para atos que não são delituosos, como as multas, penalidades (administrativas e cíveis, em particular, as indenizações devidas por atos ilícitos civis, os *torts*), estas últimas denominadas *penalties*". Assim, conclui o autor que "*criminal* se refere ao que denominamos direito penal", enquanto "*penal* nos EUA se reporta ao direito penal *lato sensu*",[63] que se prefere denominar direito punitivo (e onde se situa o processo administrativo sancionador).[64]

fluência de álcool ou substância entorpecente; b) dirigir com a licença suspensa ou cassada, e fora punido anteriormente com 10 ou mais suspensões em face da revelia ou do não pagamento das multas impostas (cf. *New York Criminal Statute and Rules*, VTL, art. 20, § 511.3, p. 24).

62. Cf. *New York Criminal Statute and Rules*, VTL, p. 23-24, 91.

63. SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p. 124-125.

64. Na presente exposição, *processo administrativo sancionador* será utilizado com o seguinte sentido: uma relação jurídica de direito público, de natureza complexa, que se estabelece entre a Administração Pública, um órgão julgador e o administrado, em face do exercício do poder de polícia do Estado e da realização, em tese, de ilícito de natureza administrativa, submetida a um procedimento prévia e regularmente estabelecido, dotado de matizes próprios (*v.g.*, os princípios fundamentais), nos quais se garanta o exercício do contraditório e da ampla defesa, visando a uma decisão sobre a imposição, ou não, de sanções ao administrado.

O art. 45, § 1800, do VTL, apresenta definição legal de infração de trânsito tão deficiente quanto a constante de nossos Códigos de Trânsito: considera infração de trânsito, para qualquer pessoa, violar qualquer dos dispositivos desse capítulo ou de qualquer lei local, ordenança, ordem, regra ou regulamento adotados, relativos a esse capítulo, a menos que a violação seja, por esse capítulo ou outra lei desse Estado, declarada um *misdemeanor* ou um crime.[65]

3.1.2 Licença para dirigir veículos em Nova York

As licenças para dirigir são de competência estadual, expedidas pelo DMV, e por vezes é considerado ilegal possuir mais de uma licença para dirigir (*i.e.*, licenças de diferentes estados ou países).[66]

Há seis tipos distintos de licenças não comerciais; que se diferenciam da CDL (*Commercial Driver License*) exigida para condutores de ônibus, caminhões e outros. Em regra exige-se idade mínima de 18 anos para a obtenção da licença para dirigir; há, no entanto, uma categoria (MJ) que permite a condução por maiores de 16 anos, para determinados veículos e com restrições severas.[67]

Segundo o *Driver's Manual*, "se você é um residente em outro estado ou país e possui uma licença válida para dirigir, você pode legalmente dirigir em Nova York".[68] Somente aqueles que são residentes no Estado devem obter uma licença expedida pelo Estado de Nova York.

À semelhança do contido no art. 134 do CTB, as mudanças de endereço também devem ser comunicadas aos órgãos de trânsito, no prazo de dez dias,[69]

65. Cf. *New York Criminal Statutes and Rules*, VTL, § 1800, a, p. 91.
66. NEW YORK (US), *Driver's Manual*, p. 8.
67. Idem, p. 8-9.
68. Idem, p. 16.
69. Idem, p. 17.

sob pena de serem consideradas eficazes as notificações remetidas ao endereço constante do cadastro do DMV (art. 20, § 510.7, VTL).[70]

Aspecto mais interessante é a natureza jurídica atribuída à licença para dirigir nos estados norte-americanos.

Há muito tem-se combatido a afirmação de que dirigir veículo em vias terrestres constitui um direito fundamental. Com fundamento em Celso Antônio Bandeira de Mello, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, chegou-se à conclusão que a habilitação para dirigir é um ato administrativo (*i.e.*, licença) conferido pelo Poder Público; e como tal faz surgir no mundo jurídico um "direito criado". Restava, ainda, compreender a natureza jurídica desse "direito criado" pela licença em favor dos usuários das vias.

Pareceu muito adequada e precisa a orientação firmada pela legislação dos Estados de Nova York e da Pensilvânia, no sentido que dirigir veículo automotor em vias públicas é um *privilégio* conferido pelo Poder Público àquele que preencher determinados requisitos e sujeitar-se ao cumprimento de normas relacionadas à segurança do trânsito. Por esse motivo a Lei de Trânsito do Estado de Nova York (denominada VTL) emprega a expressão *holder of a privilege* (ou seja, detentor de um privilégio).

A expressão correntemente empregada pelo manual para condutores do Estado da Pensilvânia (denominado *Penn Code*) para designar os efeitos jurídicos extraídos da licença para dirigir é "privilégio de conduzir veículo" (ou melhor, *operating privilege* ou *driving privilege*), revelando que a licença expedida pelo Poder Público em favor de um interessado em dirigir veículo não é um direito subjetivo, e sim um privilégio conferido por meio de licença. Merece destaque o texto constante da *Pennsylvania Law Encyclopedia*: "In general, the public highways are open for use on equal terms by all persons, subject to legislative restrictions; no one has a right to make special use of a public highway not

70. Cf. *New York Criminal Statutes and Rules*, VTL, p. 17.

common to all citizens, except by grant from the sovereign power. The operation of a motor vehicle upon the public streets or highways is a lawful use thereof. However, the operation of a motor vehicle on a public highway or street is not a matter of right, but rather is a privilege, and is subject to reasonable regulation and control, as discussed infra § 11 et seq".[71]

Conclui-se, desse modo, que "a carteira de habilitação, portanto, consiste em um ato administrativo (denominado licença para dirigir) que possibilita a alguém a execução de uma atividade constantemente sujeita ao controle estatal, e que muito se aproxima da categoria jurídica conhecida como *privilégio de dirigir*, na legislação de alguns dos Estados norte-americanos".[72]

3.2 Visão das sanções aplicáveis no Estado de Nova York

São previstas na legislação do Estado de Nova York as seguintes sanções aplicáveis aos infratores das normas de trânsito: i) sanção pecuniária (*fines*) e *imprisonment*; ii) suspensão e revogação do privilégio de dirigir; iii) *probationary period*; iv) retenção, remoção e custódia do veículo; v) confisco do veículo apreendido: *forfeit*.

3.2.1 Multa pecuniária: fines *e* imprisonment

A primeira sanção prevista pelos *statutes* do Estado de Nova York é a multa, denominada *fine*. Diversamente do sistema inglês, há uma única espécie de sanção pecuniária; não havendo a distinção entre *fines* e *fixed penalties*.

Os valores previstos pelas leis estaduais às *fines* variam. A § 1800, do art. 45, do VTL, oferece a seguinte tabela: i) na primeira condenação, multa de até

71. *Pennsylvania Law Encyclopedia*: based on Pennsylvania Statutes; Case Law, State and Federal; Attorney General Opinions and Law Reviews, vol. 4, p. 17.

72. HONORATO, Cássio Mattos. *Análise doutrinária...*, cit., p. 117.

$ 100 (cem dólares),[73] pena privativa de liberdade de até 15 dias, ou ambas; ii) na segunda, no período de 18 meses,[74] multa de até $ 200 (duzentos dólares), pena privativa de liberdade de até 45 dias, ou ambas; iii) na terceira, e nas subseqüentes, no período de 18 meses, multa de até $ 300 (trezentos dólares), pena privativa de liberdade de até 90 dias, ou ambas.[75]

Ressalte-se que os valores acima indicados voltam-se exclusivamente às infrações de caráter administrativo; vez que as violações consideradas de natureza criminal (*i.e.*, *misdemeanor* ou *felony*) possuem valores especialmente previstos em dispositivos próprios.

O pagamento da sanção pecuniária pode ser realizado junto aos órgãos encarregados de trânsito ou por meio dos correios.[76]

Interessante observar, nos *statutes* norte-americanos, que além da sanção pecuniária sempre há a previsão de pena privativa de liberdade, de forma alternativa ou cumulada. Tal orientação não é seguida pelo sistema jurídico pátrio. Observa-se, aliás, que a legislação e a doutrina penal brasileira têm adotado como diretriz "a luta contra as penas privativas de liberdade de curta duração e, sobretudo, a busca incessante de um meio próprio para substituí-la".[77] Assim, revelam-se mais ade-

73. O câmbio do dia 12.04.2002, data em que retornamos de nossa viagem de estudos, era de R$ 2,43 (dois reais e quarenta e três centavos) para venda de cada dólar americano (cf. *Cruzeiro do Sul*, Sorocaba-SP, 14.04.2002, Caderno de Economia, p. C-2).

74. Veja-se que o prazo de prescrição dos efeitos das infrações para fins de reincidência e de incidência de pontos, no Brasil, é de 12 meses (cf. arts. 261 e 267 do CTB, e Resolução 54/1998 do Contran).

75. Cf. *New York Criminal Statutes and Rules*, VTL, p. 91.

76. Idem, art. 45, § 1802, p. 93.

77. PRADO, Luiz Regis. *Multa penal...*, cit., p. 89.

"Entende-se, unanimemente, que as penas privativas de liberdade de curta duração não permitem a eficácia de um tratamento ressocializador, mas, ao contrário, acabam por atuar, preponderantemente, como um fato criminógeno. De conseguinte, a diretriz que perpassa em toda a dogmática penal moderna é a luta contra as penas privativas de liberdade de curta duração e, sobretudo, a busca incessante de um meio próprio para substituí-las" (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, p. 420).

quadas as orientações firmadas pelo legislador do CTB (que não cominou penas privativas de liberdade para a prática de infrações de trânsito) e do Código Penal brasileiro (que previu a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, não superior a seis meses, pela pena de multa – art. 60, § 2.º, do CP).

3.2.2 Suspensão e revogação da licença para dirigir

Os *statutes* de Nova York prevêem muitas hipóteses de suspensão da licença para dirigir. Salta aos olhos, a partir dessas hipóteses, a afirmação de que conduzir veículo em vias terrestres não é um direito fundamental, mas um ato administrativo concedido pelos órgãos públicos competentes, por meio de licença, e que pode ser suspenso ou cassado (como formas de retirada do ato administrativo).[78]

As hipóteses de suspensão e de revogação da licença são classificadas da seguinte forma:

i) *Mandatory revocation*. A revogação obrigatória da licença é prevista nos casos de condenação pela prática de crimes de trânsito (*v.g.*, homicídio doloso, roubo com emprego de veículo, fuga do local de *crash*),[79] ou no caso de o detentor do privilégio de dirigir cometer três ou mais violações no período de 18 meses (VTL, § 510.2, (a)).

Imposta a penalidade de revogação da licença para dirigir, e cumprido o prazo previsto em lei, o privilégio poderá ser restaurado por decisão do *Comissioner* ou por sentença dos tribunais (VTL, § 510.5).

O prazo de revogação será, no mínimo, de seis meses. No caso de recusa à realização de exames (*i.e.*, *chemical tests*), o prazo será de três anos. No caso de

78. Para obter um "panorama da extinção dos atos administrativos", ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 396-399.

79. Veja-se que algumas dessas hipóteses são previstas no ordenamento jurídico pátrio como efeito extrapenal da sentença condenatória, nos termos do art. 92, III, do CP brasileiro.

detentores de *Commercial Driver's License*, a penalidade de revogação poderá chegar a 10 anos (VTL, § 510.6).

ii) *Mandatory suspension.* A licença para dirigir será obrigatoriamente suspensa, por prazo que varia de 60 dias a um ano, em algumas hipóteses expressamente descritas na § 510.2, b, do VTL. Aplicam-se, em regra, os períodos mais longos, ou seja, de seis meses a um ano, aos ofensores menores de 21 anos,[80] como conseqüência da *zero tolerance law*.

Há, no entanto, uma hipótese de suspensão obrigatória, com prazo indeterminado: no caso de o detentor do privilégio quebrar a fiança prestada no processo.[81] A suspensão será mantida até que o interessado se apresente ao tribunal competente.

iii) *Permissive suspensions and revocations.* Além dos casos de revogação ou de suspensão obrigatórios, também são previstas hipóteses em que essas penalidades poderão, de forma discricionária, ser impostas pelo *Comissioner* do DMV (cf. VTL, § 510.3). De forma genérica, as penalidades poderão ser impostas quando: 1. o interessado deixar de cumprir os requisitos legais (*v.g.*, incapacidade física ou mental); 2. deixar de cumprir os deveres decorrentes da licença; 3. passar a constituir risco à segurança do trânsito, em face de *habitual or persistent violation*; 4. demonstrar grosseira falta de habilidade ou de cuidados ao operar o veículo. O período máximo de suspensão é de um ano.[82]

80. "b. Mandatory suspension. Such licenses shall be suspended, and such registrations may also be suspended: (...) xii) For a period of one year where the holder is convicted of, or receives a youthful offender or juvenile delinquency adjudication in connection with a violation of section 240.62 or subdivision five of section 240.60 of the penal law" (*New York Criminal Statutes and Rules*, VTL, art. 20, § 510.2, b, p. 8).

81. "b. Mandatory suspension. Such licenses shall be suspended, and such registrations may also be suspended: (...) ii) When the holder forfeits bail given upon being charged with any of the offenses mantioned in this subsection, until the holder submits to the jurisdiction of the Court in which he forfeited bail; (...)" (*New York Criminal Statutes and Rules*, VTL, art. 20, § 510.2, b, p. 6).

82. Cf. *New York Criminal Statutes and Rules*, VTL, art. 20, § 510.3, j, p. 10.

Entre os deveres decorrentes da licença para dirigir – hipótese descrita no item 2 do parágrafo anterior – destaca-se o fato de a lei impor a todo aquele que se envolver em acidente de trânsito (ou melhor, *crash*), ou que realizar infração de trânsito, o dever de submeter-se ao etilômetro (*i.e.*, *breath test*). Os *statutes* do Estado de Nova York (bem como os do Estado da Pensilvânia) presumem que aquele que detém um privilégio consente na realização dos seguintes exames: etilômetro, sangue, urina e saliva.[83] A recusa aos exames é considerada descumprimento dos requisitos impostos pela licença, e sujeita o infrator à penalidade de suspensão do privilégio de dirigir (cf. VTL, art. 31, § 1194.2, 4, b).[84]

O processo para imposição de sanções permite que o detentor do privilégio seja ouvido e promova sua defesa (cf. VTL, § 510.3-a).

Sob a lente de legalidade imposta pelos princípios reitores de nosso ordenamento jurídico, algumas das hipóteses contidas nos itens 2, 3, 4 dos parágrafos anteriores (e previstas pelo *VTL* do Estado de Nova York), violam o princípio da tipicidade, conferindo um amplo poder discricionário ao *Comissioner*. Nesse sentido, considera-se mais apropriado o sistema de acúmulo de pontos de demérito, que permite uma aferição mais objetiva e muito menos discricionária pelos órgãos de trânsito, alcançando o mesmo fim.

iv) *Suspension for failure to answer an appearance ticket or to pay a fine.* O fato de o detentor de um privilégio para dirigir tornar-se revel, deixando de responder à citação em processo para imposição de penalidades, ou deixar de recolher o valor da penalidade de multa (*i.e.*, *fine*) imposta, sujeita-o à penalidade de suspensão da licença para dirigir (VTL, § 510.4). Constatada a infração, o responsável será notificado para efetuar o pagamento em 30 dias. Se não o fizer, tornando-se revel ou inadimplente, estará sujeito à penalidade de suspensão da licença para dirigir.

83. Cf. *New York Criminal Statutes and Rules*, VTL, art. 31, § 1194, p. 66-67.

84. Em relação à presunção legal de consentimento do detentor do privilégio com respeito ao exame de alcoolemia, confira item 4, *infra*.

O prazo de suspensão, nesta hipótese, é indeterminado; gerando efeitos até que o interessado compareça ao tribunal ou promova o pagamento da multa devida.

v) *Suspension and disqualification for failure to make child support payments.* Não obstante encontrar-se alheia às questões relacionadas à segurança do trânsito, o VTL prevê uma hipótese de suspensão da licença a ser imposta àquele que deixar de pagar pensão alimentícia (VTL, art. 20, § 510.4, e).

Curiosamente, o *Department of Social Services* notifica o *Commissioner* do DMV que uma determinada pessoa deixou de realizar os pagamentos de pensão alimentícia. Imposta a penalidade, os efeitos da suspensão serão mantidos até que o *Commissioner* seja notificado que a pessoa satisfez a obrigação devida.[85]

3.2.3 Período de prova: probationary period

O sistema de sanções previsto pela legislação de trânsito do Estado de Nova York traz uma novidade muito interessante, denominada *probationary period.* Por meio dessa, aquele que teve a licença para dirigir suspensa ou cassada, e obteve uma nova licença ou retomou os efeitos da anterior, estará automaticamente sujeito a um período de prova, com duração de seis meses:[86] "3. Any license which is restored or issued to a person who has his last valid license suspended or revoked pursuant to the provisions of this section shall be considered probationary until the expiration of six months following the date of restoration or issuance thereof".[87]

Durante o período de prova, as sanções a serem impostas aos violadores das normas de trânsito são mais severas e, geralmente, é imposta nova penali-

85. Cf. *New York Criminal Statutes and Rules*, VTL, art. 20, § 510.4, e, 3, p. 14.

86. Cf. NEW YORK (US), *Driver's Manual*, p. 20.

87. *New York Criminal Statutes and Rules*, VTL, art. 20, § 510-b, 3, p. 23.

dade de suspensão da licença por mais 60 ou 90 dias.[88] Decorrido o prazo da suspensão, inicia-se um novo período de prova por inteiro, ou seja, mais seis meses de *probationary period.*

A licença será revogada se durante o *probationary period* forem cometidas infrações que poderiam ser punidas com a penalidade de suspensão.[89]

Veja-se que o CTB prevê, de forma implícita, semelhante instituto jurídico para a permissão para dirigir, nos termos do art. 148, §§ 2.º, 3.º e 4.º, do CTB: "A carteira de habilitação será conferida ao condutor no término de um ano, desde que o mesmo não tenha cometido nenhuma infração de natureza grave ou gravíssima ou seja reincidente em infração média" (CTB, art. 148, § 3.º).

Os dispositivos do CTB abrangem, portanto, os casos de cassação da licença para dirigir e a conseqüente obtenção de uma nova licença, que receberá o *nomem juris* de permissão para dirigir. Resta, no entanto, uma lacuna na Lei de Trânsito pátria em relação aos casos de suspensão da licença.[90]

Entende-se, assim, que o instituto denominado *probationary period*, dos *statutes* de Nova York, seria muito bem aplicado ao direito de trânsito brasileiro, nas hipóteses de suspensão da licença para dirigir.[91]

3.2.4 Retenção, remoção e custódia do veículo

Outras espécies de sanções previstas pelo VTL recaem sobre o veículo, permitindo sua retenção, remoção e custódia pelas autoridades locais.

88. Cf. NEW YORK (US), *Driver's Manual*, p. 20.

89. Cf. *New York Criminal Statutes and Rules*, VTL, art. 20, § 510.b, 2, p. 23.

90. Nos termos do art. 261, § 2.º, do CTB, "quando ocorrer a suspensão do direito de dirigir, a Carteira Nacional de Habilitação será devolvida a seu titular imediatamente após cumprida a penalidade e o curso de reciclagem".

91. Em relação à introdução de um período de prova após o cumprimento do prazo de suspensão e de procedimentos diferenciados para os casos de cassação da licença e de novo pedido de licença pelo interessado, ver HONORATO, Cássio Mattos. *Análise doutrinária...*, cit., p. 134-135 e 140-142.

Nos termos do art. 20, § 511-b, do VTL, o veículo poderá ser removido para uma garagem, estacionamento de veículos, ou outro local seguro, onde permanecerá apreendido (*i.e.*, *impounded*), sob a custódia da autoridade local, nos seguintes casos: i) veículo que não esteja devidamente registrado; ii) veículo sem *financial security;* iii) veículo conduzido por pessoa não autorizada para operar aquele veículo e o autorizado não estiver presente.

Encontrando-se o veículo sob a custódia de autoridades locais (do Estado de Nova York), o proprietário será prontamente notificado do fato e da identificação da autoridade local que promoveu a retenção (cf. VTL, § 511-b, 1). No prazo de 30 dias, o proprietário deverá: i) comprovar a regularidade do registro; ii) promover a quitação dos débitos (com multas, taxas); e iii) comprovar a regularidade do *financial security*, para a liberação do veículo.

Caso o proprietário, devidamente notificado, permita que o veículo permaneça por mais de 30 dias sob custódia da autoridade local, será novamente notificado com a advertência de que, caso o veículo não seja recuperado no prazo de 30 dias, contados da data da notificação, o veículo será perdido (*i.e.*, *forfeit*) em favor da autoridade local.[92]

3.2.5 Confisco do veículo apreendido: forfeit

Como visto no item anterior, caso o veículo custodiado não seja recuperado no prazo concedido, tornar-se-á propriedade da autoridade local, ou seja, do Município em que fora apreendido (cf. VTL, § 511-b, 5 e 6). Trata-se de verdadeiro confisco de bens que, felizmente, já foi abolido pelo sistema jurídico brasileiro.

Veja-se que, a partir da publicação da Lei 6.575/1978, que veio complementar as normas do 3.º Código Nacional de Trânsito, a legislação de trânsito brasileira afastou a noção de confisco que recaía sobre semelhante instituto jurídi-

92. Cf. *New York Criminal Statutes and Rules*, VTL, art. 20, § 511.b, 3, p. 27.

co, passando a constituir exclusivamente um instrumento para ressarcir o Estado das despesas decorrentes de remoção, apreensão e custódia do veículo. Nos termos do art. 5.º, § 2.º, da referida Lei, o produto arrecadado com a venda em leilão, deduzidas as despesas, será recolhido ao Banco do Brasil, à disposição do proprietário.

3.3 Fenômeno trânsito no Estado da Pensilvânia

A histórica capital do Estado da Pensilvânia – denominada Filadélfia – não é apenas o berço da independência de uma nação, primeira capital de um grande Estado e guardiã de um dos maiores símbolos da liberdade de nossa civilização – *The Liberty Bell*;[93] é também sede de uma grande Universidade – a *Pennsylvania University*–, onde tivemos a oportunidade de realizar pesquisas com o apoio dos funcionários da *Biddle Law Library*.

O trânsito em vias públicas do Estado da Pensilvânia é regido por um conjunto de normas jurídicas consolidadas em um documento denominado *Pennsylvania Vehicle Code*, atualizado anualmente, que se passa a indicar como *Penn Code*.

Visando divulgar as informações contidas na consolidação, o *PennDOT* possui uma publicação denominada *Pennsylvania Driver's Manual*, que contém regras básicas de circulação e segurança, sinalização e marcas viárias, regras de direção defensiva e informações sobre sanções aplicáveis aos infratores.

O Estado da Pensilvânia também possui norma semelhante à do Estado de Nova York, que permite aos não-residentes conduzirem veículos

93. A partir do Pentateuco (*i.e.*, Antigo Testamento), mais precisamente no Livro do Levítico, Cap. 25, verso 10, foi grafado na parte superior do "Sino da Liberdade" – de quase uma tonelada – a seguinte inscrição: "Proclain liberty throughout all the land unto all the inhabitants thereof – Lev. XXV.10" ("Proclame a liberdade pelo país inteiro e a todos os habitantes").

Infelizmente, na tradução para a língua portuguesa perdeu-se a beleza da oração: "Declarareis santo o qüinquagésimo ano e proclamareis o perdão das dívidas no país para todos os habitantes. Será para vós um jubileu" (Bíblia, Lev., 25:10).

automotores em vias públicas, sob três condições: i) serem maiores de 16 anos; ii) possuírem licenças válidas em seus estados ou países de origem; e iii) desde que "demonstrem uma satisfatória compreensão das regras de trânsito" (*Penn Code*, § 1502, 3).

3.4 Natureza jurídica da licença e das sanções impostas aos ofensores de trânsito

No Estado da Pensilvânia, à exceção dos não-residentes, os interessados em conduzir veículos automotores em vias terrestres somente poderão fazê-lo mediante obtenção de uma licença para dirigir. Se não o fizerem, serão considerados *guilty of an summary offense*, sujeitando-se ao pagamento de multa (denominada *fine*), no valor de $ 200 (duzentos dólares), na primeira ofensa (cf. *Penn Code*, § 1501, d, c/c o § 6503).[94]

Dois aspectos chamam a atenção: i) a natureza jurídica atribuída à licença para dirigir; e ii) a forma como a *Pennsylvania Law Encyclopedia* classifica as sanções de trânsito, em especial, as relacionadas à licença para dirigir.

A expressão correntemente empregada pelo *Penn Code* para designar os efeitos jurídicos extraídos da licença para dirigir é "privilégio de conduzir veículo" (ou melhor, *operating privilege* ou *driving privilege*); revelando que a licença expedida pelo Poder Público em favor de um interessado em dirigir veículo não é um direito subjetivo, e sim um privilégio conferido pela licença.[95]

A licença para dirigir, portanto, atribui a alguém o privilégio de conduzir veículo em vias públicas; não um direito subjetivo. A partir dessa natureza jurídi-

94. Segundo o *Penn Code*, *Chapter* 65, § 6503, b, a segunda ofensa por dirigir sem a devida licença, sujeita o infrator às seguintes sanções: i) *fine* em valor não inferior a $ 200 (duzentos dólares) e não superior a $ 1.000 (mil dólares); ii) *imprisonment* por período não superior a seis meses; iii) ou ambas. A conduta de conduzir veículo enquanto a licença estiver suspensa ou revogada caracteriza ilícito de natureza criminal (*i.e.*, *misdemeanor*) de segundo grau (cf. *Penn Code*, § 6503.1).

95. HONORATO, Cássio Mattos. *Análise doutrinária...*, cit., p. 116.

ca, atribuída pelos *statutes* estaduais à licença, a *Pennsylvania Law Encyclopedia* chega à curiosa, e interessantíssima, conclusão que os institutos jurídicos que geralmente denominamos penalidades de suspensão, cassação ou invalidação da licença para dirigir não são sanções; mas, em verdade, meras "decisões decorrentes do poder de revogar ou suspender" um privilégio previamente atribuído pelo Poder Público a alguém: "The power of revocation or suspension does not constitute the taking of property without due process of law. The suspension of an operator's license is neither a 'sentence' nor a 'penalty'. As otherwise stated, the suspension of a driver's license is not the imposition of a penalty, but a civil procedure to determine whether the driver may continue to exercise a privilege".[96]

Não obstante a clareza da exposição e a vanguarda dessa orientação contida na legislação e textos norte-americanos, ainda se revela mais adequado atribuir natureza jurídica de sanção de natureza administrativa às penalidades de suspensão e de cassação da licença para dirigir.[97]

3.5 Visão das sanções aplicáveis no Estado da Pensilvânia

O rol de sanções encontra-se disperso em diversos dispositivos do *Penn Code*. Entre as sanções previstas, pode-se destacar: i) multa ou sanção pecuniária, denominada *fine* e *imprisonment* (*Chapter* 65, § 6503); ii) suspensão do registro e do licenciamento do veículo e *monetary penalty* (*Chapter* 13, *subchapter* "c", § 1373-76); iii) suspensão da licença para dirigir (*Chapter* 15, *subchapter* "b", § 1532-41 e § 1547); iv) revogação da licença para dirigir (*Chapter* 15, *subchapter* "b", § 1542); v) invalidação da licença para dirigir (*Chapter* 15, *subchapter* "c", § 1572).

Destacam-se, ainda, o: vi) *endorsement* eletrônico de todas as informações relacionadas a trânsito; e o vii) *point penalty*, que poderá conduzir à imposição de

96. *Pennsylvania Law Encyclopedia.*, vol. 4, p. 143.

97. Em relação a diferentes naturezas jurídicas atribuídas à licença para dirigir, ver HONORATO, Cássio Mattos. *Sanções...*, cit., p. 118-126.

driver improvement school (*i.e.*, curso de reciclagem), *special examination* (à semelhança do *retest* inglês) e, em último caso, à suspensão da licença para dirigir.

3.5.1 Fine *e* imprisonment

A multa, denominada *fine*, é prevista para todas as infrações relacionadas às normas de trânsito. O valor da sanção pecuniária é indicado pelos *statutes* para cada uma das violações; que são consideradas *summary offenses*. Não havendo a indicação de valor expresso nos dispositivos, tampouco na sinalização de trânsito, a sanção pecuniária será de $ 25 (vinte e cinco dólares), na primeira violação (cf. *Penn Code*, *Chapter* 65, § 6502, a). No caso de reincidência, o valor da sanção pecuniária será majorado (sendo aplicável entre $ 200 (duzentos dólares) e $ 1.000 (mil dólares)) e a sanção denominada *imprisonment* poderá ser imposta, isolada ou cumulativamente, pelo prazo de até seis meses (cf. *Penn Code*, Chapter 65, § 6503, b).

A crítica anteriormente realizada em relação à possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade de curta duração também se faz presente em relação aos *statutes* da Pensilvânia.[98] Interessante o disposto na § 6504, b, do *Penn Code*, ao permitir a conversão da pena pecuniária em prisão, no caso de falta de pagamento. A conversão, segundo o *statute*, é realizada na proporção de um dia de *imprisonment* para cada $ 40 (quarenta dólares) devidos em razão de *fines* ou de custas do processo, que não foram pagas.

Observa-se que essa conversão passou a ser expressamente vedada no sistema jurídico pátrio após a publicação da Lei 9.268, de 1.º.04.1996, que alterou a redação do art. 51 do CP brasileiro. Representando a doutrina nacional, destaca-se a exposição de Alberto Silva Franco: "A Lei 9.268/1996, ao reformular o art. 51 do CP, atendeu aos reclamos de grande parte da doutrina nacional que entrevia, na conversão da pena pecuniária em pena privativa de liberdade, um agravo à norma

98. Em relação à crítica, confira item 3.2.1, *supra*.

constitucional que só admitia a prisão civil – e ainda, assim, em situações bem delimitadas – do devedor de alimentos e do depositário infiel. Como foi enfatizado, com absoluta propriedade, na exposição de motivos do projeto de lei, que deu origem ao referido Diploma Legal (Mensagem 785, *Bol. IBCCrim* 33/7), 'se o Estado, como ente político de representação da sociedade, responde a determinada conduta delituosa com a pena de multa, é esta sanção que, efetivamente, se apresenta como necessária e suficiente para a prevenção e repressão do delito. A conversão da pena de multa em prisão *por fato posterior* à sua aplicação (omissão do pagamento ou frustração de sua execução), perde o sentido de proporcionalidade que deve ser inerente a todas as formas de reação punitiva, além de caracterizar uma indisfarçada prisão por dívida, constitucionalmente vedada'. A providência legal deve ser recebida, sem dúvida, como correta e merecedora de elogios".[99]

Ratificando o exposto no item 3.2.1, *supra*, conclui-se que as orientações seguidas pela Lei de Trânsito e pelo Código Penal brasileiro são mais adequadas que a norte-americana.

3.5.2 Suspensão do registro e do licenciamento do veículo e monetary penalty

Assim como ocorre no Brasil (art. 120-135 do CTB), os veículos dos residentes no Estado da Pensilvânia devem ser devidamente registrados no órgão de trânsito (*i.e.*, *PennDOT*).

Além do registro, para que os veículos possam obter o licenciamento anual (comprovado por meio de um selo-adesivo, contendo o período de licenciamento e a placa do veículo, afixado no pára-brisa, no mesmo lado do motorista) devem ser submetidos a inspeção anual obrigatória.[100]

99. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* vol. 1, t. I, p. 859-860.

100. Semelhante sistema já foi (recentemente) previsto em nosso ordenamento jurídico. Por meio da Resolução 825, de 03.12.1996, foi criado o "selo de controle de licenciamento anual", de uso

Encontram-se previstas, no *Penn Code*, *Chapter* 13, § 1373, as seguintes hipóteses de suspensão do registro e do licenciamento do veículo: i) veículo sem condições de segurança ou sem equipamentos obrigatórios; ii) o proprietário ou pessoa *registrant* ter feito uso ilícito do veículo; iii) o proprietário ou *registrant* ter falsificado informações nos formulários para obtenção da licença; iv) por determinação das *Courts*; e v) por falta de pagamento das taxas devidas (*i.e.*, *fees*).[101]

Nesses casos, além da penalidade de suspensão do registro, também são impostas multas, denominadas *monetary penalty*, no valor de $ 50 a $ 200 (cf. *Penn Code*, § 1373, d).

Imposta a penalidade de suspensão do registro e do licenciamento do veículo, o *PennDOT* notifica o proprietário ou *registrant* do veículo para que entregue a documentação do veículo imediatamente (cf. *Penn Code*, § 1376, a). Não sendo realizada a entrega no prazo de 30 dias (cf. *Penn Code*, § 1376, b), a pessoa responsável será considerada *guilty of an summary offense*, e fica sujeita a penalidade de multa de $ 300 (trezentos dólares), custas processuais, e taxas do *PennDOT* (cf. *Penn Code*, § 1376, d).[102]

Aquele que conduz veículo não registrado ou sem o devido licenciamento também é considerado *guilty of a summary offense*, cuja sanção pecuniária é de não menos que $ 100 (cem dólares) e não mais que $ 500 (quinhentos dólares) (cf. *Penn Code*, § 1371).

obrigatório no veículo, que comprovava inclusive o recolhimento do IPVA e do seguro obrigatório. Encontra-se previsto nos arts. 124, XI, e 230, I, do CTB. Esse selo, no entanto, foi extinto por meio da Resolução 03, de 23.01.1998, do Contran.

A Inspeção Técnica de Segurança Veicular foi regulamentada pelas Resoluções 22/1998, 27/1998 e 84/1998, passando a denominar-se Inspeção Técnica de Veículos – ITV. Por meio da Resolução 107, de 21.12.1999, o Contran determinou a suspensão da vigência da Resolução 84/1998, por tempo indeterminado e, via de conseqüência, a suspensão das Inspeções Técnicas de Veículos.

101. Cf. MEYER, Milford J. *Pennsylvania Vehicle Code Annotated*: law and commentary (amended through 746 A.2d), 2001, § 1373, p. 51.

102. Idem, § 1573, p. 57.

Curiosa, ainda, a informação recebida no sentido que os veículos não registrados ou com ausência de licenciamento anual encontram-se sujeitos a uma sanção denominada *boot*. Essa expressão *boot*, que pode ser traduzida por bota (*i.e.*, espécie de calçado), consiste em travar as rodas dos veículos que se encontrem em situação irregular, por meio de instalação de travas de ferro junto às rodas do veículo (*boot*). Somente após a regularização do veículo e pagamento das multas, taxas e custas devidas, é que são liberadas as rodas do veículo (removendo-se a *boot*) pela polícia, permitindo que o veículo circule novamente em vias terrestres (informação verbal). Felizmente nunca foi prevista tal sanção pelos Códigos de Trânsito Brasileiros.

Observa-se, porém, que semelhante instrumento (sob a denominação de *lacre*) tem sido abusivamente utilizado no território nacional por administradores de estacionamentos, em especial em *shopping centers*, em relação aos veículos que permanecem estacionados no período noturno.

3.5.3 Suspensão da licença para dirigir

A penalidade[103] de suspensão da licença para dirigir e seus privilégios encontra-se prevista no *Penn Code*, *Chapter* 15, *subchapter* "b", § 1532-41 e § 1547. De forma resumida o *Pennsylvania Driver's Manual* relaciona as seguintes hipóteses: i) conduzir veículo sob influência de drogas ou de álcool; ii) prática de infração penal (*i.e.*, *felony*) envolvendo veículo; iii) homicídio de trânsito; iv) empreender fuga quando envolvido em acidente de trânsito (ou melhor, *crash*), ou quando houver determinação da polícia; v) direção perigosa; vi) participar de corrida ou racha; vii) dirigir com as luzes do veículo apagadas para evitar identificação; viii) deixar de parar para ônibus escolar com luzes vermelhas piscando e *stop arm* estendida (60 dias de suspensão).[104]

103. Em relação à natureza jurídica atribuída pela *Pennsylvania Law Encyclopedia* à suspensão da licença para dirigir, confira item 3.4, *supra*.

104. Cf. PENNSYLVANIA (US), *Pennsylvania Driver's Manual*, p. 57.

Os casos de suspensão do privilégio de dirigir, na realidade, variam em diferentes espécies, bem como os prazos de imposição. Será de um ano o prazo de suspensão da licença para dirigir, nos casos de *felonies* relacionadas ao trânsito (*v.g.*, homicídio, embriaguez ao volante, falsidade de documentos, furto de veículo).[105] Segundo a § 1532, b, o prazo de suspensão será de seis meses nas hipóteses indicadas nos itens iv a vii do rol contido no parágrafo anterior. Em outras hipóteses, o prazo de suspensão será determinado da seguinte forma: 1. sendo a primeira suspensão, seis meses; 2. na segunda, um ano; 3. na terceira e nas subseqüentes, dois anos de suspensão.

Hipótese extremamente interessante (e que também se encontra prevista na legislação do Estado de Nova York), é a suspensão em face da revelia, denominada *suspension of operation privilege for failure to respond to citation* (cf. *Penn Code*, *Chapter* 15, § 1533). A sanção é imposta àquele que deixar de responder à citação, tornando-se revel em qualquer processo relacionado a imposição de penalidades (exceto no caso de infrações relacionadas ao solo),[106] e àquele que deixa de pagar as multas (*i.e.*, *fines*) ou custas processuais decorrentes de infrações de trânsito.[107]

O prazo de suspensão aplicável, nessa hipótese de revelia, é indeterminado; perdurando até que a pessoa responda à citação, cumpra as sanções impostas e pague as custas processuais devidas (cf. *Penn Code*, § 1533, d).

Outra possibilidade de imposição da penalidade de suspensão do privilégio de dirigir decorre do *point system*.[108] Nos termos da § 1539, quando o condutor acumula 11 ou mais pontos de demérito encontra-se sujeito à suspensão da

105. Cf. *Penn Code*, *Chapter* 15, § 1532, a.

106. Em relação ao procedimento em caso de *infrações relacionadas ao solo*, confira item 3.6.2, *infra*.

107. Cf. *Penn Code*, § 1533, a.

108. Em relação ao *point system*, confira item 3.5.8, *infra*.

licença. Quando da primeira suspensão, em face do *point system*, o prazo será de cinco dias de suspensão para cada ponto acumulado; na segunda, dez dias para cada ponto; na terceira, 15 dias para cada ponto; nas subseqüentes, o período de suspensão será de um ano (cf. *Penn Code*, § 1539, b).

Uma última hipótese de suspensão decorre da recusa daquele que se envolveu em acidente de trânsito (*i.e.*, *crash*), ou quando há indícios que esteja conduzindo veículo sob influência de álcool ou drogas, em submeter-se aos exames previstos em lei (*v.g.*, sangue, urina, etilômetro).[109]

Em todos os casos em que for imposta a penalidade de suspensão da licença para dirigir, a pessoa que detinha o privilégio será notificada para entregar a documentação junto ao *PennDOT* (cf. *Penn Code*, § 1540, a). Não havendo a entrega, poderá ser imposta a penalidade de invalidação ou cancelamento da licença.[110]

Aquele que conduz veículo automotor em via pública, enquanto o privilégio encontra-se suspenso, revogado ou cancelado, realiza ilícito de natureza criminal, descrito como *misdemeanor of the second degree* (cf. *Penn Code*, § 6503.1).

3.5.4 Revogação da licença para dirigir

No caso de infratores contumazes (ou habituais), o *Penn Code*, § 1542, prevê a imposição de penalidade de *revocation of habitual offender's license.*

É considerado *habitual offender* o condutor que sofre três condenações pelas seguintes condutas, entre outras: i) *serious traffic offenses*, ii) corrida ou racha; iii) *crash* com resultado morte ou lesões corporais.

109. Em relação à presunção legal de consentimento para a realização de exames de constatação de alcoolemia (*i.e.*, dirigir sob influência de álcool ou substância entorpecente), confira item 4, *infra.*

110. Em relação à penalidade de invalidação da licença para dirigir, confira item 3.5.5, *infra.*

O período de revogação é de cinco anos (cf. *Penn Code*, § 1542, d). Veja-se que, na Lei de Trânsito brasileira o prazo de cassação da licença para dirigir é de dois anos (art. 263, § 2.º, CTB).

3.5.5 Invalidação da licença para dirigir

Nos termos do *Penn Code*, *Chapter* 15, *subchapter c*, § 1572, o *PennDOT* pode invalidar (*i.e.*, *cancel*) as licenças previamente concedidas nos casos de: i) erro ou fraude na documentação; ii) falta de pagamento das taxas devidas; iii) falta de entrega da licença, nos casos em que o interessado é notificado das penalidades de suspensão e de revogação da licença para dirigir.

3.5.6 Restauração do privilégio de dirigir

Caso seja imposta a penalidade de revogação (*revocation*) do privilégio para dirigir, e decorrido o prazo legal da sanção imposta (que é de cinco anos), não ocorre a restauração automática da licença.

O interessado, que teve a licença revogada e cumpriu o prazo imposto, deve submeter-se a novo procedimento de habilitação, a fim de obter um novo privilégio de dirigir (*Penn Code*, § 1541, d). Observa-se, no entanto, que esta nova licença já será concedida com o registro de cinco pontos,[111] sujeitando o condutor a verdadeiro período de prova (*Penn Code*, § 1554).

O CTB possui semelhante orientação em relação à penalidade de cassação da licença para dirigir (art. 263, § 2.º, c/c o art. 148, § 3.º, do CTB); permitindo, no entanto, a restauração automática, e sem período de prova, nos casos de suspensão (art. 261, § 2.º, do CTB).

Em relação ao período de prova, considera-se mais apropriado o sistema criado pelos *statutes* do Estado de Nova York, conforme exposto no item 3.2.3, *supra*.

111. Cf. *Pennsylvania Law Encyclopedia*: based on Pennsylvania Statutes; Case Law, State and Federal; Attorney General Opinions and Law Reviews, vol. 4, p. 197.

3.5.7 Endorsement *eletrônico*

O instituto denominado *endorsement* no direito inglês não é previsto expressamente pelos *statutes* norte-americanos. Estes, no entanto, criaram um eficiente (e atualizado) sistema informatizado de dados relacionados ao fenômeno trânsito, que substituiria com vantagens o instituto inglês.

As licenças para dirigir são expedidas no formato de cartão magnético, contendo fotografia daquele que obteve o privilégio de dirigir, o que permite consulta imediata pelos policiais e agentes de trânsito, junto aos computadores instalados nas viaturas, a todas as informações relacionadas ao veículo e ao condutor.

A manutenção e a atualização do sistema são realizadas pelo próprio *PennDOT* que, nos termos da § 1516, do *Penn Code* (que trata de *Department Records*) detém a competência para atualizar o sistema com todas as informações relacionadas a: i) registros e licenciamento de veículos; ii) licenças para dirigir; iii) sanções previamente impostas; iv) envolvimento em acidentes de trânsito, ou melhor *crash*;[112] e v) condenações impostas pelas *Courts*.

Encontrando-se, de fato, à disposição da polícia e das autoridades relacionadas à fiscalização e imposição de penalidades por violação das normas de trânsito, o sistema informatizado realmente substituiria, e com maiores benefícios,[113] o instituto denominado *endorsement*, previsto no direito inglês.

Em nosso País, há longa data, existe tentativa de elaborar-se sistemas semelhantes, por meio do Renach (*i.e.*, Registro Nacional de Carteiras de Habilitação, implantado em 1980) e do Renavam (Registro Nacional de Veículos

112. O *Pennsylvania Driver's Manual* (p. 58), assim como o *Driver's Manual* do Estado de Nova York, prefere substituir o termo *accident* por *crash*, ao referir-se a acidentes de trânsito, com ou sem vítimas. Nesse sentido confira item 3.1, *supra*.

113. Entre os benefícios, destaca-se o respeito à privacidade e à vida privada, como direitos fundamentais, evitando-se o desconforto de sofrer marcas, carimbos ou *endorses* no verso da licença para dirigir, que constitui um documento pessoal, com identificação e fotografia.

Automotores, implantado em 1984). Na prática, esses cadastros não se revelaram eficientes (tampouco confiáveis) por falta de atualização das informações contidas no banco de dados e ineficácia da rede informática. Por tal fato, entende-se que o sistema de *endorsement*, como previsto no sistema inglês, ainda seria melhor aplicável à realidade jurídica brasileira.

3.5.8 Sistema de pontuação: point system

A sistemática adotada pelos *statutes* da Pensilvânia procura afastar o sistema de pontuação da noção de sanção imposta aos ofensores das normas de trânsito. Segundo o *Penn Code*, § 1535, a, "um sistema de pontos é estabelecido para educação de trânsito e controle".[114]

Assim, na forma daqueles *statutes* estaduais, a partir do *point system* poderão ser impostos novos requisitos para a validade e eficácia da licença para dirigir. Esses requisitos são denominados: *driver improvement school* e *special examination*. Somente em último caso, por não terem sido cumpridos esses requisitos, é que o sistema de pontuação poderá servir de pressuposto para a imposição da penalidade de suspensão do privilégio de dirigir.[115]

A pontuação atribuída às infrações varia de dois a cinco pontos, conforme tabela constante do próprio *Penn Code*, § 1535. Em alguns casos mais graves, além dos pontos de demérito, também se encontra prevista a imposição imediata da sanção de suspensão da licença para dirigir, pelo prazo de 30 a 60 dias.[116]

114. MEYER, Milford J. *Pennsylvania...*, cit., 2001, p. 80.

115. Segundo informações, o *point system* também é utilizado pelas companhias seguradoras para determinar o valor do prêmio nos contratos de seguro obrigatório dos veículos (informação pessoal).

116. Exemplo característico decorre da infração de deixar de parar para ônibus escolar com luzes vermelhas piscando e *stop arm* estendida. Nesse caso, são atribuídos cinco pontos ao ofensor e 60 dias de suspensão do privilégio de dirigir (Cf. PENNSYLVANIA (US), *Pennsylvania Driver's Manual*, p. 57).

Sanções de trânsito na *common law*

Diversamente do que consta da legislação de trânsito brasileira,[117] os pontos atribuídos aos ofensores das normas de trânsito no Estado da Pensilvânia não prescrevem por inteiro. Segundo o *Penn Code*, § 1537, a cada período de 12 meses sem que o detentor do privilégio tenha cometido qualquer infração, serão removidos três pontos da licença: "Points recorded against any person shall be removed at the rate of three points for each 12 consecutive months in which such person has not committed any violation which results in the assignment of points or in suspension or revocation under this chapter. Removal of points is governed by the date of violation".[118]

Como conseqüência do acúmulo de pontos poderá ser exigida a realização (e conclusão com aproveitamento) de cursos de reciclagem ou de novos exames (à semelhança do *retest* previsto no sistema inglês). Segundo o *Penn Code*, § 1538, a, quando o condutor atinge a marca de seis pontos, pela primeira vez, estará sujeito ao *Driver Improvement School* ou um *Special Examination*, como requisito para manutenção do privilégio de dirigir. Realizado o curso ou o *retest*, e concluído de forma satisfatória, serão removidos dois pontos da licença. Não sendo realizado, será imposta a penalidade de suspensão da licença pelo prazo de 60 dias. Caso o interessado venha a ser reprovado no *retest* ou tenha concluído de forma não satisfatória o curso de reciclagem, a licença será suspensa até que o curso ou o *retest* sejam satisfatoriamente concluídos.

Caso o condutor venha a atingir, pela segunda vez, a marca de seis ou mais pontos, será instaurado processo (com direito de defesa) que, ao final, poderá impor: i) a realização de *Driver's Improvement School*; ii) novos exames; e iii) suspensão da licença por 15 dias (cf. *Penn Code*, § 1538, b). Nos subseqüentes acúmulos de mais de seis pontos, serão instaurados novos processos, com imposição imediata de suspensão do privilégio de dirigir, pelo prazo de 30 dias.

117. Nos termos do art. 3.º da Resolução 54/1998 do Contran, o cômputo da pontuação referente às infrações de trânsito terá a validade de 12 meses.

118. MEYER, Milford J. *Pennsylvania...*, cit., 2001, p. 82.

Não obstante os *statutes* da Pensilvânia sustentarem o "caráter educativo" do sistema de pontuação, e que tanto o curso de reciclagem como o *retest* são requisitos para a manutenção da licença para dirigir, verifica-se que esses institutos possuem caráter eminentemente sancionatório. Nesse sentido, sustenta-se que o sistema desenvolvido pelo direito inglês apresenta soluções melhores,[119] com destaque para o curso de reciclagem (facultativo), como causa especial de redução de sanções.

3.6 Processo para imposição de sanções

O processo para imposição de sanções relacionadas ao fenômeno trânsito encontra-se previsto no *Penn Code* e é regido por regras de *Criminal Procedure*.[120] Importante, portanto, relembrar que criminal e penal são expressões distintas no sistema jurídico norte-americano.[121]

3.6.1 Competência para fiscalizar, autuar e dar início ao processo

O enigma relacionado à determinação e à distinção da competência da Polícia Militar e dos órgãos municipais que exercem a fiscalização de trânsito, e que hoje é praticamente insolúvel no Brasil (por força da Resolução 66/1998 do Contran), encontra-se muito bem definido na legislação da Pensilvânia (bem como no Estado de Nova York): i) aos órgãos municipais e seus agentes compete a fiscalização das *infrações relacionadas ao solo*; e ii) às forças policiais, as atividades de policiamento e de fiscalização de trânsito.

119. Em relação ao aspecto positivo conferido pelo sistema inglês ao *rehabilitation course*, confira item 2.4.6, *supra*.

120. Cf. *Pennsylvania Law Encyclopedia*: based on Pennsylvania Statutes; Case Law, State and Federal; Attorney General Opinions and Law Reviews, vol. 5, p. 299.

121. Em relação à distinção entre os termos penal e criminal, confira item 3.1.1, *supra*.

Nos termos dos *statutes* norte-americanos, entende-se por *infrações relacionadas ao solo* aquelas identificadas como "parking, stopping and standing",[122] ou seja, infrações de trânsito relacionadas à parada e ao estacionamento de veículos em vias terrestres.

Nesse sentido, sustenta-se que essa distinção também deveria ser aplicada ao direito de trânsito brasileiro para fixar-se a diferença de atribuições entre as Polícias Militares e os órgãos municipais de trânsito. Caberiam àquelas as atividades de policiamento ostensivo e de fiscalização de trânsito em geral, e aos órgãos municipais de trânsito a fiscalização das *infrações relacionadas ao solo*, ou seja, infrações relacionadas à parada e ao estacionamento irregular de veículos em vias terrestres.

No talonário de autuação dos agentes municipais de trânsito da cidade de Filadélfia, podem ser observadas algumas *infrações relacionadas ao solo* e suas respectivas penalidades: i) tempo do parquímetro (*i.e.*, *meter*) vencido, multa de $ 15 (quinze dólares); ii) parar em local proibido, $ 25 (vinte e cinco dólares); iii) estacionar em local proibido, multa de $ 25 (vinte e cinco dólares); iv) bloquear o trânsito, multa de $ 100 (cem dólares); v) estacionar sobre a calçada, $ 20 (vinte dólares); vi) estacionar em parada de ônibus, multa de $ 20 (vinte dólares); vii) parar em fila dupla, multa de $ 25 (vinte e cinco dólares); e viii) estacionar em local reservado para passagem de cadeiras de rodas (*i.e.*, *handicapped driveway*), multa de $ 300 (trezentos dólares).

Tendo em consideração o valor fixo da sanção pecuniária decorrente das *infrações relacionadas ao solo*, pode-se afirmar que se trata de espécies de *fixed penalties*, à semelhança do direito inglês.

3.6.2 *Processo das infrações relacionadas ao solo:* fixed penalties

No caso de *infrações relacionadas ao solo*, constatadas por agentes municipais, o procedimento é extremamente simples: a autuação é realizada em talonário

122. Cf. *New York Criminal Statutes and Rules*, VTL, § 510, p. 12.

próprio (denominado *Parking Violation*) e deixada junto ao pára-brisa do veículo, ou depositada nas mãos do condutor, se este se encontrar presente.

Constam do rodapé do *Parking Violation* as informações necessárias para promover-se o pagamento da multa decorrente da infração, bem como o endereço e o telefone do órgão municipal competente para receber o pagamento da sanção.

Com a autuação é fornecido um envelope pré-impresso contendo o endereço do órgão arrecadador da sanção pecuniária, denominado *The Parking Violation Branch*. Caso o ofensor não deseje recorrer da autuação, deverá preencher um cheque no valor exato constante da autuação, colocá-lo no interior do envelope, e enviá-los pelo correio ao órgão arrecadador municipal.

Ressalte-se que as *infrações relacionadas ao solo* somente são punidas com sanções pecuniárias (*i.e.*, multas em valores fixos, daí *fixed penalties*), não havendo incidência de pontos de demérito ou de qualquer outra sanção relacionada à licença para dirigir ou ao veículo.[123]

Não havendo pagamento voluntário[124] da multa, o fato será encaminhado ao tribunal competente para o *devido processo legal*.

3.6.3 Processo das summary offenses *de trânsito*

As infrações às normas de trânsito, que não forem consideradas ilícitos de natureza criminal (*i.e.*, *felonies* ou *misdemeanor*), são classificadas como *summary offenses*. O processo, nesses casos, deve ser iniciado em até 30 dias após a identificação do autor do fato.[125] O prazo prescricional é de dois anos.

123. Nesse sentido, as penalidades decorrentes de *infrações relacionadas ao solo*, do Estado da Pensilvânia, diferem das *fixed penalties* do sistema inglês. Confira exposição no item 2.4.2, *supra*.

124. Em relação ao emprego e distinção das expressões voluntário e espontâneo, confira item 2.4.2, nota n. 24, *supra*.

125. Cf. *Pennsylvania Law Encyclopedia*: based on Pennsylvania Statutes; Case Law, State and Federal; Attorney General Opinions and Law Reviews, vol. 5, p. 300.

O princípio do devido processo legal (*due process of law* – contido nas Emendas V e XIV à Constituição norte-americana), em especial a validade da citação do ofensor, é levado muito a sério no Estado da Pensilvânia. Segundo a *Pennsylvania Law Encyclopedia*, o processo para imposição de sanções somente pode ter início se a infração for constatada por um "oficial de polícia, que esteja uniformizado",[126] e o infrator devidamente notificado (ou melhor, citado) no ato. Não existe previsão de notificação via postal, como consta na Resolução 472, de 04.04.1974, do Contran; mesmo no caso de infrações constatadas por meio de instrumentos eletrônicos (*v.g.*, radar, barreira eletrônica).

A competência para conhecer e julgar as violações ao *Penn Code* é atribuída a diferentes tribunais. Segundo a *Pennsylvania Law Encyclopedia*, a *Traffic Court of Philadelphia* possui competência para julgar todos os processos por *summary offenses* realizadas nos limites da Comarca de Filadélfia.[127]

A sentença da *Court* deve ser "clara e em linguagem inequívoca".[128] Da decisão cabe recurso para os tribunais estaduais superiores.

4. *Chemical testing*: a presunção legal de consentimento do exame

A preocupação contida nos *statutes* do Estado de Nova York em relação à *direção sob influência* de álcool e substâncias entorpecentes também pode ser ob-

126. Cf. *Pennsylvania Law Encyclopedia*, cit., p. 302.

Segundo Jerold H. Israel e Waybe R. LaFave, "quando a polícia observa uma infração de trânsito, pode parar o veículo e exigir a apresentação da licença para dirigir, do registro e do número de identificação do veículo (NY *vs.* Class 1986). A parada do veículo para fiscalizar a documentação também é permitida quando há razoável suspeita de que o motorista não se encontra licenciado ou que o veículo não é registrado, ou que ambos (veículo e ocupantes) possam ser apreendidos por violação da lei. Mas a parada a esmo de um veículo e a retenção do condutor com o fim de verificar a licença e o registro são desarrazoadas" (ISRAEL, Jerold H.; LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure*: constitutional limitations, p. 135-136).

127. Cf. *Pennsylvania Law Encyclopedia*: based on Pennsylvania Statutes; Case Law, State and Federal; Attorney General Opinions and Law Reviews, vol. 5, p. 309.

128. Idem, p. 337.

servada na legislação da Pensilvânia. Para tanto, o *Penn Code* (em sua § 1547, a), impõe a presunção legal de que o detentor de um privilégio para dirigir consente que seja submetido a um ou mais dos exames de alcoolemia previstos em lei, tais como: etilômetro, exame de sangue ou de urina.

Os exames de alcoolemia, portanto, são obrigatórios para todo condutor que se envolver em acidente de trânsito com vítimas, ou que se encontrar sob fundada suspeita de estar *dirigindo sob influência* de álcool ou substância entorpecente: "General Rule – Any person who drives, operates or is in actual physical control of the movement of a motor vehicle in this Commonwealth shall be deemed to have given consent to one or more chemical tests of breath, blood or urine for the purpose of determining the alcoholic content of blood or the presence of a controlled substance if a police officer has reasonable grounds to believe the person to have been driving, operating or in actual physical control of the movement of a motor vehicle: 1. while under the influence of alcohol or a controlled substance or both; or 2. which was involved in an accident in which the operator or passenger of any vehicle involved or a pedestrian required treatment at a medical facility or was killed".[129]

Aquele que se recusar à realização dos exames não realiza novo ilícito (diversamente do que prevê o direito inglês),[130] tampouco presume-se que seja culpado da acusação de *dirigir sob influência*. Segundo o *Penn Code*, § 1547, e, todas as evidências (*i.e.*, provas) carreadas ao processo deverão ser analisadas em conjunto. Como conseqüência da recusa à realização desses exames poderá ser-lhe imposta penalidade de suspensão da licença para dirigir, pelo prazo de 12 meses (Cf. *Penn Code*, § 1547, b).[131]

129. MEYER, Milford J. *Pennsylvania...*, 2001, p. 94.

Semelhante presunção é firmada pela legislação do Estado de Nova York, em especial pelo *Vehicle and Traffic Law*, art. 31, § 1194.

130. No direito inglês, a recusa aos exames de alcoolemia constitui infração de natureza grave (cf. RTA 1988, s. 7(6)). Confira item 2.4.4, *supra*.

131. A hipótese já foi mencionada nos itens 3.2.2 e 3.5.3, *supra*.

O dispositivo acima mencionado e a conseqüente penalidade de suspensão já foram objeto de argüição junto aos tribunais estaduais, em face dos direitos e garantias constantes do *Bill of Rights* (ou seja, das emendas à Constituição norte-americana).[132] Concluíram as *Courts* que, para fins de imposição de sanções de trânsito, a presunção é válida, por não se tratar de processo de natureza criminal. Destaca-se um desses julgados: "*Stenbach v. Com. Dept. Of Transp., Bereau of Driver Licensing*, 168 Pa. Cmwlth. 607, 651 A.2d 218 (1994) (Sixth Amendment right to confront and cross-examine witnesses does not apply to license suspension proceedings, because they are civil not criminal, in nature)".[133]

Nos termos do *Penn Code* (§ 1548), em caso de condenação por *dirigir sob influência* de álcool ou drogas, além das sanções habitualmente impostas aos infratores, pode ser exigida, como requisito para a obtenção de uma nova licença para dirigir, a realização (e conclusão com aproveitamento) de um curso de reciclagem específico, denominado *Alcohol Highway Safety School*. Além desse curso, o ofensor poderá ser submetido a período de dois anos de *probation* (cf. *Penn Code*, § 1548, c).

A classificação dos níveis de álcool constatados no sangue é semelhante à contida na legislação de Nova York. Em regra: i) se constatados níveis inferiores ou igual a 0,05 gramas de álcool por litro de sangue, não estará *sob influência da substância*; ii) acima de 0,05 e menos de 0,10, é considerado *sob influência de álcool*; iii) com 0,10 ou acima desse nível, há prova da materialidade do crime (cf. *Penn Code*, § 1547, d).

Os *statutes* do Estado de Nova York prevêem idêntica conseqüência, porém a restauração da licença poderá ser obtida em seis meses (Cf. VTL, art. 31, § 1194.4, b e d).

132. Segundo Jerold H. Israel e Waybe R. LaFave, a "quinta emenda confere o direito de não ser compelido, em nenhum processo criminal, a testemunhar contra si mesmo" (ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. Op. cit., p. 241).

133. MEYER, Milford J. *Pennsylvania Vehicle Code Annotated*: law and commentary, 1998, § 1547, p. 85.

Em relação às pessoas menores de 21 anos, aplica-se a *zero law tolerance*, de modo que, sendo constatados níveis iguais ou superiores a 0,02 gramas de álcool por litro de sangue, há prova do crime.[134]

Interessante observar que o legislador do CTB empregou como elementar do art. 306, que descreve o tipo penal de injusto conhecido como *embriaguez ao volante*, exatamente esta expressão: conduzir *sob a influência* de álcool ou de substância de efeitos análogos; sem, no entanto, mencionar qualquer classificação ou índices.[135] Tal fato, parece reforçar o entendimento do Prof. René Ariel Dotti, no sentido de tratar-se de norma penal em branco, cujo complemento jurídico encontra-se na norma descrita no art. 165 da Lei 9.503/1997 (que instituiu o CTB).[136]

5. As *Institutas* da *common law*: guias práticos de educação para o trânsito

Concluindo a exposição relacionada ao fenômeno trânsito nos Estados Unidos da América do Norte, dedicam-se alguns parágrafos aos denominados manuais de segurança no trânsito, ou *textbooks*, em face de sua importância e facilidade de acesso.

A importância desses manuais, no direito inglês, pode ser medida em face da ausência, quase absoluta, de legislação sistematizada (ou codificada), revelando sua característica de direito jurisprudencial. No sistema norte-americano, mesmo havendo "uma tendência geral à legislação e à codificação",[137] a

134. MEYER, Milford J. *Pennsylvania...*, cit., 2001, § 1547, d, 3, p. 95.

135. A respeito das diferentes interpretações doutrinárias em relação ao tipo penal de injusto descrito no art. 306 do CTB, ver: HONORATO, Cássio Mattos. *Transito...*, cit., p. 439-444.

136. Tese exposta pelo Prof. René Ariel Dotti durante o *Curso sobre delitos de trânsito* (Lei 9.503/97), sob coordenação do Dr. Luiz Flávio Gomes, realizado no complexo jurídico Damásio de Jesus, São Paulo-SP, em 06.03.1998 (informação pessoal).

137. Cf. FARNSWORTH, Edward Allan. Op. cit., p. 83.

importância dos manuais encontra-se na dificuldade de localizar-se e compreender-se os textos dos *statutes*, e na forma didática e precisa como são elaborados os *textbooks*.

A facilidade de acesso é inquestionável: na Inglaterra são vendidos em quase todas as livrarias; nos Estados de Nova York e da Pensilvânia podem ser obtidos gratuitamente junto aos órgãos de trânsito (*i.e.*, DMV e *PennDOT*).

Conclui-se que o *Pennsylvania Driver's Manual*, o *Driver's Manual* do Estado de Nova York e o *The Highway Code*[138] (este último do sistema inglês) são verdadeiras *Institutas*, de origem romana, que, em face de sua relevância, mereceriam uma versão brasileira, adequada à nossa legislação e realidade histórico-social. O fundamento jurídico para criação e distribuição desses guias práticos pode ser encontrado no art. 76 do CTB, que versa sobre a educação para o trânsito, no Brasil.

Acredita-se, assim, que por meio da efetiva educação para o trânsito pode-se alcançar o objetivo principal a legitimar toda a atividade dos órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Trânsito: a realização do trânsito em condições seguras.

Bibliografia

ABREU, Waldyr de. *Código de Trânsito Brasileiro*: infrações administrativas, crimes de trânsito e questões fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1998. 548 p.

AMAR, Akhil Reed; HIRSCH, Alan. *For the people*: what the Constitution really says about your rights. New York: The Free Press, 1998. 259 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 870 p.

138. Destacam-se na obra do Prof. Waldyr de Abreu elogios ao *The Highway Code*, considerado "um popular e atraente manual ilustrado" (ABREU, Waldyr de. *Código de Trânsito Brasileiro*: infrações administrativas, crimes de trânsito e questões fundamentais, p. 260).

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 396 p.

_____. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1, 707 p.

CALLEGARI, André Luís. "A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e o novo Código de Trânsito". *Bol. IBCCrim*, São Paulo: [s.n.], n. 66, p. 12-14, maio 1998.

CAMPOS, Tomás Cano. *El régimen jurídico-administrativo del tráfico* (bases hitóricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones). Madrid: Civitas, 1999. 786 p.

COLLIN, Peter H. *Dictionary of law*. 3. ed. Teddington (UK): Peter Collin Publishing, 2000. 398 p.

DAVID, René. *O direito inglês*. 1. ed. 2. tir. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 120 p.

_____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. 2. tir. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 556 p.

FARNSWORTH, Edward Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Trad. Antônio Carlos Dinis de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963. 228 p.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997. 3 vols.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. 191 p.

GUY, Michael. *Road Traffic Justices' Training* (may 2000). Bury St Edmunds (UK): [s.n.], 2000. 83 p.

HONORATO, Cássio Mattos. *Análise doutrinária da natureza jurídica das sanções do Código de Trânsito Brasileiro*. 2003. 201 p. Dissertação (Mestrado em

Direito) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Paraná (Unespar), Jacarezinho-PR.

_____. *Sanções do Código de Trânsito Brasileiro:* análise das penalidades e das medidas administrativas cominadas na Lei n. 9.503/97. Campinas: Millennium, 2004. 311 p.

_____. *Trânsito*: infrações e crimes. Campinas: Millennium, 2000. 604 p.

ISRAEL, Jerold H.; LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure*: constitutional limitations. 6. ed. St. Paul (Minn): West Group (a Thompson Company), 2001. 500 p.

IVAMY, E. R. Hardy. *Mozley and Whiteley's Law Dictionary*. 10. ed. London/Sydney/Toronto: Butterworths, 1988. 511 p.

JESUS, Damásio E. de. *Crimes de trânsito*: anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997). São Paulo: Saraiva, 1998. 220 p.

MEYER, Milford J. *Pennsylvania Vehicle Code Annotated*: law and commentary. Revision by Arthur S. Zanan. 3. ed. Philadelphia (PA): George T. Bisel Company, 1998. Paginação irregular.

_____. *Pennsylvania Vehicle Code Annotated*: law and commentary (amended through 746 A.2d). Supplement by Arthur S. Zanan. Philadelphia (PA): George T. Bisel Company, 2001. 350 p.

MIRANDA, Jorge. *Constituições de diversos países*. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986. vol. I. 456 p.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. História do direito romano, Instituições do direito romano: A – Parte geral, B – Parte especial: direito das coisas. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. 1, 368 p.

NEW YORK (US). *Driver's Manual*. New York State Department of Motor Vehicles. 2001. 104 p.

New York Criminal Statutes and Rules. Newark (NJ): Matthew Bender & Company (LexisNexis Group.), 2002. Paginação irregular.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. RT, 2000. 426 p.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Princípios de derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. vol. II, 727 p.

PENNSYLVANIA (US). *Pennsylvania Driver's Manual*. Department of Transportation Driver and Vehicle Service. 2001. Pub. 95 (10/01). 70 p.

Pennsylvania Law Encyclopedia: based on Pennsylvania Statutes; Case Law, State and Federal; Attorney General Opinions and Law Reviews. 2. ed. Charlottelville (VA): Lexis Law Publishing, 1999. 19 v.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na Lei 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 280 p.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 1, 632 p.

_____. *Multa penal*: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1993. 168 p.

READ, P. A. *General principles of english law*. London: The HTL Group, 1998. 190 p.

SMITH, John C. *Criminal law*. 9. ed. London/Edinburgh/Dublin: Butterworths, 1999. 788 p.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao Direito nos EUA. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 1999. 197 p.

The Highway Code. London: The Stationary Office, 2001. 100 p.

Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal

Enrique Bacigalupo*
Professor na Universidade Complutense de Madrid – Espanha.

Sumário: 1. Introdução – 2. A teoria finalista da ação como superação da concepção positivista da dogmática penal – 3. A teoria finalista da ação como resposta dogmática à crise da concepção da teoria do delito baseada na teoria causal da ação – 4. A teoria finalista da ação no contexto da crítica à teoria do direito penal do positivismo – 5. A teoria da ação finalista e o sistema da teoria do delito.

Resumo: O autor realiza uma investigação sobre a evolução da ação humana sob a ótica do direito penal, bem como o significado da concepção finalista na dogmática penal. Critica os fundamentos teóricos e filosóficos das concepções causalista e positivista. Questiona a função atual do sistema proposto por Welzel conjuntamente com as posições de Roxin e Jakobs como orientação ao novo paradigma a ser edificado pela teoria do injusto.

Palavras-chave: ação; causalismo; positivismo; finalismo; teoria do delito.

1. Introdução

Por que discutir hoje sobre a teoria da ação finalista? Temos, em primeiro lugar, uma razão pessoal: Dario Santamaría, penalista da Universidade de Nápo-

* Tradutor Ricardo Breier – Professor de Direito Penal no Rio Grande do Sul, Advogado Criminal.

les, que em 1955[1] introduziu a discussão sobre a teoria finalista da ação na Itália e permitiu a muitos, inclusive fora da Itália, tomar conhecimento da problemática do conceito de ação na teoria do delito dos anos 50.

Temos além disso uma razão científica? Hoje a teoria da ação parece carecer de atualidade, pois seria difícil sustentar que a estrutura atual da teoria do delito tem seu apoio na concepção finalista, tal como Welzel a concebeu. No entanto, ainda que a discussão sobre a teoria da ação não seja hoje o centro do interesse dos penalistas, trata-se de um debate em que as implicações filosóficas e metodológicas têm tido uma singular transcendência. Reflexionar sobre alguns destes aspectos e sobre a função dogmática do conceito de ação constitui, por si mesmo, metas que justificam uma discussão. Sobretudo, recentemente tem-se gerado uma polêmica referente às teorias da ação discutidas depois de 1945, a qual tem transcendido as fronteiras alemãs.[2]

2. A teoria finalista da ação como superação da concepção positivista da dogmática penal

A reflexão sobre a teoria finalista da ação e o seu significado na dogmática do delito deve começar, a meu modo de ver, pela caracterização de sua significação metodológica e filosófica. Para isso é conveniente distinguir duas épocas diferentes no conceito de ação.

Numa primeira época, a teoria da ação era conhecida pelos penalistas hegelianos[3] como uma teoria da imputação, que permitia atribuir o aspecto externo do comportamento à vontade do sujeito.

1. D. Santamaría. *Propspettive del conceto finalistico di azione*, 1955.

2. Ver G. Thulfaut, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger*, 2000; Muñoz Conde; Edmund Mezger, *O direito penal de seu tempo* – As origens ideológicas da polêmica causalismo e finalismo, 2. ed., 2001; Cobo del Rosal, *Cadernos de Política Criminal* 74/451 et seq., 2001.

3. Ver: Radbruch. *Der Handlungsbegriff und seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904. Na moderna bibliografia: E. A. Wolff. *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, 1964; E. von Bubnoff. *Die Entwicklung der strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt*

Numa segunda época, a teoria da ação adquiriu uma dimensão diferente sob a concepção da dogmática positivista orientada por Von Liszt[4] e mais tarde por Beling. Nesta nova dimensão teórica a ação converteu-se em uma teoria da *transformação do mundo exterior* introduzida *causalmente* por um sujeito que atua voluntariamente (*willkürlich*).[5] Nesse marco considerou-se que o *sentido social* de uma conduta humana deveria ser conseqüência da incidência da mesma sobre objetos ou pessoas do mundo exterior.[6]

Enquanto a *teoria da imputação* era uma *teoria da* ("causalidade da vontade"[7]) em relação a um comportamento exterior, a questão da determinação do efeito da ação no mundo exterior havia carecido, nesse contexto, da importância que logo adquiriu na teoria positivista do delito da escola sociológica inspirada por Von Liszt. A causalidade da transformação produzida no mundo exterior só havia sido considerada em alguns delitos, como o homicídio ou as lesões, e de uma maneira muito pragmática, porém não como uma questão *geral* da teoria do delito.[8] O decisivo era *a vontade rebelde do autor* perante a *norma geral*, concebida como um imperativo expressivo da vontade geral. Este aspecto do problema foi radicalmente eliminado na teoria moderna da ação e convertido no fundamento

unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966; R. De Giorgio. *Azione e imputazione*, 1984, p. 13 et seq.

4. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905, p. 212 et seq.

5. Cf. Von Liszt, nota 4, p. 241: "Nur in der Abstraktion der Rechtswissenschaft erscheint das Verbrechen als Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgüter; als Ereignis der Sinnenwelt ist es die an einem bestimmten Ort, zu einer bestimten Zeit erfolgende Bewirkung einer sinnffälligen Veränderung an einzelnen bestimten Personen oder Sachen durch willkürliche Körperbewegung".

6. Assim Von Liszt, nota 4, p. 240: "Diese einzelne Handlungen sind sinfällige Veränderungen in der Aussenwelt, herforgerufen durch die Einwirkung eines menschen auf andere Menschen oder auf Sachen, ermöglichtdurch die dem Willensimpulsse folgende Bewegungen unseres Körpers".

7. K. Larenz. *Hegels Zurechnungslehre*, 1927, p. 75.

8. Cf. Berner, *Lehrbuch*, p. 117: "Nur in Besonderen Theile, und zwar in der Lehre der Tödtung, geben wir, aus der Erfahrung geschöpfte Sätze über Ursächlichkeit, um eine praktischen Bedürfniss zu entsprechen".

da teoria da culpabilidade, na qual a *capacidade de imputabilidade* adquire o caráter de um pressuposto das formas da culpabilidade (dolo e culpa).

Também a teoria finalista da ação é uma teoria da determinação de modificações no mundo exterior. Welzel[9] a expôs claramente desde sua primeira publicação, quando ainda não se referia à finalidade, mas sim à intencionalidade, trata-se de questionar "que a causalidade seja a única a determinar um acontecimento real"; "a ação (pré-juridicamente) considerada, não é em modo algum um mero 'movimento corporal voluntário com o efeito de certas transformações do mundo exterior'. Ela não só é causalmente produzida, mas sim intencionalmente 'introduzida', quer dizer, também o mecanismo causal que nela opera encontra-se sob uma nova espécie de determinação, caracterizada pelo elemento da intencionalidade, de uma ordem em sentido ou da consciência de sentido". A teoria finalista da ação, portanto, não questionou a concepção causal da ação referente à sua função a respeito da determinação do mundo exterior, e sim a caracterização desta determinação, como tal. Welzel[10] considerou que o fracasso da teoria tradi-

9. *Strafrecht und Philosophie* (1930) citado segundo o texto de *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 11: "Nach alledem bleibt nichos anderes übrig, als die Grundvoaussetzung der Kausaltheorien überhaupt, dass die Kausalität die einzige und alleinige Determination des realen Geschehenssei, in Frage zu ziehen". Também na p. 4: "Schon die vorrechtliche Handlung ist keineswegs bloss eine 'willentliche Körperbewegung gewisser Veränderungen in der Aussenwelt' (*Radbruch*). Sie ist nicht lediglich causal verursacht, sondern intencional 'gesetzt', d. h. auch der in ihr wirkende kausale Mechanismus untersteht einer neuartigen Determination, die durch das Merkmal der Intentionalität gekennzeichnet ist, eine Ordnung im Sinne oder der Sinnbewusstheit". Sobre a realidade das normas e a causalidade no pensamento atual ver também Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, 1997, p. 80 et seq.

10. Ver Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935 (citado segundo o texto de *Abhandlungen...*), p. 108 (nota 67) e 109 (notas 68 e 69). Na 11.ª edição de *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, p. 37, diz haver tomado de N. Hartmann só o nome, porém não a matéria referida à finalidade. No entanto, uma comparação com os critérios de Hartmann demonstram que a diferença é mínima. No que se refere à finalidade, como tal, não existe diferença alguma (ver: N. Hartmann, *Ethik*, 4. ed., 1962, [1. ed., 1925] p. 192 et seq. [sobre todo p. 194]). Provavelmente Welzel tem desejado destacar a diferença entre a "determinação através do valor", que Hartmann considera como "determinação primária" (p. 192), por oposição à "determinação secundária" (p. 192), que corresponde ao nexo final. Welzel, pelo contrário, mantêm a finalidade dentro do conceito de ação, talvez como determinação primária, e a determinação pelo valor como secundária, sobre a que se baseia a culpabilidade (ver *Naturalismos*, p. 109).

cional do delito estaria identificado na substituição da teoria da ação por uma teoria da causalidade[11] e propôs tomar a sério a idéia de que a realidade jurídica é a realidade da vida social prática, partindo da *ação como fenômeno social.*[12] Para definir o sentido social da ação Welzel apoiou-se na descrição da finalidade realizada basicamente na *Ethik* (1.ª edição de 1925) de Nicolai Hartmann. Hartmann pensava que a teleologia dos valores correspondesse com a natureza do nexo causal. Também esta, afirmava "um tipo de determinação do real".[13] Dentro desta teleologia dos valores, Hartmann entendeu que a ação é "realização de fins"[14] e distinguiu uma determinação secundária, que identificou como o nexo final, no que se verifica um processo de três fases: 1. a proposição de um fim pelo sujeito (*Vorsetzung des Zweckes durch das Subjekt*); 2. a determinação final dos meios a partir do fim (*die finale Bestimmung der Mittel durch den Zweck*); e 3. a realização do fim (*die Realisation des Zweckes*).[15]

Sobre esta descrição do nexo final Welzel elaborou sua teoria da ação, na qual distinguiu a relação do resultado com a vontade, como objeto do juízo sobre a ilicitude da ação (*Unrecht*), do objeto ontológico da culpabilidade como uma específica decisão sobre o valor, como a parte emocional da ação.[16]

A teoria finalista da ação é, desta maneira, um produto da crítica do positivismo e do neokantianismo. Seus pressupostos filosóficos são, em primeiro

11. *ZStW* 58/491 et seq., 1939 (citado segundo *Abhandlungen...*, p. 120).

12. Idem, ibidem, p. 125. Neste ponto é possível estabelecer uma diferença com Von Liszt. Este partia de um conceito *jurídico* de ação ["juristische Handlung"] (ver *Strafr. Vortr. U. Aufs.*, I, p. 238) que Welzel não considerou idêntico à ação como fenômeno social, pois, provavelmente, os fenômenos sociais eram entendidos por Welzel como fenômenos *ético*-sociais.

13. "Sie [die Teleologie der Werte] entspricht dem, was in der Natur der Kausalnexus ist. Sie ist gleich diesem ein Nexus, ein Typus der Determination des Realen" (p. 191).

14. *Ethik*, p. 195.

15. *Ethik*, p. 194.

16. Ver: *Abhandlungen...*, p. 109 (*Naturalismus...*); p. 130 et seq. (Studien... en *ZStW* 58). Também na Itália se produz um desenvolvimento cuja, no entanto, diversidade é paralela ao do finalismo, pois se baseou em considerações antropológicas e suas repercussões no âmbito da causalidade, ver: *Antolisei*, Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale, 1934, p. 206 et seq.

lugar, uma concepção realista do conhecimento segundo a qual não é criador do objeto, como pretendia o idealismo e o neokantianismo, e sim a apreensão de algo que é anterior ao conhecimento, e que é independente dele.[17] Em segundo lugar, uma concepção dos valores que considera que o essencial destes é a relação do objeto com *o eu*, o qual se considera valioso e que requer uma cuidadosa separação do momento ontológico a respeito do momento da valorização: "o objeto ontologicamente determinado é somente o *portador* do valor, não o valor mesmo".[18]

Esta nova formulação da teoria da ação recolhia às críticas que estava submetida a concepção causal da ação, e com ela o sistema da teoria do delito elaborado por Von Liszt, Beling e Radbruch, proporcionando um novo fundamento filosófico e, principalmente, metodológico à teoria do delito.

3. A teoria finalista da ação como resposta dogmática à crise da concepção da teoria do delito baseada na teoria causal da ação.

A teoria da ação finalista não era, no começo dos anos 30, a única crítica da dogmática ao positivismo e ao neokantianismo. Era evidente que a teoria da

17. *Abhandlungen...*, p. 3: "Nicht hat sich der Gegenstand nach der Methode, sonder die Methode nach dem Gegenstand zu bestimmen".

18. *ZStW* 51/701, 1931 (citado segundo o texto de *Abhandlungen...*, p. 17: "Vielmehr ist uns der Wert eine Bezogenheit des Gegenstandes auf ein Ich, dem etwas 'Wert' ist". *Der Gerichtssaal* 103/340, 1933 (citado segundo *Abhandlungen...* p. 25: "Der ontologisch bestimmte Gegenstand ist nur der 'Träger' des Wertes, aber nicho der pert selbst". Neste ponto Welzel distancia-se dos que pensam que os valores são imagens irreais de sentido com validade (*irreal geltendes Sinngebilde*), como Rickert, ou uma qualidade ideal existente de sentido (*idealseiende Sinn-Qualität*), como Hartmann ou Scheler, ver *Abahandlungen...*, p. 17. Engisch, em *Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift f. Eduard Kohlrausch*, 1944, p. 141 et seq., considerou que a teoria da ação finalista significava o retorno da teoria do direito penal a um "idealismo objetivo" (*zu einem objektiven Idealismus*) no sentido de Dilthey, logo de um longo passo pelo "naturalismo" (p. 149). É duvidoso que a identificação de Hartmann com a filosofia de Dilthey seja correta (ver: J. Hirschberger. *Geschichte de Philosophie*. 3. ed. 1980. II, p. 583 et seq. e 606 et seq.). Por sua parte Welzel tem apresentado sua teoria da ação como uma conseqüência do realismo, ver: *ZStW* 51/701 et seq., 1931 (*Abhandlungen*, p. 7 et seq. [9]).

ação reduzida à causalidade de uma vontade sem conteúdo resultava incompatível com o contexto filosófico dessa época. Em primeiro lugar, a filosofia dava uma especial significação à diferença entre a determinação causal (natural) do mundo e a determinação dos acontecimentos que era conseqüência da "posição do homem no cosmos".[19] Em segundo lugar, uma noção de vontade carente de conteúdo era incompatível com as idéias sobre consciência que desde várias décadas estava expondo a fenomenologia: a consciência era entendida como uma propriedade da experiência que se expressava na inseparabilidade essencial de seu conteúdo. "Nós entendemos por intencionalidade – dizia Husserl, a quem se referia em seu primeiro trabalho Welzel – a característica da experiência de ser *consciência de algo* (...)".

Então fazia tempo que a dogmática iniciada por Von Liszt e Beling encontrava-se à defensiva. Três questões apareciam como fundamentais: 1. a do conceito unitário de ação; 2. a da limitação da causalidade e a correta caracterização do nexo entre a ação e a obra do autor; e 3. a do critério da relação entre a ilicitude e a culpabilidade com os elementos objetivos e subjetivos da ação.

1. A crise da teoria causal da ação, *forma sensível de intervenção causal sobre o mundo exterior* começa – no âmbito dogmático –, com *os problemas da causalidade da omissão*, considerados por Radbruch (1904),[20] que demonstra a impossibilidade de um conceito geral unitário de ação que possa abarcar tanto as ações como as omissões.[21] A conclusão de Radbruch deixava claro que a teo-

19. Ver: Max Scheler. *Die Stellung des Menschen im Kosmos*, 1928 (14. ed. Bovier Verlag-Bonn, 1998) p. 11 et seq. Em numerosos pontos Welzel tem destacado este aspecto. Na Itália destaca este aspecto M. Romano, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, I, Pre-art. 39, 29.

20. Op. cit., nota 3.

21. Em suas edições posteriores, ver *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23. ed., 1921, p. 123, Von Liszt, acreditou resolver o problema recorrendo ao conceito de conduta no mundo exterior (*Verhalten zur Aussenwelt*). O conceito de conduta, abarcador da ação positiva e da omissão, já havia sido proposto por Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, II, 1894/1917, p. 55: "Ich brauche mit Absicht den etwas wagen Ausdruck 'äusseres Verhalten', um damit anzudeuten, das san sich auch die gewollte unterlassungunter unsern allgemeinen Handlungsbegriff fällt". Eb. Schmidt,

ria causal da ação não podia ser o conceito superior comum de *todas* as formas de delito, pois desde um ponto de vista causal ação e omissão não poderiam constituir uma unidade conceitual.[22]

Conseqüentemente, cabia pensar num conceito material de delito no qual a distinção entre ação e omissão atravessara todo o sistema dividindo-o em duas partes, como já alguns haviam proposto.[23] Portanto, a diversidade essencial da ação e omissão abria o caminho para pensar em um sistema não unitário da teoria do delito. Em realidade, o *verdadeiro problema* era o de se estabelecer a falta de unidade somente afeta a ação, como tal, ou à ilicitude, como logo veio a propor implicitamente Welzel com a separação do ilícito do delito doloso e do delito culposo,[24] e a completar Armin Kaufmann com a dogmática dos delitos de omissão e, na Itália, Marinucci[25] ao propor a construção separada dos diversos tipos penais (ativos/omissivos/ dolosos/culposos).

2. Porém não somente a teoria causal da ação como conceito superior e geral do sistema (*oberster Begriff des Systems*) era colocada em dúvida. Também a causalidade como princípio de imputação estava em crise.[26] Isso afetava em verdade à teoria da ação, pois a questão vinculava-se basicamente com a aptidão do conceito naturalista de ação, para ser a pedra angular do sistema jurídico penal a

introduziu uma importante modificação em Von Liszt/Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26. ed., 1932, p. 154: conduta a respeito do mundo social exterior ("Verhalten zur sozialen Aussenwelt").

22. Radbruch, op. cit., nota 3, p. 141 et seq. Ver também: Liszt/Schmidt, *Lehrbuch*, 1932, p. 172; M. E. Mayer, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 2. ed., 1923, p. 141 et seq., p. 136, 140, 149; Sauer, *Grundlagen...*, p. 447 et seq.

23. Ver a referência de Radbruch, op. cit., nota 3, p. 142 et seq.

24. Ver *ZStW* 58/491 et seq., 1939 (*Abhandlungen...*, p. 132 et seq., 172 et seq.).

25. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959. Na dogmática italiana ver: Marinucci. *Il reato come azione*, 1971. p. 123 et seq. Ver também: Marcello Gallo. *La teoria della azione finalistica*, 1967. p. 29 et seq.

26. Cf. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 72 et seq.; Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, 1927, p. 76 et seq.; M. E. Mayer, op. cit., nota 23, p. 141 et seq.

que se referiam a tipicidade, a antijuricidade e a culpabilidade, especialmente para expressar a significação social do fato.[27]

A *crítica da causalidade e a idéia de sua substituição por um nexo de imputação não causal* ou, em todo caso não puramente mecanicista, teve em Kelsen um primeiro expoente no âmbito da teoria geral: "A conexão – dizia Kelsen – entre um fato do ser (*Seintatbestand*) e um sujeito, baseada em uma norma, é a imputação. Esta tem uma natureza própria completamente independente de uma conexão causal ou teleológica de elementos".[28]

No âmbito da dogmática jurídica expuseram-se idéias paralelas, que, sem negar a causalidade como tal, respondiam à mesma questão: caracterizar as conexões causais *relevantes* para o direito penal. O ponto de partida consistia na distinção do fato próprio do autor a respeito da causalidade. Em geral a resposta baseou-se na correção da causalidade mediante critérios normativos ou próprios da responsabilidade penal. Nesse sentido já M.E. Mayer sustentou a necessidade de corrigir a causalidade mediante critérios de responsabilidade no marco da culpabilidade.[29] Também Frank[30] introduziu pontos de vista normativos, para corrigir a extensão do nexo causal, com sua tese da proibição de regresso (*Regressverbot*). Eb. Schmidt[31] manteve um ponto de vista similar. Em outra linha argumental, porém com o mesmo propósito teórico, Von Hippel[32] recorreu à teoria da causalidade adequada.

27. Radbruch. *Fest. f. Frank*, I, 1930. p. 161.

28. Op. cit., nota 27, p. 72: "Die auf Grund einer Norm vorgenommenene Verknüpfung zwischen einem Seinstatbestand und einem Subjekt ist die Zurechnung. Sie ist eine ganz eigenartige, von der kausalen und teleologischen völlig verschiedene und unabhängige Verknüpfung von Elementen". Sobre a tese de Kelsen, ver o interessante comentário de R. di Giorgio, *Azione e imputazione*, 1984, p. 255.

29. Op. cit., nota 24, p. 140, 142.

30. *StGB*, 18. ed., 1931. p. 14.

31. Em Von Liszt/Schmidt, 1932, p. 166 no mesmo sentido que Frank.

32. *Deutsches Strafrecht*, II, 1930, p. 147.

No entanto, às idéias mais recentes foram as que sublinharam o valor do pensamento teleológico para a superação do problema da causalidade. Especialmente claro neste ponto foi Honig[33] que introduziu o critério da finalidade objetiva possível (*objektive Zweckhaftigkeit*), determinante da relevância da causalidade e, portanto, do juízo objetivo de imputação.[34] Este juízo de imputação, segundo Honig, refere-se a "se a atuação da vontade e do resultado podem ser vistos como uma 'totalidade teleológica', ou seja, se o resultado como 'objeto possível da vontade' era por ela dominável".[35]

Também a crítica da causalidade de Larenz tinha por objetivo a substituição da causalidade como princípio da imputação baseando-se em uma concepção causal do fim do autor. Nesse sentido, em lugar da simples causalidade natural Larenz propôs o *princípio da previsibilidade*. Para Larenz: "A tarefa da imputação objetiva é a distinção do fato próprio a respeito da casualidade. Esta tarefa tem que ser solucionada a partir do conhecimento das características da causalidade da vontade (*Willenskausalität*), causalidade do fim (*Zweckkausalität*) (...)", pois, conclui, "a relação com o fim gera, portanto, a imputabilidade do acontecimento".[36] A imputação objetiva, em conseqüência, "não se limita ao realmente previsto por um autor, e sim, que é necessário fazer da possibilidade de previsão o princípio da imputação".[37]

Entre todas estas propostas deve-se destacar, por sua proximidade com o ponto de partida de Welzel, não obstante, as diferenças teóricas que as separam,[38]

33. *Festgabe für Frank*, 1930, I, p. 174 et seq.

34. Ver Honig, op. cit., nota 34, p. 179.

35. Op. cit., nota 31, p. 196: "(...) gerade darauf bezieht sich das Zurechnungsurteil: Ob die Willensbetätigung nach der Erfahrung als geeignetes Mittel zur Herbeiführung des Erfolges, ob Willensbetätigung und Erfolg als 'teleologisches Ganzes' angesehen werden kann, der Erfolg als 'Gegenstand des Willens möglich', d.h. von ihm beherrschbar war".

36. *Hegls Zurechnungslehre*, 1927. p. 76.

37. Op. cit., nota 37, p. 77.

38. Ver a crítica de Welzel às teorias da causalidade que, como a teoria da causalidade adequada, deviam introduzir na causalidade um princípio axiológico em *ZStW* 51/703 et seq., 1931 (*Abhandlungen...*, p. 9 et seq.).

Honig chegou a vislumbrar a possibilidade de que os esforços por uma limitação da responsabilidade baseada na causalidade desembocariam um novo conceito de ação.[39] Precisamente a teoria finalista levou ao fim esta tarefa, pois constituiu uma nova teoria da ação capaz de assumir a função de limitar os alcances da mera causalidade natural mediante a incorporação ao ilícito do desvalor de ação. Welzel pôde manter, desta maneira, sua concepção das relações entre o valor e o objeto valorizado.

3. Por último deve-se destacar que também o critério de distinção entre ilícito e culpabilidade no que se baseava o sistema de Von Liszt e Beling já não respondia às concepções dogmáticas da época. O acento da filosofia sobre a especial posição do homem no mundo e sua relação com os acontecimentos puramente naturais e com outros seres vivos influíram também nas novas concepções dogmáticas. Isso se viu favorecido pela aceitação de elementos subjetivos no tipo, o que rompeu com o axioma do objetivo na ilicitude; e do subjetivo na culpabilidade".[40] A partir de então, a identificação do dolo com a finalidade e a distinção no marco da ilicitude de um desvalor de ação e de um desvalor de resultado já não constituía um problema dogmático insolúvel. Somente era necessário um fundamento metodológico plausível, além do mero texto legal, como o proporcionado pela descrição da determinação de acontecimentos reais pelo nexo final.

4. A teoria finalista da ação no contexto da crítica à teoria do direito penal do positivismo

Uma valorização do significado da teoria finalista da ação, elaborada por Welzel, somente pode ser terminada se compararmos com as alternativas teóri-

39. Op. cit., nota 31, p. 196: "Ob es wirklich der Sinn der auswählenden Kausalitätstheorien ist, Haftungsbeschränkungen aufzustellen, ob nicht vielmehr auch sie letzten Endes einen brauchbaren Handlungsbegriff anstreben, kann hier auf sich beruhen".

40. Ver Mezger, em *GS* 89/207 et seq., 1924; v. Weber, *Grundriss des Deutschen Strafrecht*, 1948, p. 54 et seq.; Radbruch, *Festgabe für Frank*, 158 et seq. [156]. Na teoria italiana, o critério de distinção objetivo/subjetivo foi especialmente defendido por Delitala, *Il fatto nella teoria del reato*, 1930, p. 18; também se recorreu a ele para criticar a concepção da causalidade humana de Antolisei, ver: Antolisei, *Il rapporto di causalità nella teoria del reato*.

cas conhecidas no tempo de sua formulação. Como se tem dito, a teoria finalista é um produto de uma época de pensamento crítico do sistema dogmático proveniente do positivismo. Esta crítica desenvolveu-se em duas direções diversas.

A primeira alternativa, recolheu o conselho de Radbruch de não interromper a linha da dogmática penal, mas sim de buscar "novos impulsos para continuar seu trabalho exitoso sobre os velhos problemas".[41] Sua concretização mais inovadora consistiu na reelaboração da dogmática do delito baseada no *direito penal de ato*, por meio de uma nova concepção da ação, proposta por Welzel, e, como vimos, vislumbrada por Honig. Nesse sentido, a teoria finalista da ação iria muito mais longe que a *teoria social da ação*,[42] dado que esta somente pretendia resolver o problema da unidade do conceito de ação, sem alterar a estrutura do sistema.

A alternativa foi a teoria (antiliberal) do *direito penal do autor*, que não pode ser entendida sem ter em consideração sua vinculação com uma nova concepção do Estado. Enquanto a teoria finalista não implicava numa revisão dos princípios (legitimantes) do direito penal liberal, uma linha do direito penal de autor, desenvolvido nas décadas de 30 e 40 na Alemanha, declarava abertamente sua pretensão de ser entendida como o fundamento de uma doutrina antiliberal do direito penal.[43]

Não é possível fazer aqui uma comparação exaustiva das implicações de cada uma destas alternativas críticas. Limito-me às mais significativas.

Perante tudo, o direito penal do autor dirigiu-se contra a distinção liberal de direito e moral e a atitude neutral do Estado a respeito da moral individual.[44] O princípio do autor, diz Bockelmann, manifesta-se no que o Estado não permanece neutro, mas que participa na atitude (*Gesinnung*), no pensamento

41. *Festgabe für Frank*, I, 1930, p. 158 et seq. [173].

42. Von Liszt/Schmidt, *Lehrbuch*, p. 154.

43. Dahm/Shaffstein, *Autorizares oder liberales Strafrecht?*, 1933.

44. Ver Bockelmann, *Studien zum Täterstrafrecht*, I, 1939, p. 65, 68, 69 e 71. Também: E. Wolf, *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 8; Dahm/Schafstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933.

e nas intenções (*Trachten*) de suas pessoas. Também Dahm e Schaffstein manifestaram-se claramente contra a racionalização do direito penal".[45] Pelo contrário, Welzel aclarou que a proteção de bens jurídicos por meio de valores de ação, relativo ao direito penal, não comporta uma modificação da distinção entre a ética e o direito.[46]

A teoria da ação como base de toda a construção dogmática do direito penal constituiu não somente uma clara decisão a favor do direito penal da ação, mas também, ao mesmo tempo, uma decisão a favor da manutenção da *função de garantia da lei penal*. Em sua teoria do conceito substancial da lei penal,[47] Welzel estabeleceu que a lei penal estrutura-se sobre os valores de ato, porém destacou que nestes "a proteção de bens jurídicos está incluída, de acordo com sua essência, como momento parcial condicionante"[48] e afirmou que "valor de ação e a tipicidade são conceitos correlativos".[49] Dito com outras palavras: a lei penal deve basear-se em descrições de fatos, precisamente porque sua meta é a proteção de bens jurídicos por meio da manutenção de *valores de ação*.

Pelo contrário, a teoria do direito penal do autor lutou contra a função de garantia da lei penal, pois seus defensores entendiam que uma caracterização do autor por meio de elementos normativos era incompatível com as descrições de fatos. Erik Wolf[50] destacou decididamente, nesse sentido, a necessidade de completar as deficientes descrições do fato delitivo contidas no direito escrito, os "tipos de fato", mediante uma "tipificação *judicial do autor*", reconhecendo que esta

45. Op. cit., nota 44, p. 26. Em sentido similar, Dahm, *Festschrift für Kohlrausch*, 1944, p. 1 et seq. (15).

46. Ver *Probleme der Strafrechserneurung, Festschrift für Eduard Kohlrausch*, 1944, p. 109: "Der Abstand zur reinen Ethik bleibt damit (...) unangetastet".

47. Op. cit., nota 47, p. 101 et seq. (107; 114).

48. Op. cit., nota 47, p.107: "In ihnen (in den Strafrechtssätzen) ist der Güterschutz als bedingendes Teilmoment wesensmässig mit enthalten".

49. Op. cit., nota 47, p. 114: "Aktwert und Tatbestandlichkeit sind Korrelativbegriffe".

50. Op. cit., nota 45, p. 21 et seq. [24].

proposição tinha que "comover fortemente a crença na segurança jurídica produto da descrição típica".[51] Também foi especialmente claro nesta linha argumental Bockelmann, para quem o intento de estabelecer um conceito de culpabilidade do autor "somente pode ser exitoso quando não se interpõem obstáculos político-jurídicos que proíbem o acesso jurídico ao ser pessoal do autor. Tais proibições regiam na época liberal, quando os requisitos da segurança dos cidadãos do Estado limitavam a responsabilidade jurídico-penal ao fato exterior".[52] "As ameaças penais dirigidas contra o autor – diz Bockelmann –[53] regem totalmente a respeito de tipos criminológicos, que não poderiam ser alcançados tipos de ação". Estes objetivos comportavam – na opinião de Welzel – a atribuição de uma posição da judicatura, própria da aplicação de medidas, porém imprópria da autêntica aplicação do direito que Welzel considerava essencial a respeito da lei penal.[54]

Engisch[55] acreditou encontrar uma certa analogia entre o conceito da teoria finalista e a noção de ação que Bockelmann considerou dentro de seu direito penal do autor e a tese sustentada por Welzel, em 1941, sobre a culpabilidade e a personalidade,[56] com a qual se fundamenta a culpabilidade do "delinqüente por tendência" (*Hangverbrecher*), do "autor emocional" (*Affekttäter*) e nos casos de culpa inconsciente (*unbewusste Fahrlässigkeit*). "Em todos estes supostos a culpabilidade do fato individual tem sua raiz num momento permanente, quer dizer, na estrutura defeituosa do nível da personalidade, em uma carência censurável do caráter", que Welzel

51. Op. cit., nota 45, p. 23: "Vom Boden dieser Erkenntnis aus ist heute der Glaube an die Rechtssischerheit shaffende Kraft der Tatbestandsbeschreibung Stara erschüttert".

52. Op. cit., nota 45, II, p. 146: "Erfolgreich kann der Versuch freilich nur sein, wenn keine rechtspolitische Hemmnisse bestehen, welche den rechtlichen Zugriff auf das menschliche Sein des Täters verbieten. Solche Verbote galten zu liberaler Zeit, als das Sicherheitsbedürfnis des Staatsbürgers die strafrechtliche Haftung streng auf die äusserlichhe Tat begrenzte".

53. Op. cit., nota 45, II, p. 150.

54. Op. cit., nota 47, 114 et seq.

55. *Festschrift für Kohlrausch*, cit., p. 141 et seq.

56. *ZStW* 58/491 et seq., 1941 (citado segundo *Abhandlungen*, p. 185 et seq.).

denomina "culpabilidade do autor".[57] A analogia apontada por Engisch, como se vê, tem tão pouco em comum com o direito penal do autor proposto por Bockelmann, como o tiveram as teorias da culpa que tentaram fundamentar o merecimento de pena da culpa inconsciente, ao menos, desde o século XIX.[58]

A teoria da ação finalista, por outra parte, não negou a tradição filosófica do século XIX, como o fizeram os teóricos do direito penal do autor.[59] A concepção do ilícito baseada no desvalor de ação e desvalor do resultado foi deduzida por Welzel da filosofia moral de Kant.[60]

Por último deve-se destacar a atitude de cada alternativa a respeito da tradição racionalista. A teoria do direito penal do autor tinha uma base irracionalista, enquanto a teoria final da ação manteve-se dentro da tradição racionalista. Nesse sentido, foram claros Schaffstein e Dahm quando criticaram o conceito de autor de Von Liszt como produto do "racionalismo e o positivismo naturalista":[61] "O ponto de vista tradicional considerou ao direito penal somente como meio para a luta contra o delito desde pontos de vista racionais adequados a essa meta."[62] "No Estado total (...) o direito penal não somente deve servir às necessidades práticas na luta contra o delito, e sim ao mesmo tempo, deve atender ao efeito imediato da pena como forma de impressionar a coletividade como prestígio [Ansehen] para o Estado."[63]

57. *Das Deutsche Strafrecht*, 11. ed., 1969, p. 150: "In allen diesen Fällen wurzelt die Schuld der einzelnen Tat in einem bleibenden Moment, nämlich in dem fehlerhaften Aufbau der Persönlichkeitsschicht, in einem vorwerfbaren Charakterschuld (sog. 'Täterschuld')". Sobre esta problemática ver também: Welzel, *Festschrift für Karl Engisch*, 1969, p. 91 et seq.

58. Ver a exposição das diversas teorias em: Exner, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910; Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 156 et seq.

59. Ver Dahm/Schaffstein, op. cit., nota 44 (passim), Bockelmann, op. cit., nota 45, p. 65 et seq.

60. Op. cit., nota 47, p. 104 et seq.

61. Dahm/Schaffstein. *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933. p. 15.

62. Op. cit., nota 62, p. 40: "Die überliefrte Ansicht betrachtet das Strafrecht unter rationalen zweckmässigkeitsgesichtspunkten nur als Mittel der Verbrechensbekämpfung".

63. Op. cit., nota 62, p. 41: "Im totalen Staat (...) hat das Strafrechts nicht nur den praktischen Bedürfnissen der verbrechensbekämpfung zu dienen, sondern zugleich diese Fernwirkung der

Também Welzel foi claro: "O conhecimento humano e os objetos, aos que este se dirige, estão submetidos à mesma legalidade, as categorias, cujo princípio mais geral denomina Kant 'entendimento puro'. O 'entendimento puro' não é patrimônio de um sujeito real, como o homem, mas sim (...) o princípio ou o critério de sua correção (...) do conteúdo racional ou da estrutura apriorística do objeto. Quando se diz que o entendimento cria suas leis não a partir da natureza, e sim que se as prescreve à natureza Kant, Prolegomena (Meiner), p. 82. § 36, resulta óbvio que não se faz referência a 'nosso' entendimento 'humano', mas sim ao entendimento puro. A natureza é, em tanto cosmos, como a unidade ordenada que verdadeiramente é, somente possível, porque está submetida a leis de ordem (racionais), que lhe 'prescrevem' sua unidade ordenada".[64]

Esta comparação das alternativas à teoria finalista na crítica da dogmática penal do positivismo permite afirmar que a decisão da ciência penal posterior em favor de um direito penal da ação tem dado razão a Welzel, pois a tese do direito penal do autor tem ficado totalmente abandonada. Em todo caso, parece claro que a teoria finalista da ação não é "um obstáculo difícil de salvar", caso se pretenda "oferecer uma sistemática inspirada nos princípios do direito penal liberal", como afirma T. Vives na Espanha, *Fundamentos do sistema penal*, 1996, p. 24, o conceito mesmo de ação tem sofrido mudanças significativas ao longo das décadas passadas, desde as primeiras propostas de Welzel, inclusive dentro do círculo de seus discípulos, porém a idéia fundamental do direito penal da ação implicada na teoria finalista tem sido ratificada por todo o desenvolvimento posterior da dogmática do delito.

Strafe, ihren Eindruck auf die Gesamtheit der Bürger, ihre Bedeutung für das Ansehen des Staates zu beachten".

64. Ahandlungen, p. 8; ver também Hirsch, *ZStW* 93/850, 1981; Jiménez de Asúa, *ZStW* 64/142 et seq., 1969.

5. A teoria da ação finalista e o sistema da teoria do delito

A teoria da ação finalista teve também implicações a respeito da estrutura do sistema da teoria do delito. O conceito "ontológico" de ação, proposto por Welzel, tinha a pretensão de predeterminar o conteúdo da ilicitude (*Unrecht*) e da culpabilidade. Nesse sentido, a função da teoria final da ação não diferia substancialmente da destacada teoria causal, no sistema então tradicional. Quando Von Liszt afirmava que, segundo a idéia fundamental de seu sistema, o delito é ação e que, portanto, "a ação é o gênero e o delito é a espécie" e que o conceito de *ação delitiva* determina-se pela diferença específica que contribuem a antijuricidade e a culpabilidade a respeito da "ação jurídica",[65] estabelecia –neste aspecto da questão – um ponto de partida extraordinariamente próximo ao de Welzel. Ambos ordenaram o objeto da ilicitude e da culpabilidade a partir de uma definição da ação *prévia* ao sistema dogmático do delito. A verdadeira diferença entre teoria causal e teoria final da ação está na definição do *gênero*, não em suas conseqüências para as *diferenças específicas* do conceito de delito. *Caso* admitindo a caracterização propugnada por Radbruch ambos os sistemas, o da teoria causal e o da teoria final, devem ser considerados *sistemas categoriais*.[66]

Porém, a crise da teoria causal da ação expôs um novo problema: o da relação recíproca entre a ação e o sistema, quer dizer da primazia da ação perante o sistema ou desta perante aquela. Os partidários do sistema tradicional compreenderam que a estrutura deste sistema podia ser salva, se o conceito de ação não fosse entendido como o determinante do conteúdo da ilicitude, mas sim, ao contrário, como produto desta.

Nessa discussão, a teoria finalista da ação configurou-se como alternativa aos sistemas teleológicos. Porém, provavelmente, a reformulação do sistema esteve tão vinculada à teoria da pena como à teoria da ação. Os partidários das

65. *Strafr. Vortr. u. Aufs.*, 1905, I, p. 238 et seq.

66. *Festgabe f. Frank*, 1930, I, p. 158 et seq.

teorias preventivo-especiais, seguramente majoritárias (exemplo mais claro: Radbruch), elaboraram um *sistema teleológico*, que devia satisfazer a necessidade político-criminal de punir "não somente o fato, como também ao *autor*". Nestes sistemas o conceito básico da teoria é a *realização do tipo* e "todos os elementos do delito terão que ser deduzidos da finalidade da pena, quer dizer, o conceito de delito terá que ser construído a partir do fim da pena".[67]

No entanto, a reformulação do sistema da teoria do delito em sua atual configuração não se reconduziu aos fins da pena, senão a outras premissas, cuja eleição só parece explicável por uma opção prévia a respeito da concepção da pena. A idéia de um sistema teleológico, cujas categorias foram deduzidas dos fins preventivos da pena, era irrealizável para os que sentiam a essência da pena em "o postulado da justa retribuição",[68] pois o conteúdo da ilicitude não podia ser derivado da finalidade da pena, se a esta não se reconhecia os fins que transcenderam a retribuição. Neste ponto, Welzel coincidia com outros programas reformadores do sistema tradicional que também não vinculavam as categorias do delito com a concepção da pena.

A pretensão de adequar o sistema a realidades sociais, entendidas no sentido de Welzel, partindo de uma concepção retribucionista da pena, orientou a reconstrução do sistema rumo a uma nova distribuição dos elementos objetivos e subjetivos em relação não somente à ilicitude, como também à culpabilidade.

Nesse ponto, a teoria da ação finalista chocava necessariamente com os axiomas do sistema tradicional. Precisamente, a questão da objetividade da ilicitude de seu objeto constituía um dos axiomas primordiais do sistema de Von Liszt,

67. Op. cit., nota 67, p. 156: "(...) die Merkmale des Verbrechens sind nunmehr alle aus dem Zwecke der Strafe abgeleitet, der Verbrechensbegrif vom Strafzweck aufgebaut". Ver a esse respeito na dogmática moderna: S. Moccia. *Il Diritto Penale tra Essere e Valore*, 1992. p. 77 et seq.; B. Schünemann. *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984. p. 45 et seq.

68. Welzel. *Das Deutsche Strafrecht*, 11. ed., 1969. p. 238: "Sie [die Strafe] ruht auf dem Postulat gerechter Vergeltung". Também Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3. ed. [sem modificações a respeito da de 1933], p. 481; no entanto, Mezger admitia, junto ao "princípio do fato", o "princípio do *autor*", ao que, de todo o modo, não lhe atribuía caráter essencial (p. 484); ver também: Maurach. *Deutsches Strafrecht*, 4. ed., 1971. p. 76.

pois permitia configurar um conceito de antijuricidade objetiva comum para o delito doloso e o culposo assim como para as penas e as medidas de segurança. No entanto, o axioma de "todo o objetivo à ilicitude e todo o subjetivo à culpabilidade" já havia sido parcialmente corrigido por Mezger, partindo de uma nova concepção das normas como normas de valorização (sem destinatário),[69] que não modificava a função comum da antijuricidade objetiva como pressuposto comum de penas e medidas. A tese de Mezger manteve a linha divisória fundamental, porém sublinhando que já não deveria ser um princípio sem exceções.[70] Portanto, "a ilicitude (*Unrecht*) orienta-se basicamente de forma objetivista; a culpabilidade basicamente subjetivista".[71] A partir de então, Mezger concluiu que dos fatos do direito positivo se deduzia que "a imputação de todos os elementos subjetivos da ação à culpabilidade é insustentável" e que "o limite da ilicitude (*Unrecht*) e a culpabilidade não se correspondem, em verdade, com o limite do objetivo e o subjetivo".[72] Esta conclusão foi compartida na Itália por Marcelo Gallo.[73]

A alternativa sistemática de Welzel *dividia* este ponto com a reformulação de Mezger, porém ia mais longe. Tanto um como outro sustentava – sem recorrer à teoria dos fins da pena – que o objeto da ilicitude era a ação e que o da culpabilidade residia em elementos alheios à ação. A discrepância básica se reduzia à caracterização do conceito de ação, porém não na função que a este conceito se atribuía em relação à ilicitude e a culpabilidade.[74]

69. *GS* 89/207 et seq. [239 et seq.], 1924.

70. Op. cit., nota 70, p. 257.

71. Op. cit., nota 70, p. 257: "Das Unrecht ist mithin grundsätzlich objektivistisch, die Schuld grundsätzlich subjektivistisch orientiert".

72. Op. cit., nota 70, p. 259: "Die Zurechnung aller subjeltiven Handlungselemente zur Schuld ist unhaltbar"; "Die Grenze von Unrecht und Schuld deckt sich also in Wahrheit nicht mit der Grenze von Objektivem und Subjektivem".

73. *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente doctrina tedesca*, 1967. p. 12 et seq. [17].

74. Ver sobre a função do conceito de ação: W. Maihofer. *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953; Armin Kaufmann. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982

Neste marco, a razão de ser das diferenças a respeito do conteúdo da ilicitude em um e outro sistema apresenta-se como uma questão do *método* para a determinação do conceito de ação. Mezger deduzia o objeto da ilicitude e da culpabilidade, a noção de norma, a estrutura dos tipos contidos na lei e a estrutura da justificação baseada na ausência de interesse e no interesse preponderante.[75]

A teoria finalista da ação, pelo contrário, partiu da identificação da realidade jurídica com a "realidade da vida prática"[76] e considerou que o objeto da ilicitude e da culpabilidade não está determinado pelas normas de direito, e sim, inverso, é a ação, "como fenômeno social", "como ação ético socialmente significativa",[77] como "ser valioso",[78] que determina o objeto possível da ilicitude e da culpabilidade.[79]

Em todo caso, na teoria da ação finalista nunca ficou claro até que ponto a teoria da ação era verdadeiramente prévia à teoria da ilicitude e da culpabilidade. O sistema da teoria finalista, como qualquer dos sistemas modernos da teoria do delito, não pôs em dúvida o ponto de partida realmente indiscutido do moderno sistema: a distinção entre ilicitude (grave perturbação da ordem social) e culpabilidade (responsabilidade pela mesma).

A distinção proposta por Welzel entre ação, como determinação final do fato, e a *decisão* de realização da ação segundo o valor é demonstrativa disto, pois só pode ser explicada pela necessidade de manter a distinção entre ilicitude

[*Tübinger Antrittsvorlesung*, 1962], p. 33. Também K. Otter, *Funktionen der Handlungsberiffs im Verbrechensaufbau?*, 1973.

75. Op. cit., nota 70, p. 260 et seq.

76. Welzel. *Abhandlungen*, p. 124.

77. Welzel. *Abhandlungen*, p. 125: "Die Handlung als soziales Phenomen"; "Die sozialethisch-bedeutsame Handlung".

78. Welzel. *Abhandlungen*, p. 104 (*Naturalismos und Wertphilosophie*).

79. *Strafrecht und Philosophie* [1930], citado segundo *Abhandlungen*..., p. 1 et seq. (p. 3): "Nich hat sich der Gegenstand nach der Methode, sondern die Methode nach den Gegenstand zu bestimmen".

e culpabilidade.[80] Esta distinção não só afetava a pretensão de incluir no conceito de ação a dimensão significativa (*Sinndimension*), como o destacou Roxin,[81] como também, a concepção "ontológica" mesma da ação como fenômeno da ética social.

De toda forma, o ponto de partida metodológico da teoria finalista, a suposição de uma prioridade do conceito "ontológico" de ação e da diferenciação entre a determinação final e a decisão do autor de acordo com o valor (ou desvalor)[82] a respeito do conteúdo da ilicitude e a culpabilidade, permitiu uma profunda renovação da estrutura da teoria do delito. Esta transformação dificilmente haveria sido possível com os outros pontos de partida da dogmática dominante nos anos 30 e 40. Não apenas da configuração diferenciada do tipo do delito doloso e do tipo dos delitos culposos. Também tem especial importância a configuração da culpabilidade como "decisão da vontade a favor do valor menor (desvalor) em prejuízo do valor superior",[83] que permitiu dar origem às bases para outorgar relevância ao erro sobre a proibição.

Paradoxalmente, os fundamentos "ontológicos" no que se baseou esta transformação do sistema dogmático não têm conseguido impor-se. Ainda mais, se poderia dizer que uma parte significativa dos discípulos de Welzel os tem abandonado[84] ou os tem modificado sensivelmente.[85] Dito de outra maneira: da teoria final da ação tem ficado quase *todo, menos a teoria da ação.*

80. Ver nesse sentido: W. Gallas. *ZStW* 67/14 et seq., 1955; G. Marinucci. *Il reato come azione*, 1971. p. 66 et seq.; C. Roxin. *Gedächtnisschrift f. Radbruch*, 1968. p. 260 et seq.; e *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p.72 et seq. [*ZStW* 74/515 et seq., 1962].

81. Op. cit., nota 81, p. 83.

82. Ver: *Abhandlungen*, p. 130 et seq.

83. *Abhandlungen*, p. 131: "Das Schuldmoment bei der finalen Handlung betrifft die Entscheidung des Willens zugunsten des niederen Wertes (Unwertes) entgegen dem höheren Wert".

84. Ver:. D. Zielinski. *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973. p. 120 et seq.; Jakobs. *Festschrift f. Welzel*, 1974. p. 307 et seq.; e *Strafrecht*, AT, 2. ed., 1991, p. 123 et seq.

85. Ver: Stratenwerth, *Strafrecht*, AT I, p. 75 et seq. Também *Festschrift f. Welzel*, 1974, p. 289 et seq.

Como se explica que sobre essas bases tenha sido possível construir um sistema cuja estrutura é, ao menos, aceitável também desde outras perspectivas metodológicas? A resposta parece clara: em realidade, o sistema da teoria do delito não dependia da teoria da ação, e sim de muitos outros elementos prévios inclusive da mesma. A teoria da ação finalista não colocou em dúvida a distinção fundamental das diversas categorias do sistema (tipicidade, antijuricidade e culpabilidade), só modificou seu conteúdo. O sistema proposto por Welzel implicava diversos *preconceitos*. Uns de natureza *filosófica*, considerados como um contexto prévio e necessário para a orientação do pensamento jurídico: uma concepção da realidade humana como claramente diferenciada da natureza e de outros seres vivos, entendida como realidade ética jurídica, a distinção entre determinação final e a decisão de acordo ao valor e a pena como justa retribuição. Outros, que poderiam denominar-se *jurídico-metodológicos*, seria a configuração do sistema dogmático segundo esta imagem da realidade ético-social, a função do direito penal como proteção de bens jurídicos por meio dos valores da ação e a necessidade de distinguir entre ilicitude e culpabilidade.

Em quase todos estes pontos, porém, sobretudo nos *preconceitos filosóficos*, existem atualmente pontos de vista alternativos, que são a conseqüência do desenvolvimento do pensamento social. No entanto, o desenho básico do sistema de Welzel se mantém. O tempo obriga a reduzir nossa análise somente a propostas sistemáticas mais significativas de Roxin e Jakobs. Na proposta de Roxin,[86] o contexto filosófico tem sido substituído pela teoria dos fins da pena, a responsabilidade não se baseia na possibilidade de obrar de outra maneira, porém – sem recorrer a seu sentido "ontológico" – mantém-se implicitamente a distinção entre a determinação do acontecimento pela vontade e a decisão de atuar de acordo com a ordem jurídica. Na proposta de Jakobs,[87] o contexto filosófico tem uma

86. *Krimalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970; *Strafrecht*, AT, 3. ed., 1997. p. 143 et seq.

87. *ZStW* 107/843, 1995; *Strafrecht*, AT, 2. ed.; *Norm, Person, Gesellschaft*, 1997.

certa proximidade com a teoria dos sistemas de Luhmann, na qual, de todos modos, introduz modificações; a sociedade pode ser construída como uma "conexão comunicativa" sem que isso prejulgue sobre sua forma concreta e a função do direito penal coincide com sua função social e é definida como "a manutenção da identidade do sistema social", a pena como "a demonstração da validade da norma a custo do autor" e a distinção entre ilicitude e culpabilidade mantida como necessária. Em ambos os casos a estrutura *externa* do sistema é similar.[88] No entanto, o importante é que em ambos os casos, seus pontos de partida determinam soluções diversas em certas questões particulares (por exemplo: Roxin sustenta a teoria limitada da culpabilidade no erro de proibição; Jakobs elabora os princípios da responsabilidade em duas grandes categorias: a responsabilidade pela organização e a responsabilidade institucional).

88. A distinção entre ilicitude e culpabilidade tem tido uma notável permanência na dogmática, não somente alemã. No entanto, na atualidade não está fora de toda dúvida. Jakobs tem dado um certo apoio a uma teoria indiferenciadora quando afirmou que "o tratamento da ilicitude não culpável não é uma função genuína do direito penal" (*ZStW* 107/864, 1995). Lesch, *Der Verbrechenbegriff*, 1999, tem tentado uma ambiciosa revisão das distinções categoriais da teoria do delito. Provavelmente, nos dois casos trata-se de colocar em dúvida uma teoria do delito cunhada sobre um sistema de dupla via: Sobre o sistema de dupla via e o fundamento da distinção ilicitude/culpabilidade ver: E. Bacigalupo. In: Barbero Santos. *Estudios de Derecho Penal em homenagem ao Professor Luis Jiménez de Asúa*. edição de 1986. p. 61 et seq.

Sistema penal e publicidade enganosa*

Maria Lúcia Karam

Juíza de Direito aposentada-RJ. Ex-Juíza Auditora da Justiça Militar Federal. Membro da Associação Juízes para a Democracia.

Sumário: 1. Introdução – 2. A idéia de crime: relatividade de seu conceito substancial – 3. O sistema penal e a manipulação da linguagem – 4. Os meios massivos de informação e a ampliação do discurso demonizador – 5. As falsas crenças no sistema penal: o "criminoso" como "bode expiatório" – 6. As falsas crenças no sistema penal: o vazio do discurso sobre a impunidade – 7. O sistema penal e a produção de injustiça – 8. O sistema penal e a reprodução de situações conflituosas e fatos negativos – 9. Conclusão.

Resumo: A partir da consideração de elementos constitutivos das definições da publicidade enganosa ou abusiva, objeto de criminalização no Código de Defesa do Consumidor, surge a crítica ao sistema penal, com o desnudamento das falsas idéias e do discurso demonizador que o sustentam.

Palavras-chave: crime; sistema penal; poder de punir; injustiça; abolicionismo.

1. Introdução

Há alguns anos, pouco tempo depois da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que trouxe todo um título dedicado a matéria penal, criminalizando condutas, entre as quais, no art. 67, a publicidade

* Texto extraído de palestra proferida no III Simpósio de Direito Penal para Mato Grosso do Sul, realizado em Campo Grande, em outubro/novembro de 2003.

enganosa ou abusiva, registrei o paradoxo representado por essa criminalização em um ensaio que intitulei "A fantasia do sistema penal".[1]

O paradoxo efetivamente surge quando se pensa no controle social formal realizado através do sistema penal. As definições da publicidade dita enganosa ou abusiva, vindas nas regras do art. 37 e seus parágrafos da Lei 8.078/1990,[2] poderiam facilmente se aplicar às idéias utilizadas na divulgação e na sustentação desse instrumento concretizador do poder do Estado de punir.

A intensa e eficaz publicidade que anuncia o sistema penal como se fora um "produto-serviço" destinado a fornecer segurança, tranqüilidade, paz social se faz exatamente como descrito naquelas regras, com a omissão de dados essenciais, com a divulgação de informações, inteira ou parcialmente falsas, capazes de induzir em erro a respeito da natureza, características, qualidade, origens, propriedades, ou de incitar à violência e explorar o medo.

2. A idéia de crime: relatividade de seu conceito substancial

A omissão de dados essenciais e a divulgação de informações inteira ou parcialmente falsas, capazes de induzir em erro, parte da própria idéia de crime.

Fala-se genericamente em crime como se tal expressão pudesse traduzir um conceito natural, que partisse de um denominador comum, presente em todo tempo ou em todo lugar.

1. O ensaio "A fantasia do sistema penal" foi incluído em meu livro *De crimes, penas e fantasias*, Rio de Janeiro: Luam, 1991.

2. "Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1.º. É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2.º. É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3.º. Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço."

Mas, na realidade, crimes são meras criações da lei penal, não existindo um conceito natural que os possa genericamente definir. O que é crime em um determinado lugar, pode não ser em outro; o que hoje é crime, amanhã poderá não ser.

Pense-se, por exemplo, nas relações homossexuais que, ainda em meados do século XX, eram criminalizadas em diversos países europeus, enquanto hoje, ao contrário, advoga-se a criminalização de condutas de quem pratique discriminação motivada pela rejeição a tal orientação sexual.

Além de sua relatividade no espaço e no tempo, as condutas criminalizadas não são naturalmente diferentes de outros fatos socialmente negativos ou situações conflituosas, que, em um lugar e em um momento histórico determinados, ficam fora do campo de intervenção do sistema penal.

Pense-se nas substâncias psicoativas. A globalizada política proibicionista determina a produção de leis penais que criminalizam condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo de algumas dentre as inúmeras substâncias psicoativas conhecidas. As substâncias psicoativas, que, assim selecionadas, recebem a qualificação de drogas ilícitas (como a maconha, a cocaína, a heroína etc.), não têm natureza diversa de outras substâncias igualmente psicoativas (como a cafeína, o álcool, o tabaco etc.), destas só se diferenciando em razão da artificial intervenção do sistema penal sobre condutas a elas relacionadas.

Todas as substâncias psicoativas, lícitas ou ilícitas, provocam alterações no organismo e dependendo da forma como forem usadas, podem eventualmente causar danos, não sendo, assim, esta a razão da diferenciação entre umas e outras. Tampouco as drogas, hoje qualificadas de ilícitas, foram sempre tratadas desta forma. A cocaína, por exemplo, nos primeiros anos do século XX, ainda era livremente vendida em farmácias. Por outro lado, drogas, hoje lícitas, já foram ilícitas, como o álcool, nos Estados Unidos da América, no período de 1920 a 1932, quando em vigor, naquele país, a chamada "Lei Seca".

Sobre esta relatividade da idéia de crime, sempre vale lembrar do texto de Hulsman:

"O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência, a fabricação de moeda falsa, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado etc.? Você não descobrirá *qualquer* denominador comum na definição de tais situações, nas motivações dos que nelas estão envolvidos, nas possibilidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou à tentativa de acabar com elas. A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência *formal* do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato delas serem definidas como 'crimes' resulta de uma decisão humana modificável (...). Um belo dia, o poder político para de caçar as bruxas e aí não existem mais bruxas. (...) É a lei que diz onde está o crime; *é a lei que cria o 'criminoso'*" (grifos no original).[3]

A criação do "criminoso", de que fala Hulsman, se faz a partir da seleção das situações conflituosas ou dos fatos socialmente negativos que, sendo objeto da lei penal, vão ser chamados de crimes, constituindo, pura e simplesmente, uma decisão política, que traduz uma manifestação de poder do Estado. O que dita esta decisão política não é, como se divulga, a proteção dos indivíduos, mas sim a instrumentalização do exercício do poder, em sua expressão punitiva, de forma a proporcionar uma disciplina social que resulte funcional para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global de uma formação social historicamente determinada.

3. O sistema penal e a manipulação da linguagem

O exercício do poder do Estado de punir apóia-se em um discurso, que tem sua tônica na desinformação e na exacerbação da forte carga emocional que, desde

3. Louk Hulsman. *Penas perdidas*. Edição em português. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 63-64.

a linguagem, é passada pelo sistema penal. Hulsman classifica essa linguagem particular como um dialeto penal,[4] um discurso da repressão a dramatizar, demonizar e isolar pessoas e acontecimentos, assim ocultando seus reais predicados e características.

A dramatização e a demonização já se expressam naquela própria idéia generalizadora de crime, cuja funcionalidade política é manifesta. A carga emocional permite uma simplista identificação das idéias de violência e insegurança à criminalidade. Esta identificação, entre outras coisas, acaba por ocultar o caráter produtor de violência e insegurança de outros fatos não criminalizados e não criminalizáveis, quantitativa e qualitativamente mais danosos. Inseguranças decorrentes da violenta política mundial, que condena à miséria e exclui mais e mais pessoas do acesso a básicas necessidades de moradia, saúde, educação e trabalho são minimizadas pela conveniente idéia de que as maiores ameaças à sobrevivência provêm de ações individualizadas de estupradores, seqüestradores, assaltantes ou homicidas.

Mas, o discurso dramatizador e demonizador vai além, criando e consolidando palavras ocas, de significado desvirtuado ou indefinido, que contêm uma carga emocional ainda mais elevada. A idéia de crime passa a ser assim associada a algo misterioso, poderoso e incontrolável por meios regulares, propiciando a aceitação do emprego de quaisquer meios para enfrentar os perigos anunciados.

É nesta linha que surge, se instala e se consolida, a partir da década de 90, a expressão "crime organizado", com que se pretende passar a idéia de uma suposta espécie nova de criminalidade, dita globalizada, transnacional, poderosa.

O vazio de tal expressão não é percebido. É ela simplesmente repetida e interiorizada, sem que se atente para o fato de que jamais se conseguiu estabelecer – até porque não há como fazê-lo – qualquer definição, com um mínimo de cientificidade, que traduza seu conteúdo.

4. Vejam-se, especialmente, na obra citada na nota anterior, as observações constantes nas p. 95-96.

Tenta-se apontar características que seriam dadas por uma estrutura empresarial ou por supostas infiltrações nos aparelhos do poder político, mas não se consegue chegar a uma definição. Na realidade, toda conduta, criminalizada ou não, que não se limite a ser uma reação instantânea ou instintiva a determinada situação, tem um componente de organização que se manifesta especialmente quando se têm condutas que reúnem mais de uma pessoa, com uma finalidade comum, o que ordinariamente acontece, seja no campo das condutas lícitas, como no das ilícitas.

A expressão "crime organizado" (ou "criminalidade organizada") não tem nenhum significado particular, apenas servindo para assustar e permitir a produção de leis de exceção, aplicáveis ao que quer que se queira convencionar como sendo uma suposta manifestação de um tal imaginário fenômeno.

Na mesma linha, foi criada e consolidada a expressão "narcotráfico". Tal expressão surgiu na década de 80, com a política norte-americana de "guerra contra as drogas", que elegeu um agente externo – os produtores e distribuidores dos países latino-americanos – como o inimigo a ser enfrentado. A expressão "tráfico", que tem o sentido de negócio ilegal, já traz uma forte carga emocional que a diferencia da expressão equivalente "comércio ilegal".

A partir da "guerra contra as drogas", adicionou-se à expressão "tráfico" o uso do radical da palavra inglesa *narcotics*, que, estando presente também em outros idiomas, permitiu, ao mesmo tempo, uma uniformização de linguagens e uma maior carga emocional, referida às atividades de produção e distribuição das drogas qualificadas de ilícitas. A expressão "narcotráfico" passou, então, a ser acriticamente repetida e interiorizada, sem que se perceba – ou se queira perceber – o descompromisso com a realidade e com a ciência, embutido em tal distorcido e funcional uso da linguagem. Para criar o útil e exacerbado clima emocional, passa-se, tranqüilamente, por cima do fato de que o alvo principal da política proibicionista era e continua sendo a cocaína, que, como não se pode

ignorar, não é um narcótico (substância psicoativa depressora do sistema nervoso), tratando-se, ao contrário, de um evidente e conhecido estimulante.

4. Os meios massivos de informação e a ampliação do discurso demonizador

A associação da idéia de crime a algo misterioso, poderoso e incontrolável por meios regulares, mediante a manipulação da linguagem, decerto, não é nova. O discurso demonizador que, hoje, se vale especialmente das ocas expressões "criminalidade organizada" e "narcotráfico", para viabilizar legislações de exceção, outrora já se valeu das expressões "bruxaria" e "heresia", que, à sua época, eram igualmente apresentadas como um "mal universal" a ser enfrentado com medidas excepcionais.

A novidade, nestes tempos pós-modernos, é o significativo reforço do distorcido, dramático e demonizador discurso da repressão penal, dado pelo eco advindo da intensificada divulgação pelos meios massivos de informação de condutas socialmente negativas ou conflituosas qualificadas como crimes.

Os habitantes do mundo pós-moderno já se acostumaram a apreender o real por meio da intermediação midiática, já se acostumaram a trocar as experiências diretas da realidade pelas experiências do espetáculo da realidade, a trocar até mesmo sua identificação, sua comunicação e muitos de seus afetos por vivências transmitidas e emoções formadas pela televisão, pelas revistas, pelos jornais. As condutas criminalizadas passam a ser, assim, apreendidas através deste espetáculo da realidade, que se torna mais próximo do que a própria realidade, dando àquelas condutas uma dimensão fantasiosa e artificialmente criadora de pânicos e histerias, alimentadores da demanda de maior repressão.

Remarque-se que, em situações em que se manifesta uma homogeneidade de comportamentos e significados, alcançando a maioria das pessoas, à exceção de um grupo visto como desviado, como ocorre com a idéia comum de

criminalidade, o poder de influência dos meios massivos de informação se agiganta, alimentando-se das atitudes homogêneas preexistentes, para reforçá-las e ativá-las, oferecendo um elemento de agregação e de consenso, que facilita a produção de uma falsa imagem da realidade, bem como sua aceitação e sua introjeção.

Amplamente divulgada a conveniente idéia de que as maiores ameaças à sobrevivência provêm de ações individualizadas de estupradores, seqüestradores, assaltantes ou homicidas, fortalecida a crença em um suposto aumento descontrolado do número de crimes e em um imaginado crescimento do perigo por eles provocados, estimulados os sentimentos de medo e insegurança, criado o fantasma da criminalidade – "organizada" ou "desorganizada" –, tem-se o campo propício para a penetração da publicidade, tão enganosa quanto intensa, que faz crer que, com a imposição de uma pena a individualizados responsáveis por identificados crimes, toda a violência, todos os perigos e ameaças, todos os problemas estariam solucionados, com a recuperação da paz, da tranqüilidade e da segurança, supostamente perdidas.

5. As falsas crenças no sistema penal: o "criminoso" como "bode expiatório"

A enganosa publicidade do sistema penal facilita-se pelas profundas e cômodas raízes em que se assenta a arraigada crença na reação punitiva e que permitem o desenvolvimento das nefastas e perversas fantasias que a alimentam.

A acrítica aceitação e a rápida introjeção da imagem de uma realidade assustadora, a ser enfrentada com a intervenção do sistema penal, correspondem a um desejo irracional de castigo sobre alguém que identificado como um "outro" aparece como diferente, pertencente a uma espécie apartada do comum dos indivíduos. A reação punitiva encontra neste desejo, por ela prontamente atendido, o amplo espaço assegurador do cumprimento de sua função simbólica de manifestação de poder.

Assentando-se no maniqueísmo simplista que divide as pessoas entre boas e más, as idéias de castigo, de punição, de afastamento do convívio social vêm atender à necessidade de criação de "bodes expiatórios", sobre os quais recaia o reconhecimento individualizado de uma culpabilização que não se quer coletivizada.

A necessidade de criação de "bodes expiatórios" remonta aos tempos mais distantes, mas é tanto maior quanto mais complexas as formações sociais e quanto mais profundos os desequilíbrios econômicos e sociais nelas gerados.

A identificação do "criminoso" em indivíduos isolados e facilmente reconhecíveis produz uma sensação de alívio. O "criminoso" é o outro. Quem não é processado ou condenado vive uma conseqüente sensação de inocência. A imposição da pena a um apontado responsável pela prática de um crime funciona como a "absolvição" de todos os não selecionados pelo sistema penal, que, assim, podem comodamente se auto-intitular "cidadãos de bem", diferentes e contrapostos ao "criminoso", ao "delinqüente", ao mau.[5]

6. As falsas crenças no sistema penal: o vazio do discurso sobre a impunidade

Não passando a imposição da pena de pura manifestação de poder, destinada a proporcionar uma disciplina social que resulte funcional para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global de uma dada formação social, e encontrando esta reação punitiva seu suporte e sua força ideológica na necessidade e no desejo de criação de "bodes expiatórios", logo se pode verificar que o sistema penal não se destina a alcançar todos os responsáveis pela prática das condutas criminalizadas.

5. Nesse sentido, há de sempre ser consultado o ensaio de Hans Magnus Enzensberger, "Reflexões diante de uma vitrine", publicado, em tradução de Beatriz Sidou, às páginas 9 a 22 do número 9 da *Revista USP*, mar.-maio 1991.

Ao contrário, sua real eficácia reside, exatamente, na excepcionalidade de sua atuação, decerto, não se fazendo funcional, para seus fins e fundamentos reais, uma reação punitiva que se abatesse sobre todos os responsáveis por condutas criminalizadas. Ao contrário, para a real eficácia do sistema penal é imperativa a individualização de apenas alguns deles, para que, sendo exemplarmente identificados como "criminosos", possam emprestar sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, do perigoso, e, assim, possibilitar, simultânea e convenientemente, o reconhecimento dos "cidadãos de bem" e a ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder.

A monopolizadora reação punitiva contra um ou outro responsável por situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, a que se dá a qualificação legal de crimes, gerando a satisfação e o alívio experimentados com a punição e a conseqüente identificação do inimigo, do mau, do perigoso, não só desvia as atenções como afasta a busca de outras soluções mais eficazes, dispensando a investigação das razões ensejadoras daquelas situações negativas, ao provocar a superficial sensação de que, com a punição, o problema já estará satisfatoriamente resolvido.

Pense-se, por exemplo, no que concerne às práticas de corrupção, em nossa história recente: o desvio das atenções provocado, seja pela satisfação com eventuais punições, seja pelas campanhas por que estas se efetuem, tiram de cena a discussão de questões como a instrumentalização do aparelho estatal e sua colocação a serviço de interesses privados (pessoais ou de grupos), a privatização de recursos públicos, as privilegiadas relações entre os detentores do poder econômico e o Estado, que, entre outros fatores, favorecem e determinam aquelas práticas.

É aí que se encontra um dos principais ângulos da funcionalidade do sistema penal que, tornando invisíveis as fontes geradoras da criminalidade de qualquer natureza, permite e incentiva a crença em desvios pessoais a serem combatidos, deixando encobertos e intocados os desvios estruturais que os alimentam.

Esta lógica do funcionamento localizado do sistema penal, a fazer da excepcionalidade de sua intervenção condição de sua própria existência, demons-

tra o vazio dos histéricos discursos, campanhas ou comissões criadas para combater a impunidade.

A impunidade não acontece apenas por questões conjunturais ou por deficiências operacionais. As estatísticas indicadoras do número reduzido de ocorrências que chegam a resultar em processos e, nestes, em condenações, sempre divulgadas como se fossem um retrato aberrante de um quadro excepcional a ser enfrentado com mais repressão, com maior aparelhamento das agências policiais ou da Justiça Criminal, com novas leis penais ou processuais penais, ou com investigações conduzidas por anunciadas comissões internas ou externas, na verdade, apenas refletem a realidade global de que o sistema penal somente se sustenta na medida de suas seletividade, incerteza e ausência de efetividade, a seleção de apenas alguns dos responsáveis por condutas criminalizadas, para que, processados e condenados, sejam exemplarmente identificados como "criminosos", constituindo-se em uma característica inseparável do funcionamento do sistema penal.

Vêm a propósito as observações de Pavarini a respeito da incerteza e da ausência de efetividade do sistema penal, referindo-se especialmente a um país central, a Itália:

"O primeiro nível de ausência de efetividade e incerteza situa-se na seleção da criminalidade perseguível porque manifesta. Recente pesquisa do Istat em tema de vitimização, concernente a alguns delitos contra a propriedade e contra a pessoa, estima uma propensão denunciatória, no âmbito nacional, em torno de 40%, o que significa que, considerados apenas estes crimes ditos predatórios (de todo modo, aqueles em que a propensão denunciatória é mais elevada), mais de 60% dos crimes ocorridos não chegam ao conhecimento das autoridades policiais. E fique bem claro que este percentual está na média dos outros países ocidentais.

Da criminalidade manifesta, uma mínima parte passa pelo segundo estágio, o da individualização dos responsáveis: na Itália, os crimes de autoria desconhecida são mais de 80% do total noticiado. E, também neste caso, a realidade italiana é, em tudo, similar ao que ocorre em outros lugares.

Em suma: de 100 delitos cometidos, menos de 40 chegam ao conhecimento do sistema de justiça penal e, destes, talvez não mais de três encontrem algum resultado processual, sendo que mais da metade é de sentenças sem julgamento do mérito e/ou absolutórias. (...) Resumindo: 100 delitos e, vá lá, um só condenado. E, tudo isto – nos ensina a penalogia – é absolutamente fisiológico. Se, em algum momento, o sistema de justiça penal tivesse que ser julgado sob uma ótica de produtividade – como tendem a fazer alguns tecnocratas retóricos que falam de 'justiça-empresa' – a falência já teria sido, há tempos, inexoravelmente declarada. Com efeito, não conheço nenhuma outra instituição tão dramaticamente ineficiente, que não consegue 'tratar' – preste-se atenção: em regime de monopólio – talvez nem mesmo um por cento de seu mercado"![6]

7. O sistema penal e a produção de injustiça

O limitado alcance do sistema penal, revelando a ineficácia da reação punitiva e a impossibilidade de cumprimento de seu anunciado fim – que a enganosa publicidade diz ser o de fornecer proteção, segurança, tranqüilidade, paz –, revela também a injustiça que lhe é inerente.

Valores que costumam fundamentar a intervenção do sistema penal, propagandeados como propriedades de tal anunciado "produto-serviço" – a igualdade perante a lei, a segurança, a punição do criminoso como realização da justiça – desmoronam diante de sua clientela restrita a um limitado número de violadores da lei penal. Uma tal intervenção, necessariamente seletiva, é, por isso mesmo, necessariamente injusta.

Mas, a injustiça, inerente ao funcionamento do sistema penal, acentua-se quando se considera que a reação punitiva, necessária e prioritariamente, se dirige aos membros das classes subalternizadas, aos excluídos, aos desprovidos de poder.

6. Massimo Pavarini. *Il "Grottesco" della Penologia Contemporanea*, seminário realizado, em 03.12.2002, no Doutorado do Centro di Studi sul Rischio – Università di Lecce.

Dada a função da pena de manifestação de poder de um Estado, que constitui fator da organização e do equilíbrio global de uma determinada formação social, a distribuição do *status* de criminoso, feita através de sua imposição, haverá de obedecer às regras básicas de distribuição de bens, vigentes naquela determinada formação social.

Nas formações sociais capitalistas, a regra básica e constante de todas as etapas de sua evolução é, como não se deve esquecer, a desigualdade na distribuição de bens. Um atributo negativo que, entre outras coisas, serve para a construção e propagação de uma imagem identificada ao mau, ao inimigo, ao perigoso, como ocorre com o *status* de criminoso, necessariamente haverá de ser, em tais formações sociais, distribuído, de forma preferencial, entre os membros das classes subalternizadas – hoje, no capitalismo da pós-modernidade, recaindo, mais especialmente sobre os excluídos da produção e do mercado –, da mesma forma que os bens e atributos positivos são preferencialmente distribuídos entre os membros das classes dominantes.

Como definitivamente mostrou Zaffaroni,[7] a retirada da cobertura de invulnerabilidade ao sistema penal dos membros das classes dominantes, ou daqueles que se colocam a seu serviço, só se dá em pouquíssimos casos, em que conflitos entre setores hegemônicos permitam o sacrifício de um ou outro que colida com o poder maior, a que já não sirva.

O sacrifício à prisão de um ou outro membro das classes dominantes ou de um ou outro que se coloque a seu serviço em nada altera o perfil global daqueles que são selecionados pelo sistema penal. A eventual imposição da pena a um ou outro membro das classes dominantes, ou a algum condenado enriquecido e, assim, supostamente poderoso, serve tão-somente para legitimar o sistema penal e melhor ocultar, sem maiores perdas, seu papel na manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação da formação social na qual surge. Aliás, que mágica

7. Veja-se especialmente seu *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires: Ediar, 1989.

poderia fazer com que os mecanismos repressores, acionados por este poderoso instrumento de manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação, invertessem a regra básica das formações sociais capitalistas, para, nelas, repentinamente, voltarem-se contra as classes dominantes?

A posição precária no mercado de trabalho, defeitos de socialização familiar, o baixo nível de escolaridade, presentes nas classes subalternizadas, não constituem, como se costuma apontar, causas da criminalidade, mas sim características com influência determinante na distribuição do *status* de criminoso, a dar o perfil global dos atingidos pelo sistema penal, especialmente daqueles que sofrem a mais visível e simbólica pena privativa de liberdade.

No Brasil, o intocado e intocável perfil dos que recebem o *status* de criminoso, a partir de tais características, é facilmente constatável, bastando um olhar para dentro dos muros e grades das prisões. De todo modo, alguns dados podem ajudar a reforçar este olhar.

Os Censos, periodicamente realizados pelo Ministério da Justiça, têm classificado como absolutamente pobres entre 90 e 95% dos internos no sistema penitenciário brasileiro. Este perfil aparece de forma ainda mais eloqüente, quando se consideram dados colhidos na região sul, em que o nível de vida das populações se encontra entre os melhores registrados no país. Em Censo realizado no Paraná em 1992, a posição precária no mercado de trabalho, quando da prisão, se expressava nos seguintes percentuais: 69% dos presos não tinham emprego fixo, sendo que 28% nunca tiveram carteira assinada; dos que estavam regularmente empregados, 26% trabalhavam na construção civil. Do total de presos, 95% ganhavam menos de um salário mínimo, quando da prisão. A baixa escolaridade também se revelou: 86% dos presos tinham apenas o primeiro grau incompleto. Dados encontrados no relatório da II Caravana Nacional de Direitos Humanos, promovida pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, permitem constatar que, no ano de 2000, nada havia mudado: na segunda maior

penitenciária do Rio Grande do Sul, além de 12% de presos analfabetos, outros 73% possuíam apenas escolarização primária incompleta.

Esse quadro revelador da preferencial distribuição do *status* de criminoso entre membros das classes subalternizadas, naturalmente, não é exclusivo de países periféricos, como o Brasil, fazendo-se presente sim – por ser de sua essência – em qualquer formação social capitalista.

Nos Estados Unidos da América, pesquisa conduzida pelo *US Department of Justice*, em cadeias de condados, constatou que somente 49% dos presos dispunham de um emprego em tempo integral no momento da prisão. Na mesma proporção, metade dos presos não havia completado os estudos secundários. Mesmo considerando aquela metade integrada ao mercado de trabalho, a renda de dois terços dos presos não atingia $ 1.000 dólares mensais, o que significa que estavam abaixo do limiar de pobreza oficialmente considerado naquele país. No que concerne às prisões federais e estaduais, a mesma situação de pobreza revela-se pelo fato de 80% dos presos condenados terem sido representados, no processo, por defensor público.[8]

Na Europa, tome-se o exemplo da França: em relatório divulgado no ano de 2000 constatou-se que quase a metade dos presos estava desempregada no momento da prisão, proporção que, em relação a jovens de menos de 25 anos, subia para 62%; um terço tinha dificuldades de leitura, sendo que um sexto apresentava esta dificuldade até mesmo para decifrar palavras ou fragmentos de frases; 80%, ao chegarem à prisão, tinham necessidade de tratamento dentário urgente.[9]

Da mesma forma que, nos Estados Unidos da América, a população de afro-americanos é preferencialmente atingida, seja pela privação de bens e atri-

8. Dados encontrados em trabalho de Loïc Wacquant, publicado em português sob o título *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

9. Dados constantes de relatório elaborado por comissão criada por resolução do Senado da França para investigar as condições dos estabelecimentos penitenciários daquele país, relatório este divulgado em 29.06.2000.

butos positivos, seja pela privação da liberdade – a já elevadíssima proporção de 702 presos por 100 mil habitantes, considerada a população global daquele país, sobe para 4.810 por 100 mil habitantes, quando considerada apenas a população de homens afro-americanos –,[10] na Europa são os imigrantes pobres os principais selecionados para receberem o *status* de criminoso, correspondendo, em média, nos diversos países-membros da União Européia, a 25% de suas populações carcerárias.[11]

8. O sistema penal e a reprodução de situações conflituosas e fatos negativos

Fazendo acreditar na fantasia de uma falsa solução que, além de ineficaz e inútil, causa sofrimentos desnecessários, seletiva, injusta e desigualmente distribuídos preferencialmente entre os membros das classes subalternizadas, o sistema penal ainda reproduz as situações conflituosas e os fatos negativos que, enganosamente, anuncia poder resolver.

Isolando e estigmatizando aqueles que seleciona para receber a pena, o sistema penal faz destes selecionados pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a realizar novas condutas socialmente negativas, funcionando, já por isso, como um alimentador da parcela de violência e de insegurança provocada pelas ações criminalizadas, como roubos, estupros, seqüestros ou homicídios.

Não são apenas os óbices objetivos à reintegração social dos atingidos pelo sistema penal que reproduzem os conflitos e situações socialmente negativas

10. Dados do Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice.

11. Na obra de Loïc Wacquant, *As prisões da miséria*, edição em português de Jorge Zahar, Rio de Janeiro [s.n.], 2001, à página 109, encontram-se dados de pesquisa realizada em 1997, pelo Conselho da Europa, a registrar esta média de 25% de estrangeiros entre os presos dos países-membros da União Européia. A mesma proporção é referida no trabalho de Pavarini, citado em nota anterior.

identificadas à criminalidade. A estigmatização e a culpabilização produzidas pela imposição da pena, especialmente a mais visível e simbólica pena privativa de liberdade, provocam a interiorização do papel do "criminoso". As definições legais e a rejeição social por elas produzidas freqüentemente determinam a percepção do eu como efetivamente desviante, assim conduzindo a pessoa a viver marginalmente, conforme esta imagem interiorizada.

Da mesma forma que cria o crime no primeiro momento do processo de criminalização, ao assim qualificar determinadas situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, o sistema penal cria o "criminoso", neste outro momento daquele processo, com a interiorização do etiquetamento legal e social por aquele que é condenado, ou, antes disso, desde o primeiro contato com o sistema penal, especialmente através da prisão provisória.

Como acontece em outros campos, quando uma pessoa começa a ser tratada como se fosse uma determinada coisa – no caso do sistema penal, como se fosse criminosa –, com o prolongamento deste tratamento no tempo, acaba por se comportar conforme o papel que lhe foi dado, isto é, como se fosse aquela determinada coisa, com o que termina efetivamente o sendo.[12]

Por outro lado, cultivando o maniqueísmo que divide as pessoas entre boas e más, fazendo com que o papel do criminoso seja também o papel do mau, do outro, do inimigo, distinto das demais pessoas, pertencente a uma espécie apartada do comum dos indivíduos, o sistema penal incentiva e justifica desde a defesa da oficialização de punições cruéis e desumanas, como a pena de morte ou a prisão perpétua, até a prática do extermínio daqueles que correspondem a esta imagem do "criminoso".

A idéia de que algo precisa ser feito para manter a ordem, que acaba por admitir todo tipo de violência contra apontados dissidentes – da tortura ao exter-

12. Também sobre este ponto há de se ler Zaffaroni, no já citado *En busca de las penas perdidas*, especialmente p. 138-139.

mínio –, que acaba por ensejar todo tipo de vigilância e intervenção na esfera de privacidade dos indivíduos, dissidentes ou não – das escutas telefônicas à quebra de sigilo sobre dados pessoais –, que não se conforma com os princípios garantidores do direito de liberdade, expressados na cláusula fundamental do devido processo legal, é a mesma idéia que, presente na repressão política das ditaduras, vem alimentando a crescente repressão do sistema penal, nas democracias mais ou menos reais das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado.

9. Conclusão

Fazendo acreditar na fantasia de uma falsa solução que, além de ineficaz e inútil, causa dores e sofrimentos desnecessários, seletiva e desigualmente distribuídos, produzindo e incitando à produção de violência, explorando o medo, o sistema penal poderia, facilmente, se enquadrar entre os produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos, cuja publicidade enganosa ou abusiva se pretendeu proibir, mediante a paradoxal criação de novos crimes, por uma lei penal que, como o referido Código de Defesa do Consumidor, acaba por contrariar a si mesma.

O desnudamento da enganosa publicidade do sistema penal é passo fundamental para uma tarefa que hoje se faz indispensável: a contenção, sem quaisquer concessões, do ampliado poder do Estado de punir, de forma a evitar a concretização da eloqüente advertência de Nils Christie, no sentido de que o maior perigo da criminalidade nas sociedades contemporâneas não é o crime em si mesmo, mas sim o perigo de que sua repressão acabe por conduzir tais sociedades ao totalitarismo.[13]

A contenção do ampliado poder do Estado de punir é, no entanto, apenas a tarefa urgente e imediata, como é urgente e imediata a contenção dos efeitos

13. Nils Christie. *La industria del control del delito – ¿La nueva forma del holocausto?* Edição em castelhano. Trad. Sara Costa. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 1993. p. 24.

mais danosamente excludentes gerados na atual etapa da evolução das formações sociais do capitalismo.

Assim como não devem os horizontes da transformação social se esgotar nos estreitos e nocivos limites do modo de produção capitalista, assim como não se deve abandonar a perspectiva de construção futura de sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais – construção talvez longínqua, pouco importa –, da mesma forma, há de se compreender que a imediata e urgente contenção do poder do Estado de punir, o imediato e urgente resgate de um ordenamento penal, consentâneo com sua natureza essencialmente mínima, constituem apenas os primeiros passos dentro de um caminho muito maior e mais longo que, conduzindo ao rompimento com os sentimentos de vingança e de culpa, com o maniqueísmo divisor das pessoas entre boas e más, com o desejo do castigo e a busca de bodes expiatórios, conduzindo ao rompimento com a própria idéia de crime, ao rompimento com a monopolizadora, enganosamente satisfatória e violenta reação punitiva, possa conduzir a uma futura – talvez longínqua, pouco importa – abolição do sistema penal.

El delito comisivo doloso consumado como un delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y en tentativa*

Rolf Dietrich Herzberg
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Bochum.

Sumario: 1. Introducción: la problemática construcción de antítesis en las clases de delitos generales: 1.1 El caso de partida y la cuestionable crítica a su solución; 1.2 Acerca de la división usual de la materia de la Parte General según las diferentes clases de delitos; 1.3 La tesis propia con sus consecuencias en el caso de partida – 2. El delito intentado y consumado: 2.1 ¿Solución del tipo o solución concursal?; 2.2 La validez de los elementos de la tentativa (§ 22 StGB) también para el delito consumado – 3. Delito imprudente y delito doloso: 3.1 ¿Qué significa "imprudente"?; 3.2 ¿La falta de dolo como presupuesto del delito imprudente?; 3.3 ¿El delito imprudente como una condición necesaria del hecho típico doloso?: 3.3.1 Los casos problemáticos; 3.3.2 La teoría de la imputación objetiva; 3.3.3 La consecuencia; 3.3.4 ¿Desempeña algún papel el elemento en la tentativa y en los delitos de mera actividad? – 4. Delito omisivo y delito comisivo: 4.1 La omisión que sigue a la acción en el caso de partida; 4.2 Fundamentación de la tesis de partida en el caso problemático; 4.3 La acción como omisión, un punto de vista necesario y reconocido; 4.4 ¿Rigen los presupuestos del § 13 StGB también para el delito comisivo?

Resumo: O autor tenta demonstrar de que maneira todo crime comissivo doloso consumado pressupõe a satisfação de todos os requisitos do delito culposo,

* Traducción de la Profa. Dra. Teresa Rodríguez Montañés, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá.

do delito tentado e do delito omissivo. Desta maneira, faltando ou uma violação do dever de cuidado, ou um início da execução, ou uma posição de garantidor, tampouco se poderá admitir a punição pelo delito comissivo doloso consumado, ainda que ele aparentemente esteja realizado.

Palavras-chave: teoria do delito; imputação objetiva; dolo e culpa; omissão e comissão; tentativa.

1. Introducción: la problemática construcción de antítesis en las clases de delitos generales

1.1 El caso de partida y la cuestionable crítica a su solución

La farmacéutica A quiere matar a su marido B, un alcohólico violento. Mezcla su coñac en la botella con alcaloide fuertemente venenoso y se va, con la esperanza de que B, en ese momento o en algún otro, coja la botella. Después de media hora, se produce el trago mortal. Poco antes A, arrepentida, había telefoneado a B para advertirle. Pero B no se puso al teléfono.

Este suceso fue parte de unos ejercicios de examen. La candidata que tuvo que trabajar el caso estaba defraudada con la valoración y, tras aprobar el examen, fue a visitar al primer examinador. Su crítica se basaba en que la candidata había afirmado, entre otras cosas, una tentativa de homicidio en A, negando la punibilidad por tentativa sólo por razones concursales. A esto se le objetó, en la nota, que estaba al margen del trabajo y que era falso. En la entrevista oral, el examinador se había remitido a dos famosos manuales y a un comentario de primer orden. Por una parte, a *Jescheck*, que bajo la rúbrica "El tipo de la tentativa" dice que el § 22 StGB presupone, junto a la decisión de cometer el hecho y el disponerse inmediatamente, "la no consumación del tipo como factor negativo conceptualmente necesario".[1] Por

1. Strafrecht AT, 4. ed., 1988, 463.

otra, a *Wessels*, que bajo la misma rúbrica dice, de hecho, lo mismo: "Tienen que darse tres elementos esenciales: una cierta decisión de cometer el hecho, un disponerse inmediatamente a realizar el tipo y la falta de consumación".[2] Y, finalmente, a *Eser*, quien bajo los "presupuestos de la tentativa en particular" coloca en primer lugar "la no consumación como elemento negativo de la tentativa".[3] Este elemento negativo, opinaba el examinador, es indiscutido y tan fundamental, que las pautas metodológicas sobre la sistemática del delito lo llevarían a un "examen previo". La única solución correcta hubiera sido fundamentar que A ha cometido un homicidio doloso *consumado* mediante el envenenamiento del coñac. Con lo cual hubiera sido seguro que el tipo de la tentativa de homicidio *no* se ha realizado.

La joven opinaba que esta crítica era falsa y yo le he dado la razón. A continuación abandono la controversia concreta para convertir el error del examinador en una conexión más general y, en la medida de lo posible, hacerlo fructífero para el conocimiento científico.

1.2 Acerca de la división usual de la materia de la Parte General según las diferentes clases de delitos

Si se hojean los manuales de la parte general del derecho penal alemán y se leen ciertas partes interesantes, uno se encuentra, pese a todas las diferencias objetivas y terminológicas, con una división homogénea según las clases de delitos, que tiene su origen en una convicción común, con una larga tradición, pero problemática. Ciertamente, las divisiones de la materia son muy diferentes y en algunos casos la división acuñada y la convicción común no son manifiestas. Un claro espejo lo ofrece el índice del manual de *Kristian Kühl*, publicado por vez primera en 1994.[4]

2. Strafrecht AT, 24. ed., 1994, n. 595.

3. En *Schönke/Schröder*, StGB, 24. ed., 1991, § 22, n. 2, 5; el mismo, Jur. Studienkurs. Strafrecht II, 3. ed., 1980, p. 89, A 14.

4. Strafrecht AT, 1994, p. IX-XVIII.

Su división principal la constituyen secciones, la primera de las cuales ofrece una corta introducción ("Visión de conjunto y concepto de acción"). El segundo, que ocupa más espacio, tiene por objeto "el delito comisivo doloso consumado". El tercero se ocupa de "tentativa y desistimiento"; el cuarto exclusivamente del "delito comisivo imprudente" y el quinto, finalmente, del "delito omisivo". En esta sección, se contrapone el delito omisivo doloso consumado, por un lado, con la tentativa y, por otro, con el delito imprudente.[5]

Pero los manuales cuyo índice parece totalmente diferente, dan a la materia básicamente la misma división. El correspondiente autor, allí donde comienza con la dogmática relevante para la solución de los casos, tiene ante sus ojos, en primer lugar, sólo hechos punibles en los que se unen tres cualidades, a saber: consumación, dolo y comisión mediante conducta activa. Y, en partes posteriores, se tratan, no en todos en el mismo orden, los correspondientes compañeros: por un lado la tentativa, por otro la imprudencia y, en tercer lugar, el delito omisivo, con lo que, naturalmente, no es imaginable ningún hecho punible con sólo una de estas cualidades. El delito imprudente es bien un delito comisivo o bien un delito omisivo. Lo mismo rige para la tentativa, y el delito omisivo, por su parte, es necesariamente imprudente o doloso, consumado o tentativa.

Contra esta diferenciación en sí misma no hay, naturalmente, nada que objetar. El Código Penal mismo la exige, porque ya en la Parte General reconoce las diferentes categorías de delitos (cf. §§ 13, 15, 16 y 22 StGB) y liga a ellas una gradación en las penas. Lo único problemático es el punto de vista que subyace a estas diferenciaciones, casi sobre todo. Se considera, de forma más o menos consciente, que el *equivalente* (compañero) es al mismo tiempo un *contrario*. Si un hecho punible es un delito comisivo, entonces es seguro que no es un delito omisivo. Si se le clasifica entre los delitos dolosos, eso significa tam-

5. Siguen otras dos secciones sobre "Autoría y participación" y "Concursos".

bién la negación del correspondiente delito imprudente. Y si se le considera como delito doloso consumado, se puede deducir de ello que el tipo de la tentativa no se cumple. Estas negaciones, en la mayoría de los casos, ni se reflejan, ni se expresan. Se sienten, al parecer, como una necesidad lógica y, en el caso concreto, no entran en absoluto en las clases de delitos pretendidamente cerradas. La aceptación de contrarios o de otras clases se vuelve claramente reconocible en el desarrollo del contenido de las siguientes secciones. Éstas instruyen al lector siempre en el sentido de que ahora se trata principalmente de los elementos *nuevos* y *especiales*, esto es, de aquellos que en el "delito comisivo doloso consumado" no desempeñarían ningún papel. Nombraré, a modo de ejemplo, el "deber de garantía", que se coloca como algo específico del "delito de omisión impropia", de tal forma que uno podría convertirse en autor *comisivo*, *sin* ser garante de la evitación del resultado.

1.3 La tesis propia con sus consecuencias en el caso de partida

Creo que esto es falso. Mi tesis es que allí donde la visión tradicional cree reconocer contrarios o *relaciones de aliud*, en realidad existen *relaciones plusminus*. Formulada de modo tan abstracto, la afirmación no suena especialmente revolucionaria, ni quizás clarificadora. Yo tendría esta impresión, si un lector pudiera tenerla ahora, y explicara que la correcta descripción de un fenómeno, en la mayoría de los casos, a primera vista parece más plausible que la falsa. Pese a todo, espero contradecirlo cuando concrete mi tesis y extraiga las consecuencias en su aplicación al caso de partida. Yo creo que la farmacéutica A no sólo ha realizado el "delito comisivo doloso consumado" de homicidio, sino también, al mismo tiempo, tanto la tentativa de homicidio (§§ 212 y 22 StGB) como el homicidio imprudente (§ 222 StGB) y el homicidio por omisión (§§ 212 y 13 StGB).[6]

6. Que la enumeración podría ampliarse al delito omisivo intentado e imprudente (§§ 212, 22 y 13; §§ 222 y 13 StGB) se entiende por sí mismo y sólo se considera marginalmente.

2. El delito intentado y consumado

2.1 ¿Solución del tipo o solución concursal?

En primer lugar, por lo que se refiere a la tentativa, la corrección de mi afirmación me parece evidente, aunque está en franca contradicción con la teoría ampliamente extendida y apenas discutida directamente de la no consumación como elemento del tipo de la tentativa.[7] Contra esta tesis habla ya el tenor literal de la ley. El § 22 StGB exige tan sólo que el autor, conforme a su representación del hecho, se disponga inmediatamente a realizar el tipo. No se exige que, además, no se produzca la realización.[8] Tampoco del concepto de tentativa que emplea el § 22 se puede deducir el presupuesto negativo. Hablamos tanto de tentativas "vanas" o "malogradas" como de tentativas "con éxito" o "acabadas". Si, por ejemplo, falla el televisor y alguien intenta reparar el daño, esto es, en todo caso, una tentativa, con independencia de que el trabajo fracase o tenga éxito. Por ello, me resulta incomprensible que *Jescheck* crea poder explicar el presunto elemento como "conceptualmente necesario".[9] El concepto de tentativa no nos puede imponer

7. A favor de esta tesis: *Baumann/Weber*, Strafrecht AT, 9. ed., 1985, 474; *Benfer*, Allgemeines Strafrecht, 1984, 116; *Eser*, en *Schönke/Schröder*, StGB, 1991, § 22, n. 2, 5; *Geilen*, Strafrecht AT, 3. ed., 1977, 154; *Jescheck*, AT, 1988, 463; *Kühl*, Strafrecht AT, 1994, 445 ss.; el mismo, JuS 1980, 120 (122 ss.); *Maurach/Gössel*, Strafrecht AT 2, 7. ed., 1989, § 40, n. 6; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 4. ed., 1992, 225; *Roxin/Schünemann/Haffke*. Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. ed., 1982, 20; *Rudolphi*, en SK, StGB AT, Juli 1994, § 22, n. 1, 22; *Schmidhäuser*, Strafrecht AT, Studienbuch, 1982, 11/26; *Tiedemann*, Anfängerubungen im Strafrecht, 2. ed., 1993, 60; *Vogler*, en LK, StGB, 10. ed., 1985, § 22, n. 126; *Warda/Faber*. JuS 1965, 442 (446); *Wessels*, AT, 1994, n. 595, 863; es discutida por *Frisch*, en Festschrift für Lackner, 1987, 113 (138); *Herzberg*, JA 1986, 190 (192 ss.).

8. *Frisch*, FS-Lackner, 1987, 138. Aquí se produce una discordancia con el § 43 StGB en su anterior redacción, que contenía la expresión: "(...) cuando el delito o falta pretendidos no llegan a consumarse (...)". Incluso con ella, parecía más indicada, según la estructura de la frase, la aceptación de una mera cláusula de subsidiariedad; cf. *von Olshausen*, StGB, 10. ed., 1916, § 43, n. 25: "La no consumación no es un elemento típico de la tentativa de delito".

9. Así, *Eser*, en *Schönke/Schröder*, StGB, 1991, § 22, n. 2; *Jescheck*, AT, 1988, 463; *Rudolphi*, en SK (*supra* n. 7), § 22, n. 1.

en el caso de partida la negación de la tentativa de homicidio, cuando la no consumación aún es incierta, esto es, la consumación aún es posible.[10]

Y, en el fondo, nadie lo quiere. El elemento típico negativo se exige sólo en el papel. Quienes afirman su validez probablemente no quieren en absoluto la consecuencia que el mencionado examinador extrae de él. Se reconoce que nuestra constelación de casos es juzgada generalmente de otro modo en la doctrina concursal. Los tres autores a los que el examinador citaba, *Jescheck*, *Wessels* y *Eser*, proponen allí el caso del delito doloso consumado como un ejemplo de la *subsidiariedad*.[11] La tentativa punible previamente realizada cede ante el delito consumado, de lo que se deduce que ha de castigarse cuando se da ella sola. Esto contradice, sin duda, las afirmaciones antes citadas de que, de producirse la consumación, hay que negar ya el *tipo* de la tentativa, e indica la inexactitud de esta hipótesis. La joven, para reforzar su fundamentación, sólo hubiera tenido que exponer a su examinador cómo solucionan esos autores el mismo caso en otro lugar. Pues si, a la vista de la contradicción interna, nos preguntamos cuál es la solución preferible, no puede haber duda alguna. La solución concursal se corresponde con el modo natural y más indicado de tratamiento. Por el contrario, la solución del tipo aparece como artificial y violenta, porque a menudo tiene que negar la tentativa, incluso aunque el autor ya

10. Podría considerarse que para el elemento negativo bastaría la aún-no-consumación y con la consumación, a causa del "desenlace del tipo", la tentativa aparecería como "extinta" o "acabada". Este punto de vista se manifiesta en *Baumann/Weber*, AT, 1985, 474, y *Schmidhäuser*, Studienbuch AT, 1982, 11/26, con referencia al § 43 en su versión anterior.

Pero, entendido así, el elemento sería irrelevante y no llevaría a nada en la solución de los casos. Puesto que la consumación sería compatible con que el autor hubiera cometido la tentativa de delito. Como un hecho del pasado, ese hecho típico estaría "en el mundo" y (habría que constatar sus relaciones concursales con el delito consumado. Incluso esto sería el verdadero sentido de la construcción. Que la tentativa se extingue o se acaba sería, de hecho, la aceptación de la *consunción*: el delito menor no tiene un contenido de injusto adicional y es absorbido por el mayor. Esto tiene la misma finalidad que la hipótesis de la *subsidiariedad* (cf. sobre ello el texto).

11. *Jescheck*, AT, 1988, 668; *Wessels*, AT, 1994, n. 790; *Eser*, Strafrecht II (*supra* n. 3), p. 210 A 21; cf. también *Stree*, en *Schönke/Schröder*, StGB, 1991, antes del § 52, n. 123.

se ha "dispuesto inmediatamente", a saber, siempre que la consumación es posible, que la no consumación es incierta.

Si se ha entendido y aceptado esto, es evidente que la solución concursal también es válida cuando la consumación del disponerse inmediatamente sigue "a los pies". Mientras la bala del disparo mortal se pierde y vuela, el delito de tentativa de asesinato aún está en el mundo y la producción de la muerte sólo significa que cede, en el plano concursal, como subsidiaria. El autor, mediante su disparo, realiza al menos estos dos tipos uno junto a otro: el delito comisivo doloso consumado de asesinato y la tentativa de asesinato.

2.2 La validez de los elementos de la tentativa (§ 22 StGB) también para el delito consumado

No hay nada en contra de la aceptación de que esta concurrencia incluso es necesaria. Pues, de hecho, no se sostiene respecto de ninguna situación que el autor pueda consumar el delito doloso de resultado sin pasar por la correspondiente tentativa. Donde siempre es punible la tentativa y el autor es castigado por un delito comisivo doloso consumado, el hecho punible de la tentativa está contenido allí como un *minus* necesario, como una *conditio sine qua non*. Por ello, sus presupuestos rigen también para el delito consumado y conduce a error el que en los manuales siempre se dé la impresión de que los elementos del § 22 StGB no concurren y que son necesarias reglas dogmáticas especiales para negar en los casos problemáticos el delito doloso consumado.

Modifico el caso de partida, para demostrar esto: A guarda la botella de coñac envenenado, convencida de que B beberá al día siguiente, cuando prepare la botella. Por la noche, mientras A duerme, B busca ansioso alcohol, encuentra la botella y muere. Es significativo, para el error ampliamente extendido y básico, que esta constelación se trata siempre someramente en las explicaciones de los manuales sobre el delito comisivo doloso consumado y se valora de forma alta-

mente insegura, sin hacer referencia a ningún elemento de la ley. *Stratenwerth* opina que aquí a la autora le falta "aún la voluntad de realización".[12] ¡Pero, ciertamente, ella quiere, está totalmente decidida, producir la muerte de su marido mediante la preparación de la bebida envenenada! *Roxin* niega el delito doloso consumado con la siguiente fundamentación: "El dolo en la fase preparatoria no es punible como tal. Dado que nunca se puede saber si el sujeto habría pasado realmente a la fase ejecutiva, pretender hacerle ya responsable por delito consumado doloso cuando se produce el resultado en la fase preparatoria contradiría la valoración legal".[13] Naturalmente, aquí resuena lo correcto. Pero la negación de un "dolo punible" tiene el carácter de una limitación *ad hoc*. Una solución de necesidad, por tanto, que explica que el autor no reconoce la validez de los elementos de la tentativa para el delito doloso consumado, o no lo hace claramente. Hubiera podido fundamentar la solución correcta sin rodeos con la ley: en el caso modificado, A ha cometido, tal vez, un homicidio imprudente, pero ni una tentativa, ni un delito consumado de homicidio o asesinato, porque ella en ningún momento se ha dispuesto inmediatamente a realizar el tipo según su representación del hecho (cf. § 22 StGB).

Dicho sea entre paréntesis, aquí reside la clave para la solución de los aparentemente irresolubles problemas de delimitación del dolo con la imprudencia consciente. *Schlehofer*, con gran agudeza y fuerza sistemática, ha sostenido que puede definirse el dolo, *con carácter general*, considerando los presupuestos exigidos en el § 22 StGB.[14] Para el elemento cognitivo no basta, por tanto, ni siquiera para el delito consumado, que el autor se represente la producción un peligro

12. *Stratenwerth*, Strafrecht AT 1, 3. ed., 1981, n. 283; la correcta fundamentación, que falta el "disponerse inmediatamente", aparece sólo, de forma significativa, en una sección sobre "Actos preparatorios y tentativa"; cf. n. 676.

13. *Roxin*, Strafrecht AT I, 2. ed., 1994 [PG, I, 1997], § 12, n. 75.

14. *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung (aún no publicado), Segunda parte, C (cf. especialmente la formulación de conclusiones: IV).

jurídicamente desvalorado de realización del tipo. El peligro reconocido y aceptado ha de ser *inmediato*. Esto se deduce del texto del § 22 StGB, que es entendido con carácter general en el sentido de que el autor tiene que representarse que mediante su acción produce el inmediato peligro de realización del tipo ("disponerse inmediatamente"). Al dolo, respecto del objeto del "saber", de "conocimiento", de "representación", ha de exigírsele, pues, un peligro de realización del tipo *doblemente cualificado*: tiene que ser jurídicamente desvalorado (=fuera del "riesgo permitido") y, además, inmediato.[15] Cómo se soluciona, desde este punto de vista, el citado problema no puede ser explicado aquí en profundidad, aunque el lector habrá llegado por sí mismo, probablemente, al principio correcto: un conocimiento o una representación cualificado de esa clase bastan para excluir los casos en que de la visión del peligro por el autor resulta sólo imprudencia consciente. No es necesario el "elemento volitivo" exigido por muchos, que en el denominado dolo eventual falta de forma manifiesta y tiene que ser fingido.

3. Delito imprudente y delito doloso

3.1 ¿Qué significa "imprudente"?

Voy a ocuparme ahora del delito imprudente. Aquí ya no puedo invocar el tenor literal de la ley penal para mi tesis. Esto lo demuestra, de nuevo, nuestro caso de partida. A ha matado a B intencionadamente mediante el plan del veneno. El uso cotidiano del lenguaje no nos permitiría decir que, al mismo tiempo, ella "causa la muerte de un hombre mediante imprudencia" (§ 222 StGB). Esto, ciertamente, no significa mucho. El sentido jurídico de un concepto puede desviarse del que el concepto tiene en el lenguaje cotidiano. Y aquí se señala, de hecho, una

15. Yo mismo he intentado expresar una concepción material idéntica, siempre intuitivamente y sin referencia al § 22 StGB, mediante la caracterización del dolo como representación de un peligro "no cubierto" (y jurídicamente desvalorado) de realización del tipo; cf. JuS 1986, 249 ss.; JZ 1988, 635 ss.

divergencia, cuando se explica el concepto "imprudente" jurídicamente a través de sus elementos definidores (*definientia*). Naturalmente, sobre ello no hay unidad alguna. En la dogmática penal alemana se topa uno con diferentes conceptos auxiliares, que uno por sí solo o varios juntos deben dirigir el reconocimiento del cumplimiento del presupuesto de la ley. Cito, en primer lugar, el concepto dominante, el más utilizado como criterio, el concepto de la "lesión del deber de cuidado". Con él se corresponde la expresión también muy querida de la "superación del riesgo permitido". Junto a ellos, se encuentran declaraciones según las cuales debe concurrir la "previsibilidad", "cognoscibilidad", "evitabilidad" del resultado.[16]

Quien entiende algo de la materia sabe que las divergencias son puramente terminológicas. La decisión material en los casos concretos no depende de qué conceptos se consideren más adecuados. Así, los tres citados en último lugar se entienden en sentido normativo y no fáctico. Lo que se piensa es que si el causante no ha previsto la consecuencia de su acción, no la reconoce y, por tanto, no la ha evitado, y que *si hubiera aplicado el cuidado debido*, la habría previsto, reconocido y hubiera podido evitarla. Como siempre que se explica y se parafrasea, al final se trata, después de todas las hipótesis, de la cuestión jurídica y valorativa de si el causante ha cumplido con las exigencias de cuidado respecto del posible resultado o no las ha cumplido, de si él, dicho de otro modo, se ha mantenido dentro del espacio de juego del riesgo permitido o lo ha superado.[17]

16. *Roxin*, AT I, 1994 [PG, I, 1997], § 24, n. 8.

17. Con lo que hay que sopesar muy diferentes razones materiales para determinar en concreto la medida del cuidado debido y la magnitud del riesgo permitido. Así, uno, en su entorno, puede crear un riesgo mucho mayor de contagiar a sus colegas con el virus de la gripe que de envenenarlos mortalmente. O también: Con una probabilidad objetivamente igual de grande de causar el resultado, puede haber una diferencia decisiva entre que quien es puesto en peligro no tenga ni idea, o que reconozca el peligro y lo asuma. Se trata siempre, al final, de la ponderación de bienes jurídicos, valores e intereses (por ejemplo, el de la libertad de actuación), que deciden sobre si el causante tenía que haberse comportado de forma más cuidadosa, si no tenía que haber creado el concreto riesgo. El procedimiento para juzgarlo es el mismo que el que exige la cuestión de la aplicabilidad del § 34 StGB. También aquí hay algo en común clarificador, que se omite reconocer y destacar didácticamente.

Pero si estos conceptos son intercambiables, entonces hay mucho a favor de formular la cuestión valorativa y la ponderación en correspondencia con la definición del § 276 I 2 BGB, para preguntarse, por tanto, si la persona afectada ha dejado "de prestar el cuidado exigible en el tráfico". Se tendría con ello siempre un punto de conexión *legal*. Para el examen jurídico civil ello es, sin duda, obligatorio. Que este examen se diferencie esencialmente del penal, es discutible. Una lesión corporal imprudente, que obliga a la reparación del daño conforme al § 823 I BGB, es, prácticamente siempre, al mismo tiempo un hecho punible del § 230 StGB, y viceversa. Dejando aparte que el cuidado exigible en el tráfico (§ 272I 1 BGB) puede expresarse con el mismo sentido y de forma abreviada mediante el concepto que nos resulta familiar en el derecho penal de la "lesión del deber de cuidado".

Pero, ciertamente, este concepto no es indiscutido. Citando a *Jakobs*,[18] *Roxin* lo denomina "erróneo desde el punto de vista de la lógica de la norma". A través de él, se da la impresión "de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido, lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión. Sin embargo, al sujeto no se le reprocha el haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no amparado por riesgo permitido (...), que se ha realizado en un resultado típico".[19] Esta objeción remite a la premisa discutible, aún por examinar en el punto 4, de la contraposición entre delito comisivo y omisivo. Pero, ya antes de la crítica fundamental, puede constatarse que el hombre, indiscutiblemente, está obligado a comportarse con cuidado en su conducta activa y que, naturalmente, puede lesionar este deber. Quien adelanta a otro ciclista en un camino libre muy concurrido por peatones no está obligado a omitir la conducción, sino sólo a prestar "el cuidado exigible en el tráfico", por ejemplo, tocando el claxon, frenando o esquivando. Si lesiona este deber de prestación, entonces su conducta activa crea ciertamente, y en esto tiene razón

18. Strafrecht AT, 2. ed., 1991, 9/6.

19. AT I, 1994 [PG, I, 1997], § 24, n. 12.

Roxin, "un peligro no amparado por el riesgo permitido", y si además produce un daño a la salud, entonces existe –no sólo, pero también y en primer término– un delito comisivo. Esta clasificación es, sin más, compatible con la aceptación de una lesión del deber de cuidado que subyace en las omisiones.[20]

Preguntémonos de nuevo, a la luz de los conceptos clarificadores, si A también es culpable de un homicidio imprudente (§ 222 StGB). ¿Ha dejado de observar A, cuando mezcla el coñac con veneno, el cuidado exigible en el tráfico? La respuesta no puede ser dudosa. Quien tiene en su poder un veneno mortal tiene que tener cuidado de que éste no dañe a nadie. No se cumple, sino que se infringe el deber de cuidado, cuando uno se comporta de tal modo con el veneno, que pone a otro en peligro de beber el veneno inconscientemente. Y exactamente igual de terminante sería nuestro juicio si formulamos la cuestión valorativa de otro modo, por ejemplo, preguntándonos por el riesgo permitido o la previsibilidad. La superación del riesgo permitido al tratar con veneno y la previsibilidad de un envenenamiento mortal no se pueden negar con el argumento de que la autora tenía la intención de matar a su marido, o lo había tenido en cuenta conscientemente. Tales circunstancias tan sólo hacen que la superación y la lesión del deber de cuidado parezcan aún más drásticas.

3.2 ¿La falta de dolo como presupuesto del delito imprudente?

A estas conclusiones de la ley (§ 276 BGB) y las definiciones usuales puede, naturalmente, contraponerse la opinión de que las definiciones son incompletas y el § 276 BGB no es representativo para el derecho penal; la imprudencia

20. *Jakobs*, AT, 1991, 9/6, se sitúa en la posición correcta cuando destaca: "El autor no tiene que comportarse cuidadosamente en el delito comisivo, sino dejar la actuación descuidada". Por ejemplo, "no se exige un tratamiento cuidadoso de las cerillas, sino que se prohíbe el manejo descuidado; no existe un deber de manejo". Pero con ello no se cubre ninguna falta normológica, sino tan sólo una inexactitud del lenguaje cotidiano. La crítica la evita quien se expresa de forma más precisa, diciendo, por ejemplo, que en el manejo de cerillas es debida la observancia del cuidado.

tiene un presupuesto negativo, a saber, la falta de dolo.[21] La inclusión de este elemento negativo en el tipo de la imprudencia se corresponde con la extendida opinión de que la tentativa presupone la no consumación. Ambos elementos se explican sólo desde la premisa del o-o (*Ennveder-Oder*), para la que nadie ha dado una razón material. Se cree que debe evitarse que ambos delitos concurran en una acción. Pero la medida que sirve para ello no es materialmente adecuada. El delito doloso consumado es, en ambas relaciones, una mera gradación. En ella no se pierde ningún contenido de injusto especial que ofrezca la tentativa o el delito imprudente. Los defensores del elemento negativo dejan esto implícitamente sin validez, cuando les resulta extraña la decisión que se sigue de ello. Si ante una infracción del deber de cuidado probada la falta del dolo sigue siendo dudosa, en ese caso el autor no debe ser absuelto –*in dubio pro reo*–, sino castigado por el delito imprudente.[22] El elemento negativo, de hecho, no es clarificador y da lugar a contradicciones. No está más justificado que la exigencia "sin ser un asesinato", en el tipo del homicidio. Aunque esta apostilla está en la ley, según la doctrina absolutamente dominante, el § 212 StGB constituye el tipo básico respecto del § 211 StGB.

3.3 ¿El delito imprudente como una condición necesaria del hecho típico doloso?

Esta última comparación es un anticipo. Pues hasta aquí sólo ha quedado claro que la presencia de dolo *no excluye la* aceptación, al mismo tiempo, del

21. Así, por ejemplo, *Jakobs*, AT, 1991, 9/4 (tiene que faltar "el conocimiento actual de lo que se ha de evitar"); *Jescheck*, AT, 1988, 508 (la imprudencia es "algo distinto al dolo"), no entra en juego "si se constata que hay dolo"; *Kühl*, AT, 1994, 514 (del mandato de diferenciación del StGB se infiere que "la comisión voluntaria de un delito excluye la actuación imprudente"); cf. además *Maurach/Gössel*, AT 2, 1989, § 42, n. 33; *Schmidhäuser*, Strafrecht AT, Lehrbuch, 2. ed., 1975, 10/77; *Schröder*, en LK (*supra* n. 7), § 15, n. 9. En el sentido de esta doctrina también el § 18 del Proyecto de 1962, mientras que el § 18 del Proyecto Alternativo (AE) abarcaba los casos de dolo: "Actúa imprudentemente quien deja de observar el cuidado al que estaba obligado y del que era capaz, y por ello realiza un tipo legal".

22. BGHSt 17, 210 (212); *Jescheck*, AT, 1988, 508; *Tröndle*, en LK (*supra* n. 7), § 1, n. 100 ss.

correspondiente delito imprudente. Aún no está probada mi tesis general de que, también aquí, existe una relación *plus-minus*, en el sentido de que la realización del tipo imprudente es *condición necesaria* para el delito doloso; o, dicho de otro modo: que todo hecho punible doloso necesariamente es cometido al mismo tiempo por imprudencia, del mismo modo que todo asesinato implica un homicidio, o todo robo un hurto.

3.3.1 Los casos problemáticos

Propongo dos ejemplos: A la señora T le gustaría ser la única heredera de su madre y, para ello, quitarse de en medio a su nieta huérfana de dieciocho años. Y le regala una moto, con la esperanza de que tenga un accidente mortal. N pierde la vida, efectivamente, en un choque frontal. –En un combate de boxeo profesional, el aspirante H lesiona al campeón de Europa con un fuerte golpe en la cabeza. Su intención es provocarle un derrame cerebral mortal y, así, librarse de la competencia de M para el futuro. M queda k.o. y muere, tal y como H quería.

Si se suprime mentalmente en T y H la representación y la intención de causar la muerte, entonces habría que negar el homicidio imprudente. T y H ponen ciertamente en peligro la vida de los otros y ese peligro acaba realizándose en la muerte, pero su actuación permanece dentro del ámbito del riesgo permitido.[23]

23. Me parece que complica las cosas y es innecesaria la diferenciación de *Roxin*, que niega el delito de homicidio por riesgo permitido sólo en el segundo caso, mientras que en el primero lo niega porque "el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones" (AT I, 1994 [PG, I, 1997], § 11, n. 57, 40). Aquí se da la misma razón material con dos nombres diferentes, intercambiables. Los golpes en la cabeza, correctos según las reglas del boxeo, calificados como riesgo permitido, están *per definitionem* fuera del alcance del tipo; y si se incita a una persona mayor de edad a viajar en moto o a escalar una montaña, se dan las circunstancias –entre otras, la autopuesta en peligro bajo la propia responsabilidad– para motivar la afirmación de un riego permitido. Cf. también al propio *Roxin*, que al mismo tipo de caso le da una fundamentación en el n. 40 y otra en el 58. También deben configurar un mismo bloque los dos grupos que *Roxin* diferencia, por un lado, como no producción de un peligro o de peligro jurídicamente relevante (n. 39, 45) y, por otro, como riesgo permitido (n. 55-58): la clasificación me parece arbitraria, cuando se trata, por ejemplo, del caso de una madre que lleva a su hijo de siete años cada mañana a la escuela a través del tráfico de la ciudad.

La cuestión es si esto desempeña algún papel cuando lo que se debate es el delito doloso, debido a la intención dirigida a causar la muerte. La dogmática anteriormente dominante se mostraba, de hecho, incapaz de juzgar correctamente la adecuación y tolerancia social de tales puestas en peligro. No tenían un lugar para ello en el tipo objetivo del delito doloso, porque creían que allí tenían que conformarse con la causación del resultado específicamente típico. Así que no quedaba nada mejor que la negación del dolo si se quería evitar la consecuencia de la punibilidad.[24] Pero esta fundamentación se coloca demasiado tarde. T y H se han representado e incluso han tenido la intención de producir las consecuencias objetivas de sus hechos. Por tanto, no puede faltar el *dolo*, sino a lo sumo su *objeto*, esto es, alguno de los elementos del tipo objetivo (cf. § 16 StGB).[25]

3.3.2 La teoría de la imputación objetiva

Es un importante avance de la ciencia penal alemana el que esta teoría, en todo caso como principio, se haya convertido en dominante.[26] La denominación más común del principio es la de "imputación objetiva". Con ello se piensa en un presupuesto del tipo objetivo con vigencia general, que en el delito doloso ejerza la misma función de selección que en el imprudente tenía ya la lesión del deber de cuidado.

24. *Bockelmann*, Strafrecht AT, 2. ed., 1975, § 14, IV, 2a: *Hirsch*, Festschrift zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, 1988, 399 (405); *Armin Kaufmann*, Festschrift für Jescheck, 1.ª parte, 1985, 251 (266); *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. ed., 1969, 66.

25. Es evidente que, si no se cumple el tipo objetivo, *secundariamente* tampoco hay dolo. Puesto que, en nuestros casos, el autor no se representa más que lo que de hecho hace y lo representado no constituye una realización típica.

26. *Frisch*, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1989; el mismo, Vorsatz und Risiko, 1983, 118 ss.; *Herzberg*, en Festschrift für Stree/Wessels, 1993, 203 (214 ss.); *Jakobs*, AT, 1991, 7/35 ss.; *Jescheck*, AT, 1988, 237; *Lenckner*, en *Schönke/Schröder*, StGB, 1991, antes del § 13 ss., n. 91 ss.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT 1, 7. ed., 1987, § 18, n. 36, 42 ss.; *Roxin*, en Festschrift für Honig, 1970, 133 ss.; el mismo, AT I, 1994, p. 298 ss. [PG, I, 1997, p. 362 ss.]; *Rudolphi*, en SK (*supra* n. 7), antes del § 1, n. 57 ss.; *Schlehofer* (*supra* n. 14), Tercera parte, A. En contra, *Hirsch*, Köln-FS (*supra* n. 22), p. 403; *Küpper*, Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik, 1990, 91 ss.; casi discrepante también *Geilen*, Strafrecht AT, 1977, 59.

Que el núcleo de esto es correcto lo demuestra la siguiente reflexión: Quien presta el cuidado exigible en el tráfico, de forma que los peligros creados por él se mantienen en los límites del riesgo permitido, no realiza ningún injusto. Y entonces, la mala voluntad en el marco de tal riesgo permitido, mediante la cual se quiere causar un daño (en la mayoría de los casos muy improbable) es jurídicamente irrelevante. *Schlehofer* lo fundamenta y lo demuestra con ejemplos originales: "La secretaria (...), que va al trabajo muy resfriada y allí, sin pensar en ello, contagia a su jefe, no comete una lesión corporal imprudente (...). Se comporta de forma socialmente adecuada, crea tan sólo un riesgo permitido. Por ello, sería contradictorio hacerle responder por el § 223 I StGB, si ella hubiera sido consciente del riesgo y lo hubiera aceptado o, incluso, lo hubiera pretendido. También en ese caso el riesgo de infección es jurídicamente tolerado. La mala voluntad por sí sola no convierte una conducta en socialmente inadecuada. ¿O debería estar prohibido, por ejemplo, el paseo por el parque si ello sirve para reflexionar acerca de cómo defraudar muchos impuestos?".[27]

La contradicción valorativa aparece, por lo demás, también cuando el enfermo no ha pensado en la infección de otro y su responsabilidad derivada del § 223 StGB se niega de la forma habitual, con el fundamento de que falta el dolo. Puesto que en el subsiguiente examen del § 230 StGB lo decisivo es el punto de vista del riesgo permitido por adecuación social. Pero es paradójico que la concesión de que una conducta sea ya *objetivamente* correcta dependa de que se examine el delito doloso o el imprudente, y la concesión de que una conducta esté *permitida a priori* se cierre allí donde la amenaza penal se limite al dolo.

3.3.3 La consecuencia

Lo que aún falta, con todo el progreso del conocimiento en la ciencia penal alemana, es sacar partido para la construcción del sistema al pensamiento básico

27. Vorsatz und Tatabweichung (*supra* n. 14), Tercera parte, A II 3.

correcto. Lo echo de menos en *Roxin*, que ciertamente va muy lejos en esta dirección, cuando define la imprudencia en los delitos meramente resultativos mediante la imputación objetiva.[28] Pues esta equiparación no caracteriza el diseño del libro. A la "imprudencia" se le dedica una sección especial, en un lugar bastante alejado y fuera de la exposición del sistema del delito propiamente dicho. Donde se trata del delito doloso consumado no se dice nada de lo que tiene una importancia fundamental para el estudiante: que la imprudencia es presupuesto para cualquier responsabilidad dolosa, que no puede darse un delito doloso que el autor no haya cometido imprudentemente, aunque la comisión imprudente por sí sola sea impune.[29]

3.3.4 ¿Desempeña algún papel el elemento en la tentativa y en los delitos de mera actividad?

Esto rige también para la tentativa. Quien pone una combinación de números cualquiera en una caja de caudales para abrirla y sustraer el dinero, o quien,

28. Cf. AT I, 1994 [PG, I, 1997], § 24, n. 10: "Es correcto que el tipo de los delitos imprudentes, en la medida en que no contenga una descripción adicional de la conducta, se colma mediante la teoría de la imputación objetiva: un resultado que se imputa al tipo objetivo (del delito doloso: para el autor) está causado imprudentemente, sin que se precise de ulteriores criterios". Certeramente también, *Otto*, Grundkurs AT (*supra* n. 7). 170: "No se encuentra ninguna diferencia fundamental entre el delito doloso y el imprudente en el ámbito de la imputación objetiva" materialmente igual, aunque sin emplear el concepto "imputación objetiva". *Stratenwerth*, AT I, 3. ed., 1981, n. 346: "Que el peligro creado por el autor y que se convierte en un resultado típico supere el riesgo permitido" es una "exigencia general de la fundamentación del injusto"; cf. también *Jakobs*, AT, 1991, 9/7.

29. El desconocimiento de esta conexión hace que, muy a menudo, la resolución de casos por los estudiantes les salga mal. Así, por ejemplo, cuando en el análisis del delito doloso se discute y finalmente se niega la imputación objetiva. Después el autor examina el correspondiente delito imprudente y se pregunta allí por la lesión del deber de cuidado, sin darse cuenta de que ya ha dado la respuesta. La consecuencia son repeticiones, que el autor, sin embargo, intenta intensamente hacer aparecer como nuevas afirmaciones. O afirma la imputación objetiva y niega el delito doloso por un error de tipo o sobre la licitud del tipo. Y en el delito imprudente no está claro para él que la cosa ya está decidida. Da la impresión de que se cree posible que el autor de un resultado lo haya causado de forma objetivamente imputable, por un lado, y, por otro, sin infracción del cuidado, en el marco del riesgo permitido; un error, por lo demás, que se comete también en una solución de ejemplos publicada; cf. *Stoffers*, JuS 1994, 948 (953).

con intención de hurtar, prueba en un Golf unas llaves de VW (Volkswagen) encontradas en el concesionario, especula con la casualidad y mediante esa conducta sólo crea un peligro irrelevante –incluso según su propia representación, de lo que precisamente se trata–, que tiene que calificarse como "riesgo permitido". Pues su actuación, en cuanto creación de un peligro de hurto, *no está prohibida* y, en consecuencia, no puede ser punible como disponerse inmediatamente a cometer el hurto.

Tampoco es correcto exceptuar aquí a los denominados delitos de mera actividad, como sucede en la mayoría de los casos. Según *Lenckner*, "la imputación objetiva sólo desempeña un papel en los delitos de resultado, que exigen un resultado de lesión o de concreta puesta en peligro, separable exteriormente de la acción".[30] *Roxin* opina que "la imputación al tipo objetivo sólo es un problema de la Parte General cuando el tipo exige un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y en el espacio de la acción del autor (...). En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada (§ 123) o el falso testimonio (§ 154), la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los especiales elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la Parte especial".[31] Sin embargo, evidentemente, también se puede negar un allanamiento en virtud de las reglas *generales* de la imputación objetiva. Un ejemplo: E permite a su hermana S utilizar su casa de fin de semana, siempre que él no la necesite. Se la vende a K y le transfiere los derechos de propiedad con efectos inmediatos. Pero se olvida de informar a K acerca de S y de exigirle a ella que le devuelva la llave. Un par de días después, S entra –sin tener ni idea– en la casa, en ausencia de K, y se pone cómoda. Tampoco aquí sería adecuado concederle a S tan sólo que ella *no sabía* que cometía un allanamiento. S se ha comportado de un modo *objetivamente* correcto, porque no puede hablarse de una lesión del deber de cuidado. En las circunstancias dadas, ella podía confiar en que E siguiera siendo el titular de la morada. El peligro

30. En *Schönke/Schröder*, StGB, 1991, antes del § 13, n. 72.

31. AT I, 1994 [PG, I, 1997], § 11, n. 1.

de entrar en la casa contra la voluntad de un nuevo titular sería para ella tan absolutamente bajo que su actuación está cubierta por el "riesgo permitido". La negación del tipo objetivo resulta, por tanto, de la dogmática de la Parte General, esto es, según mi punto de vista, del reconocimiento de una condición necesaria de toda la responsabilidad por dolo: el injusto de un allanamiento doloso presupone uno imprudente. Pues, si falla este último, tampoco concurre el primero.

La exclusión de los denominados delitos de mera actividad tiene una razón formal y externa. Se ha definido, desde el principio, el elemento de la imputación objetiva, en relación con el de la causalidad, de tal forma que sólo puede cumplirse en los delitos con resultados *separables*. Pero definirlo de este modo no convence, porque teniendo en cuenta los aspectos valorativos decisivos aquí, evidentemente no hay diferencia alguna entre que el resultado de la acción la siga o se produzca en ella misma. Una afirmación objetivamente falsa, reforzada por un juramento que realiza un testigo de buena fe, sólo es punible cuando la comete "por imprudencia" (§ 163 I StGB). Si hay que afirmar esto, depende, como siempre, de la lesión del deber de cuidado. Lo que puede faltar, por ejemplo, cuando el testigo toma como escritura propia una anotación falsa realizada por un tercero en su viejo calendario de citas y jura, por ello, que había concertado la cita en aquella fecha. Por consiguiente, la consecuencia es que hay que negar también la imputación objetiva. Decir algo falso era para el testigo una posibilidad muy remota y, por tanto, "riesgo permitido". No le puede ser imputado objetivamente este efecto de su acción. Esto es también lo decisivo cuando el hecho se juzga conforme al § 154 StGB.

4. Delito omisivo y delito comisivo

4.1 La omisión que sigue a la acción en el caso de partida

Que la farmacéutica A, finalmente, ha cometido también el denominado delito de omisión impropia (§§ 212, 13 StGB) es probablemente la conse-

cuencia concreta que menos extraña de mi tesis general. Pues, en lo que yo alcanzo a ver, aquí no se ha encontrado, a diferencia de en la tentativa y en el delito imprudente, ningún elemento negativo en la ley. Nadie dice que el tipo de un homicidio por omisión presuponga, entre otras cosas, que la persona en cuestión no haya provocado dolosamente la muerte mediante una *conducta activa*. Por ello, cualquiera aceptaría la afirmación de que A, tras la preparación peligrosa del coñac envenenado, ha omitido dolosamente evitar el resultado de muerte, aunque ella estaba jurídicamente obligada a ello –por injerencia y por la relación de parentesco–, y que estamos ante un delito de los §§ 212 y 13 StGB, el cual tan sólo cede ante el homicidio activo en el plano concursal. Pero esta aceptación tendría la consecuencia, para el caso concreto, de que a la actuación dolosa le sigue una *omisión que se produce* porque a A, tras la preparación de la botella, aún le es posible evitar la muerte.

4.2 Fundamentación de la tesis de partida en el caso problemático

Mi tesis general no se detiene aquí. Afirma que en el delito doloso comisivo consumado se realiza conjuntamente *sin excepción* el correspondiente delito de omisión impropia, por ejemplo, cuando alguien dispara un tiro en la cabeza a su enemigo y lo mata en el sitio.

Mi argumentación es de lo más fácil. Consiste en la sencilla prueba de que en tal caso se cumplen todos los presupuestos del § 13 StGB.

Primero: el autor omite impedir el resultado, al no evitar su hecho. Segundo: está jurídicamente obligado a que el resultado no se produzca, porque la muerte procede de su persona y tiene la responsabilidad como garante respecto de esa fuente de peligro como ningún otro. Tercero: La omisión de la evitación del resultado equivale plenamente a la realización del tipo mediante una conducta activa, puesto que *es* una causación activa, que se trata desde otro punto de vista.

4.3 La acción como omisión, un punto de vista necesario y reconocido

Schlehofer ha llamado la atención acerca de que, de hecho, el fenómeno de la omisión contenida en la acción es ampliamente reconocido, incluso entre los autores que discuten mi teoría generalizadora.[32] Este reconocimiento se manifiesta cuando se cree tener que conceptuar la acción como omisión, para evitar decisiones erróneas en la práctica. "Recuérdese sólo –dice *Schlehofer*– el conocido caso del obligado a declarar conforme al § 138 StGB, que activamente impide la entrada de la declaración de delito enviada. Si él, a continuación, ya no está en situación de declarar dentro de plazo, queda excluida una omisión pura. Antes de impedir la entrada, él podía realizar la acción debida, después era imposible para él. Pese a todo, debe ser castigado en virtud del § 138 StGB. Pero a ello sólo puede llegarse si se subsume el impedir la entrada *activamente* en el elemento *omisión* del § 138 StGB".[33]

Como segundo ejemplo, introduce *Schlehofer* la valoración dominante del caso del médico "que interrumpe la reanimación dirigida por él, apagando la máquina de pulmón y corazón, porque lo considera inútil. Mediante esta *acción* se dice que ha *omitido*, conforme al § 13 I StGB evitar la muerte del paciente".[34]

32. Ampliamente desarrollada en mi monografía *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, 156 ss., y ahora, teniendo en cuenta las nuevas críticas, en GA, 1995.

33. Vorsatz-und Tatabweichung (*supra* n. 14), Tercera parte, A II 2; sobre la solución del caso cf. *Baumann/Weber*, AT, 9. ed., 1985, 234 ss.; *Herberg*, Die Unterlassung im Strafrecht (*supra* n. 32), 39 ss.: *Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 107 ss.; *Roxin*, en Festschrift für Engisch, 1969, 380 (382) en el límite entre comisión y omisión, en *Problemas básicos del DP*, trad. Luzón Peña, 1976, 226 ss. (229); *Rudolphi*, en SK (*supra* n. 7), antes del § 17, n. 47.

34. Vorsatz und Tatabweichung (*supra* n. 14), tercera parte, A II 2; a favor de esta solución del caso, *Engisch*, en Festschrift für Dreher, 1977, 309 (325 ss.); *Frisch*, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, 134; *Geilen*, JZ 1968, 145 (151); *Küper*, JuS 1971, 474 (476 ss.); *Roxin*, NStZ 1987, 345 (349); *Stree*, en *Schönke/Schröder*, StGB, 1991, antes del § 13 ss., n. 160; *Wessels*, AT, 1994, n. 703. A favor de la valoración de la conducta activa, por el contrario, entre otros, *Baumann/Weber*, AT, 1985, 239; *Maurach/Gössel*, AT 2, 1989, § 45, n. 32; *Samson*, en Festschrift für Welzel, 1974, 579 (601 ss.); *Sax*, JZ 1975, 137 (138 ss.).

En tales soluciones se saca *ad hoc* la omisión encubierta por la acción, porque existe una necesidad, o parece existir, de tratar la acción como omisión. Pero en realidad se trata de algo general, que, sorprendentemente, encuentra mejor expresión en el lenguaje cotidiano que en la dogmática del derecho penal. Pues, precisamente en las actuaciones malas y criminales, que se cometen en su mayoría activamente, se vuelve continuamente al aspecto omisivo. Así, respecto de conductas descorteses o coléricas o de los abusos egoístas, decimos que el autor "se ha dejado llevar", "no se ha dominado", "no se ha puesto bajo control", "no se ha contenido", "se le ha ido la mano", "se ha arrebatado", por citar sólo algunas de tantas expresiones. No se trata aquí de una peculiaridad del alemán. Estoy seguro de que en todos los idiomas existen muchas metáforas que nos muestran al malhechor como alguien que omite algo, que *deja que algo suceda con él*. Quien así se expresa, desatiende el momento activo, porque instintivamente rechaza ver ahí la última y más profunda razón para la *responsabilidad* del autor. Pues reconoce que para ella basta la *evitabilidad* de aquello lesivo que procede de la propia persona *y* que el que *se produzca voluntariamente* es una circunstancia secundaria.[35]

4.4 ¿Rigen los presupuestos del § 13 StGB también para el delito comisivo?

Todas estas reflexiones avalan mi tesis también para la relación entre las clases de delitos de las que se trata: no hay un delito comisivo sin el correspondiente delito omisivo. Cómo de problemática es mi afirmación en el estado actual de la discusión nos lo debe mostrar, de nuevo, el delito comisivo doloso consumado. Éste tendría, por consiguiente, como condición que el autor cumpla todos los

35. Por eso, *Jakobs* pone las cosas del revés, por mucho que el uso habitual del lenguaje hable a su favor, cuando me objeta "que el autor comisivo responde ya como productor de una causación" y que mi teoría constata este resultado; Strafrecht AT (*supra* n. 18), 6/33. El "ya" corresponde no a la responsabilidad por el mayor injusto, sino por el menor contenido en él. Así, se responde "ya" por la tentativa de matar, pero no "ya" por el asesinato consumado.

presupuestos del § 13 StGB. Pero allí de lo que se trata es, por el contrario, de presentar como evidente que el § 13 StGB y especialmente la cuestión del deber de garante no desempeña ningún papel en el delito comisivo.[36] *Roxin* juzga sobre esta base el caso del médico que al apagar los aparatos interrumpe una prolongación de la vida que se ha vuelto inútil y que nos sitúa ante una dramática alternativa. Si se acepta un "hecho comisivo", y por tanto, una "eutanasia activa", "no hay forma de evitar" la pena conforme al § 212 StGB.[37] Si, por el contrario, la actuación del médico se interpreta "en sentido jurídico como omisión", entonces no procede la punibilidad, porque en tal caso el médico no tiene un "deber jurídico" de prolongar la vida artificialmente. "La cualidad como acción u omisión decide, por tanto, (...) sobre la licitud o la grave punibilidad".[38]

Yo discuto esto. La cuestión sólo puede ser si la concreta conducta del médico, el apagar el aparato a ese paciente y su esperanza de vida, es o no antijurídica desde el punto de vista de la protección de la vida. Si se valora como antijurídica, esto significa, lógicamente, que el médico tiene que hacerse responsable de que el aparato siga funcionando para una cierta prolongación de la vida. Si se valora como no antijurídica, entonces jurídicamente él no tiene que responder de ello y su hecho tampoco está prohibido como causación activa de la muerte. Por el contrario, carece de relevancia cómo se "contemple" o se "abarque" la conducta en el campo previo de la valoración ético-jurídica, si como "acción" o como "omisión".

Así, en contra de *Roxin*, se puede poner el acento en el acortamiento activo de la vida y, a partir de ahí, plantearse la cuestión de la infracción del deber en el examen del delito comisivo. Es evidente que la elección del precepto –el § 212 o los §§ 212 y 13 StGB– no puede aportar el menor argumento material a la *respuesta* de la cuestión. Esto está también claro, al parecer, para los contrarios al punto

36. *Baumann/Weber*, AT, 1985, 236; *Geilen*, Strafrecht AT, 1977, 232; *Haft*, Strafrecht AT, 3. ed., 1987, 175; *Wessels*, AT, 1994, n. 699.

37. Menos riguroso en NStZ 1987, 345 (349).

38. FS-Engisch (*supra* n. 33), 1969, 396 ss. [*Problemas básicos del DP*, 1976, 239 ss].

de vista de *Roxin* ("omisión por hacer"). Ellos no ven que la cuestión de la antijuridicidad se decida previamente a través del precepto (§ 212 StGB). La mayoría lo niegan expresamente o se inclinan a hacerlo. *Eser* opina, incluso, que se puede constatar que no puede "existir ninguna duda en cuanto al resultado de que, allí donde una interrupción del tratamiento con medicamentos o con terapia hubiera sido lícita, también tiene que ser lícita la interrupción del tratamiento técnico".[39]

En este ejemplo podemos reconocer que también el examen del delito comisivo abarca *de hecho* la cuestión de si el que actúa tenía que responder jurídicamente por la no producción del resultado causado por su acción. Quien no otorga validez aquí a este presupuesto, cae en una contradicción. Pues la solución podría ser entonces hacer responder penalmente al médico por homicidio activo por la desconexión, aunque él no era responsable jurídicamente de la evitación de la muerte por omisión de la desconexión.

Lo que hace tan difícil la perspectiva es la debilidad de la ciencia penal alemana, al aparentar, mediante diferentes conceptos continuamente cambiantes, que se trata de cuestiones materiales diferentes, cuando en realidad se trata de la misma. Un ejemplo: La Sra. F regala a su nieta K de siete años y algo torpe un monopatín, para su fortalecimiento físico. M, la madre de K, no impide su uso. Y se produce una dolorosa caída, lo que ambas mujeres temían seriamente. –El examen de la punibilidad por lesiones, para M, que sólo omite, se ajusta al § 13 StGB. El elemento *omisión* exige preguntarse si M era capaz de evitar la lesión y el presupuesto del *tener que responder jurídicamente* lo entendemos en el sentido de que, en primer lugar, tiene que darse una competencia básica para la evitación (posición de garante) y después una concreta infracción del deber. De estos tres puntos, sólo el tercero es dudoso, porque en las circunstancias descritas, incluso para una "garante protectora", permitir el juego peligroso pero habitual podría haber sido un "riesgo permitido".

39. En *Schönke/Schröder*, StGB, 1991, antes del § 211, n. 32 (con referencias al estado de la discusión).

Si miramos ahora a F, que causa activamente mediante su regalo, nuestro examen pasa por los *mismos presupuestos*, aunque bajo conceptos distintos. Pues, ¿por qué constatamos, en primer lugar, que F ha causado el daño a la salud mediante una actuación voluntaria? Evidentemente, estos hechos no pueden ser decisivos *como tales*. Sólo lo son en su *significado normativo*. Esto es: los *valoramos y* derivamos de ellos que F cumple ciertos presupuestos de responsabilidad. De la *voluntariedad* de su acción *y* de su *causalidad* respecto del resultado de lesión *se deduce* lo jurídicamente relevante, a saber, que F, en primer lugar, era capaz de evitar el resultado y, en segundo lugar, que también era básicamente competente, esto es, garante respecto de la fuente del peligro con su propia persona, de cuya actuación proviene la amenaza para la integridad de K. Ambas circunstancias, capacidad y competencia, son –exactamente igual en M que en F– condiciones necesarias para hacerles responder por el § 223 StGB. El tercer punto coincide, evidentemente, con el examinado para M. Se trata de la concreta lesión del deber (de cuidado), sólo que formulamos la pregunta de forma conceptualmente diferente: como una cuestión no del deber jurídico de responder de la evitación del resultado, sino de la imputación objetiva del resultado. Los aspectos materiales que, probablemente, nos lleven a negar en M el deber de responsabilizarse y en F la imputación objetiva, son los mismos.

No se falsificarían las cosas, sino que se clarificarían con el cambio del elemento dogmático frente al legal. En vez de la imputación objetiva se podría preguntar, ya en el delito comisivo, si quien actúa tiene que responder jurídicamente de que su actuación no cause el resultado.

Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal

Daniel R. Pastor

Abogado y Doctor en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires.
Se desempeña como Profesor Adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
Ha sido becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad de Colonia (1997-1999) y actualmente es becario de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto de Ciencias Jurídico-penales Conjuntas de la Universidad de Múnich.

Sumario: 1. El problema y su importancia – 2. La evolución de la cuestión y su regulación positiva – 3. La suerte del derecho al plazo razonable en la aplicación práctica: la opinión dominante – 4. La interpretación del plazo razonable propuesta en este trabajo: 4.1 Introducción; 4.2 El carácter legal del plazo razonable: 4.2.1 El argumento del mandato expreso del orden jurídico internacional; 4.2.2 El argumento del mandato expreso del principio del Estado de Derecho; 4.2.3 El argumento del principio *nulla coactio sine lege*; 4.2.4 El argumento del principio de legalidad material; 4.2.5 El argumento de la división de poderes; 4.2.6 Primeras conclusiones intermedias; 4.3 Las consecuencias jurídicas del cumplimiento del plazo razonable: 4.3.1 El plazo razonable con los efectos de un plazo procesal; 4.3.2 El cumplimiento del plazo razonable como impedimento procesal; 4.3.3 Segundas conclusiones intermedias – 5. Excurso: una solución transitoria – 6. Conclusiones finales.

Resumen: La cuestión de la duración del enjuiciamiento es hoy uno de los problemas centrales del derecho procesal penal. La excesiva duración del proceso impide que el derecho penal pueda alcanzar sus fines en forma eficaz, pero también

pone en crisis el funcionamiento de los principios básicos de un proceso penal adecuado al Estado constitucional de derecho. Con la prolongada duración de los procesos la incertidumbre y las restricciones de la libertad y de otros derechos, que el proceso siempre supone para el imputado, se tornan intolerables, especialmente si el problema se analiza con la mirada puesta en el principio de inocencia. Más allá de que la solución de la cuestión debe provenir del campo de la política criminal y de la reforma del derecho penal expansivo e inflacionario, como así también de una necesaria reorganización judicial que permita una utilización racional de sus recursos, el problema debe ser analizado desde el punto de vista del derecho del imputado a una rápida conclusión del proceso. Para ello es preciso un estudio dogmático de ese derecho procesal subjetivo del acusado. Si bien las quejas por la lentitud de los tribunales no son nuevas, el derecho a un juicio penal rápido, con excepción de los antecedentes constitucionales de los Estados Unidos de América, sólo fue regulado positivamente después de la Segunda Guerra Mundial y particularmente en los tratados internacionales de derechos humanos. De todas las formulaciones, de vigencia equivalente, la de mejor factura es la que otorga al imputado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. La interpretación dominante, originada en el Tribunal Europeo de derechos humanos y asumida por otros órganos internacionales de control de los derechos fundamentales, los tribunales nacionales y la doctrina, sostiene que el plazo no es un plazo en sentido procesal y que no puede ser medido en días, semanas, meses o años, sino que al finalizar el proceso debe ser considerada su extensión total y definitiva para después examinar si ella fue razonable. Para tal evaluación, según la opinión dominante, se debe tener en cuenta el hecho imputado, su gravedad, las dificultades probatorias, la actitud del imputado y la conducta de las autoridades encargadas de la persecución. Cuando se afirma que la duración de un proceso ha sido irrazonable la consecuencia jurídica de la opinión dominante es la compensación de la violación del derecho, ya sea por vía de indemnización, perdón de la pena, atenuación, etc. Esta opinión es altamente cuestionable desde el punto de vista científico. Ello se debe a que la solución propuesta no brinda criterios seguros, sino que deja muy abierta la determinación judicial de la

cuestión, y tampoco ofrece, en materia de consecuencias, una salida aceptable, dado que para el derecho procesal moderno no es suficiente con que la violación de un derecho básico sea solamente compensada. Por lo contrario, el derecho al plazo razonable de duración del proceso constituye, ente todo, un mandato para que el legislador establezca en la ley procesal los tiempos máximos de duración de los procesos. Ello para dar satisfacción a los principios del Estado de Derecho, de legalidad material, de *nulla coactio sine lege*, de respeto por el derecho internacional y de la división de poderes, todos los cuales exigen que la duración de la coacción estatal que representa el proceso penal sea establecida por el Parlamento y no por los jueces, que son los que en definitiva están limitados en sus poderes por la regla del plazo razonable. Los criterios para la evaluación de la razonabilidad deben servir de orientación para que el legislador pueda establecer en abstracto distintos plazos según parámetros objetivos de complejidad. La consecuencia del cumplimiento del plazo sin sentencia definitiva firme es la pérdida de legitimidad de la persecución, la falta de capacidad o competencia del Estado para continuar con el enjuiciamiento de ese caso, situación que en el proceso se hace valer por medio del sistema de los impedimentos procesales o excepciones que están previstos justamente para evitar que siga adelante un enjuiciamiento que se ha tornado ilegítimo por la ausencia de uno de sus presupuestos fundamentales: la duración razonable del proceso.

Palabras-clave: tempo do processo; prazo razoável; direitos fundamentais.

1. El problema y su importancia

La naturaleza dilemática del proceso penal, que se revela en su doble finalidad, inevitablemente conflictiva, de realizar el derecho penal sin menosprecio de los derechos fundamentales del imputado, ha sido considerada por Roxin como el atractivo y la dificultad característicos del derecho procesal penal.[1] La

1. ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*. Múnich, 1998. p. 4 (hay versión castellana de esa misma edición: *Derecho procesal penal*, trad. Gabriela E. Córdoba; Daniel R. Pastor, Buenos Aires, 2000, p. 4).

manifestación más extensa –y también la más dramática– de este dilema se aprecia en la contradicción que aparentemente existe entre el sometimiento de una persona a enjuiciamiento penal y el reconocimiento de que goza del principio de inocencia, especialmente cuando se le aplican las medidas de coacción más intensas, que son las que afectan dicho principio hasta, en los hechos, neutralizarlo. Pero también por la sola realización del proceso, que es siempre coacción en sí mismo y que no puede ser pensado sin esa coacción, al menos en potencia como reaseguro de la efectiva producción de sus actos, los derechos individuales se ven menoscabados: "el simple inicio y tanto más el desarrollo del proceso penal causa sufrimiento: el sufrimiento del inocente es, desgraciadamente, el costo insuprimible del proceso penal".[2]

Por ello, uno de los problemas más importantes al que se enfrenta el derecho procesal penal en la actualidad es el de la duración del enjuiciamiento, lo cual equivale a la duración de la neutralización del principio de inocencia que, como es evidente, debería ser breve, de modo que en el menor tiempo posible o bien el estado de inocencia, frente al hecho, quede consolidado definitivamente por la clausura del proceso a favor del imputado y terminen las molestias judiciales, o bien quede suprimido, también definitivamente, por la declaración firme de la necesidad y del deber de imponer una condenación al inculpado.

La situación descrita muestra las dos caras del problema de la excesiva duración del proceso penal. Por un lado, la prolongación del enjuiciamiento sin definición sobre la relación material que subyace a la acción perjudica los fines sustantivos del derecho objetivo, impide que la paz jurídica, jaqueada por la sospecha, se restablezca con la sentencia, sea absolutoria o condenatoria. Por el otro, también el derecho fundamental del imputado a ser juzgado tan rápidamente como sea posible es violado por la excesiva duración del proceso. Este trabajo sólo se ocupa de este segundo problema, a saber, del análisis dogmático de un derecho

2. CARNELUTTI, Francesco. *Principi del processo penale*. Napoli, 1960. p. 55.

procesal subjetivo del inculpado,[3] el derecho fundamental a ser juzgado dentro de un plazo razonable. La cuestión de cómo acelerar la duración de los procesos no es tratada ni resuelta aquí, aunque, como se verá, la interpretación de ese derecho fundamental que este escrito defiende es también un instrumento que sirve a la vez para resolver ese problema en el caso individual y mejorar las condiciones de trabajo de la administración de justicia penal en general.

En la actualidad la excesiva duración del proceso penal es, sin duda, uno de los problemas cruciales del enjuiciamiento penal. Guarnieri, cuya afirmación puede ser trasladada sin esfuerzo a todas las naciones de derecho codificado, señala que el principal y más grave de los problemas actuales de la administración de justicia en Italia, y que reúne a todos los demás, es el de la duración de los procesos, y lo es tanto que este autor, además de recordarnos la proverbial sentencia "justicia lenta, justicia negada", afirma que por este problema la justicia italiana no puede ser considerada digna de un país civilizado.[4]

El propio Guarnieri brinda los siguientes datos de duración de los procesos penales en promedio en algunos países europeos: entre 9 y 13 meses en Italia, de 3,9 a 5,1 en Alemania, entre 7 y 9 en Francia. En Italia el 48% de las personas privadas de su libertad son imputados en prisión preventiva a la espera de juicio. La situación es similar en casi todos los países.[5] La afectación del principio de inocencia es evidente.

Esta disfunción de los sistemas judiciales por el retraso en la conclusión de los procesos pone en crisis toda legitimación y todos los postulados del derecho procesal penal. En efecto, las graves restricciones de la libertad y todas las demás cargas y perjuicios que el proceso penal entraña para el inculpado –y que deben

3. WEIGEND, Thomas. *Verhandlungen des 60.* Deutschen Juristentages (Münster 1994). Múnich, 1994. Sección M (derecho penal), p. 11 y ss.

4. GUARNIERI, Carlo. *¿Cómo funciona la máquina judicial?* El modelo italiano. Trad. Alejandro W. Slokar; Norberto F. Frontini. Buenos Aires, 2003. p. 163.

5. Ídem, ibídem, p. 128 y ss.

ser sufridas por él pues la ley impone a todo sospechoso el llamado deber de soportar el proceso–[6] no pueden ser mantenidas, sin lesionar de modo intolerable el principio de inocencia, cuando la duración del proceso sobrepasa el límite de lo razonable. Toda la estructura instrumental del proceso penal está pensada para actuar en términos relativamente rápidos y si ello no se consigue la justificación de sus poderes de intervención en los derechos fundamentales se deteriora y los daños que ocasiona se tornan irreparables. Ejemplo de esta patología es la prisión provisional, normalmente vista como una de las cuestiones más problemáticas del derecho procesal penal, aunque, en verdad, lo problemático no es la privación de libertad procesal, sino la duración del proceso que permite la existencia y la persistencia de la prisión preventiva. Si no hubiera proceso alguno cuya duración excediera los dos o tres meses, la prisión provisional sería, salvo para quien sufra ese tiempo de detención injustamente, un problema menor en comparación con su relevancia actual.

Más allá de ello, decisivo es el daño que el proceso sin definición causa a quien es inocente, pero también a la realización adecuada del derecho cuando el imputado es culpable y, finalmente, al pleno respeto de los derechos fundamentales cuando respecto de quien, aunque no se sabe si es culpable o inocente, se ve sometido a una "pena de proceso" excesiva, cuando no interminable.

Una dogmática adecuada del derecho fundamental de toda persona ser juzgada dentro de un plazo razonable debería servir a solucionar estos relevantes problemas.

2. La evolución de la cuestión y su regulación positiva

La preocupación por la lentitud de la administración de justicia en general no es nueva y Occidente siempre ha percibido que los molinos de la justicia son

6. ROXIN, Imme. *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*. Múnich, 1995. p. 218.

los que trabajan más despacio.[7] Decía Alcalá y Zamora que "la excesiva duración de los litigios constituye uno de los mayores y más viejos males de la administración de justicia".[8] Ya en la recopilación de Justiniano se recoge una constitución en la que se toman medidas "a fin de que los litigios no se hagan casi interminables y excedan de la duración de la vida de los hombres".[9] Las leyes romanas establecieron un plazo preciso para la duración del proceso penal, disponiendo Constantino que empezara a contarse con la litiscontestación y que fuera de un año; plazo que, en la época de Justiniano, era de dos años.[10] En la *Magna Charta Libertatum* de 1215 el rey inglés se comprometía a no denegar ni retardar derecho y justicia.[11] En el mismo siglo, Alfonso X, *el sabio*, mandaba, en consonancia con la fuente predominantemente romano-justinianea de sus *Siete Partidas*, que ningún juicio penal pudiera durar más de dos años.[12] En los tiempos modernos, el problema fue preocupación de la ciencia jurídico-penal desde sus primeras y embrionarias manifestaciones. Beccaria, en 1764, afirmó que "el proceso mismo debe terminarse en el más breve tiempo posible", porque "cuanto más pronta y más cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y útil; (...) más justa, porque ahorra al reo los

7. WEIGEND. Op. et loc. cit.

8. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estampas procesales de la literatura española*. Buenos Aires, 1961. p. 62.

9. *Constitutio Properandum* (C, III, I, 13, *Proemio*). Se trata de una regulación del año 530, tiempo del Consulado, en Constantinopla, de Lampadio y Oreste. Sin embargo, la regla aparentemente provendría de una Constitución más antigua que se remontaría a los tiempos del Emperador Augusto.

10. MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano*. Trad. Pedro Dorado Montero, Bogotá, 1991. p. 308. Igualmente, en el proemio de la Constitución *Properandum* se informa que la ley limita a dos años la duración de las causas penales.

11. "No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia" ("to no one we will sell, to no one deny or delay right or justice", en la versión inglesa). La regla, si bien no llevaba número originalmente, lleva hoy el 40 (artículo o capítulo) en la mayoría de las ediciones y traducciones. Sigo aquí el texto de Mariano Daranas Peláez, *Las constituciones europeas*, Madrid, 1979, t. I, p. 925.

12. Ley 7, Título 29, Partida 7: "otrosí mandamos que ningún pleito criminal non pueda durar más de dos años".

inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que crecen con el vigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad; más justa, porque siendo una pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia".[13] Medio siglo más tarde que Beccaria sería Feuerbach quien diría que "no tardar es una obligación de los jueces".[14] También Shakespeare, en el que es quizá su pasaje más célebre, puso en boca de *Hamlet* a la lentitud de los tribunales entre las causas que pueden aniquilar a un hombre.[15]

Como resultado de estas ideas el derecho constitucional de inspiración ilustrada consagró expresamente el derecho de la persona acusada de haber cometido un delito a ser juzgada rápidamente. Una primera manifestación expresa está contenida en la Declaración de Derechos hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, en 1776, según la cual toda persona sometida a persecución penal tiene derecho a un juicio rápido ante un jurado imparcial (Sección 8.ª). Este derecho pasó a la 6.ª Enmienda de la Constitución de los EE.UU.: "En todos los juicios penales el acusado gozará del derecho a un proceso rápido".[16]

Pero una preocupación más intensa sobre el derecho fundamental a la pronta conclusión del proceso penal sólo tuvo ocasión de dar frutos después de la Segunda Guerra Mundial, en el marco de la actividad de los tratados internacionales de derechos humanos de esa época que pretenden, frente al horror de los Estados totalitarios nazi y fascista, afianzar el Estado constitucional de derecho y hacer realidad la pretensión de universalidad de los derechos fundamentales perseguida

13. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Trad. Francisco Tomás y Valiente. Madrid, 1982. p. 128 y ss.

14. FEUERBACH, Anselm Ritter von. "Die Hohe Würde des Richteramts (1817)". *Kleine Schriften vermischten Inhalts*. Nürnberg, 1833. p. 132.

15. Acto tercero: "The law's delay".

16. En principio, la regla, producto de la llamada *bill of rights* conformada por las diez primeras enmiendas sancionadas a partir de 1789, regía sólo para la jurisdicción federal, pero con la cláusula del debido proceso de la 14.ª Enmienda (1866) se la consideró aplicable a las jurisdicciones locales (vid. Eduard S Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, 1987, p. 371 y 520).

ya por la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En efecto, a pesar de que, como ya fue mencionado, los lamentos son antiguos, el problema de la excesiva duración del proceso sólo fue objeto de una regulación jurídica positiva específica y decidida después de 1945,[17] cuando en los catálogos de los derechos fundamentales fueron incluidos, junto a las garantías básicas burguesas ya consolidadas, también unos derechos básicos, llamados de "segunda generación", tendentes a reconocer la transformación de las expectativas jurídicas de los individuos derivada del desarrollo de nuevas formas de relación entre estos y el Estado.[18]

Así, si bien la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH) no consideró entre ellos el derecho a un juicio rápido,[19] sí se ocupó expresamente de la cuestión, ese mismo año, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo art. XXV establece que "todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho (...) a ser juzgado sin dilación injustificada".[20]

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH) es el primero de estos tratados internacionales que establece este derecho bajo la fórmula más usual del plazo razonable: "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial,

17. MAIER, Julio. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, 1996. t. I, p. 529. Aunque allí el autor se refiere a la limitación temporal de la prisión preventiva, dicho derecho responde a la misma factura que el que ocupa el centro de este trabajo.

18. Cf. Plácido Fernández-Viagas Bartolomé, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, 1994, p. 17.

19. El art. 10 de la DUDH (adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948), que establece los derechos básicos del acusado y es fuente directa y prácticamente literal de los arts. 6.1 del CEDH y 8.1 de la CADH, no menciona todavía el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

20. Esta norma continua: "o, de lo contrario, a ser puesto en libertad", con lo cual comienza la controversia acerca de la posibilidad de que los procesos puedan tener dilaciones injustificadas (o ir más allá de su plazo razonable) con tal de que el imputado no sufra tal prolongación privado de su libertad.

establecido por la ley, que decidirá sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, o bien sobre el fundamento de toda acusación penal dirigida contra ésta" (art. 6.1).[21]

Luego, en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (PIDCP: en vigor desde 1976) reguló, también en dos oportunidades, este derecho básico del imputado. En primer lugar, en el art. 9.3, al referirse a los derechos de quien está privado de su libertad provisionalmente, se estableció que toda persona detenida "tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable".[22] En segundo lugar, en el art. 14.3.c se recurrió a otra fórmula para regular el mismo derecho de la persona acusada: "ser juzgada sin dilaciones indebidas".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), dada en San José de Costa Rica en 1968 y en vigor desde 1978, siguió textualmente en esta materia, como en casi todas, el modelo europeo. En efecto, en el art. 7.5 se establece que "toda persona detenida o retenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable".[23] A su vez, y con más precisión, el art. 8.1 dispone que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella".

La Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989 y en vigor desde 1990, preceptúa que a todo ser humano menor de edad sometido a proceso penal se le debe garantizar "que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente" (art. 40.2.b.iii).

21. El art. 5.3 del Convenio, al prescribir que toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el proceso, sirvió también a la confusión de una posible prolongación del juicio, más allá de lo razonable, con tal que el imputado viva la duración excesiva en libertad.

22. La objeción que esta norma merece, como ya se adelantó, proviene del resto de la frase: "(...) o a ser puesta en libertad", con lo cual se da a entender literalmente que el proceso podría tener una duración irrazonable con tal de que el imputado no siga privado de su libertad preventivamente.

23. "(...) o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso", frase que repite el problema de la posibilidad de una continuación irrazonable del proceso pero sólo si el imputado está en libertad.

Por lo demás, cabe mencionar que son numerosos los órdenes constitucionales del derecho comparado que incluyen al juicio penal rápido expresamente entre los derechos de la persona sometida a persecución penal. Así, por ejemplo, la Constitución de Canadá establece que toda persona acusada de delito tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable (art. 11.b); la Constitución de México prescribe plazos de entre cuatro meses y un año como máximos para la duración de los procesos penales (art. 20 VIII); según la Constitución de Japón el acusado tiene derecho a un juicio rápido y público ante un tribunal imparcial (art. 37); la Constitución de Portugal dispone que el acusado debe ser juzgado tan rápidamente como ello sea compatible con la salvaguarda del ejercicio de su defensa (art. 32.2); la Constitución española otorga a todas las personas el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 24.2); por último, según una reforma reciente, la Constitución italiana sostiene que la ley debe asegurar la duración razonable del proceso (art. 111).

Todas estas formulaciones remiten a una misma configuración del derecho fundamental en análisis y tienen los mismos alcances: el imputado goza de un derecho constitucional subjetivo[24] según el cual su proceso debe finalizar definitivamente dentro de un plazo que asegure un enjuiciamiento expeditivo. Por ello, en principio, estas diversas fórmulas de regulación de un mismo derecho son indistintas: "por derecho a un proceso 'sin dilaciones indebidas' no cabe entender concepto diferente al de que la causa sea oída 'dentro de un plazo razonable'".[25] Sin embargo, este trabajo ha de ceñirse más estrechamente a la expresión que, de entre todas las que resultan equivalentes, tiene la mejor factura técnica, a saber, la que prescribe el derecho del acusado a ser juzgado dentro de un plazo razonable, pues ella, a pesar de una inevitable textura abierta propia

24. WEIGEND. Op. cit., p. 17; GIMENO SENDRA, Vicente et al. *Derecho procesal penal.* Madrid, 1999. p. 97.

25. GIMENO SENDRA et al. Op. cit., p. 99, quienes citan jurisprudencia coincidente del Tribunal Constitucional español: "por dilación indebida no se está diciendo cosa distinta de lo que dice el art. 6.1 de la Convención europea" (STC 5/1985, FJ5).

de toda regulación de derechos fundamentales, brinda, al menos en parte, una precisión insuperable al establecer la idea de plazo, concepto determinado con toda exactitud por la metodología del derecho procesal penal. Por otra parte, la fórmula del plazo razonable es por sí sola, aunque no únicamente, derecho entre una mayoría de naciones que están emparentadas con una misma cultura jurídica, aunque algunas más lejanamente (así, por ejemplo, Latinoamérica y Europa [CEDH, 6.1 y CADH, 8.1, respectivamente]). Además, la fórmula citada también lleva la preferencia debido a que la opinión dominante que se ha impuesto en esta materia en el ámbito cultural citado ha sido desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a partir de la regla del plazo razonable.

Este trabajo, entonces, está dedicado, en lo que sigue, al estudio dogmático del derecho fundamental del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable, es decir, a describir el estado de la cuestión y a proponer una interpretación posible del significado, de los alcances y de las consecuencias jurídicas de ese derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, sin perjuicio de que también se lo mencione como derecho al juicio rápido, a un proceso sin dilaciones indebidas, o, que, directamente, se haga referencia a su antónimo, la excesiva duración del proceso penal, pues esto último es lo que se quiere evitar, en cuanto perjudica al imputado, con el plazo razonable como derecho fundamental, sin perjuicio de que la situación afecte también el interés público en la realización del derecho sustantivo a través de procedimientos eficaces también temporalmente.

3. La suerte del derecho al plazo razonable en la aplicación práctica: la opinión dominante

En las interpretaciones jurisprudenciales la cuestión comenzó a reflejarse decididamente sólo entrados ya los años sesenta. En tal sentido, se debe considerar que en 1968 el TEDH comenzó su larga e interesante serie de sentencias sobre el

punto.[26] En la República Federal de Alemania, la primera sentencia trascendente del Tribunal Supremo Federal (BGH = *Bundesgerichsthof*) sobre el problema de la excesiva duración del proceso penal data de 1966.[27] En 1967 comienza a construirse, en el derecho casuístico de los EE.UU., la jurisprudencia sobre el punto, cuando la Corte Suprema federal reconoció que el derecho a un juicio rápido tiene rango constitucional. Dicha jurisprudencia comenzó en relación con la duración de la detención y luego (1970-1972) se extendió a la duración del procedimiento.[28] Incluso llevó a la sanción de una ley federal que, en verdad, no es más que un régimen de límites temporales al encarcelamiento preventivo.[29] También en Argentina, en 1968, se inicia, con la sentencia "Mattei" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una línea jurisprudencial que, sin alcanzar claridad ni precisión, implicó el reconocimiento de un derecho constitucional del inculpado a que su situación frente a la ley penal y la sociedad sea definida en el menor tiempo posible por la innegable restricción de derechos que supone estar sometido a persecución penal por el Estado.[30]

En esa época el TEDH sentó las bases de lo que es hasta hoy y de modo prácticamente universal la interpretación dominante acerca del significado jurídico de la expresión "plazo razonable", ya se trate del plazo razonable de la prisión preventiva o del proceso. Aquí sólo puedo resumir los rasgos característicos de esa opinión dominante que se desglosa en la definición de lo que se entiende por

26. Más detenidamente considerada en Daniel R. Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, 2002, p. 109 y ss.

27. BGHSt 21, p. 81 y ss. Mas detalles sobre la jurisprudencia alemana en Imme Roxin, op. cit., p. 216 y ss.

28. Casos "Klopfer v. North Carolina", 386 US 213 (1967); "Dickey v. Florida", 398 US 30, 37-38 (1970); "Barker v. Wingo", 407 US 514 (1972), entre otros. Más información al respecto en Yale Kamisar et al., *Modern Criminal Procedure*, St. Paul (Minn.), 1999, p. 1.105 y ss.; y en Tomás Vives Antón, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, en idem, *La reforma del proceso penal (II)*, Valencia, 1992, p. 41 y ss.

29. *Speedy Trial Act* (18 *United States Code* 3161 [1974]).

30. Más noticias al respecto en Pastor, op. cit., p. 241 y ss.

plazo razonable y en la determinación de las consecuencias jurídicas aplicables en caso de que el plazo sea superado.

Dicha posición interpreta, ante todo, que el plazo razonable no es un plazo ("doctrina del no plazo") en el sentido procesal penal, es decir, no considera a dicha expresión como condición de tiempo, prevista en abstracto por la ley, dentro de la cual –y sólo dentro de la cual– debe ser realizado un acto procesal o un conjunto de ellos, sino como una indicación para que, *una vez concluido el proceso*, los jueces evalúen la duración que tuvo el caso para estimar, según una serie de criterios, si esa duración fue o no razonable y, en caso de que no lo haya sido, compensarla de alguna manera. Según la opinión dominante el plazo razonable no se mide en días, semanas, meses o años, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe ser evaluado por los jueces caso a caso –terminado el caso– para saber si la duración fue razonable o no lo fue, teniendo en cuenta la duración efectiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, la gravedad del hecho imputado, la actitud del inculpado, la conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes.

Si ese examen afirma que la duración fue irrazonable se pasa al ámbito de las consecuencias jurídicas y se repara la violación del derecho fundamental ("solución compensatoria") de acuerdo a las posibilidades y a los límites de la competencia del quien decide, de modo que los órganos del derecho internacional de los derechos humanos (el TEDH, la CIDH) mandan indemnizar los retrasos y los tribunales nacionales o bien recurren también a ello o bien, dentro de las posibilidades que le brindan las leyes, atenúan la pena, prescinden de ella, dejan en suspenso su ejecución, remiten a la gracia o al indulto e, incluso, recurren a la sanción de los funcionarios responsables de los retrasos, todo ello con base en que el proceso fue excesivamente prolongado. Sólo excepcionalmente se recurre a la clausura del procedimiento, pues lo normal es que el examen se realice cuando el proceso ya ha concluido.

Esta sigue siendo hasta hoy la posición del TEDH que, por ejemplo, recientemente ha condenado a España, en el caso González-Doria Durán de Quiroga (STEDH de 28.10.2003), por violar el derecho de toda persona a ser juzgada

dentro de un plazo razonable. El caso había tenido una duración total desde su comienzo con la primera actuación ante el Juzgado de Instrucción hasta que finalizó con la decisión del TC de rechazar un recurso de amparo de catorce años, cuatro meses y cinco días.[31] El TEDH reiteró su jurisprudencia anterior y señaló que la evaluación de la razonabilidad de la duración del proceso debía ser realizada de manera global, según las circunstancias del caso, y teniendo en cuenta especialmente la complejidad de los hechos y el comportamiento del imputado y de las autoridades de la persecución penal. Si bien el Tribunal, por unanimidad, consideró que el caso importaba cierta complejidad (numerosos documentos a examinar, necesidad de peritaciones, una reforma procesal intermedia etc.) concluyó que esa complejidad no explicaba una duración tan prolongada y que ella tampoco podía atribuirse exclusivamente al comportamiento del imputado, de modo que condenó a España por la violación del derecho del imputado a ser juzgado dentro de una plazo razonable a compensar el daño moral así causado al inculpado con la suma de 10.000 EUR.

Un aspecto altamente llamativo y constante de la jurisprudencia del TEDH puede ser visto, no sin asombro, en el hecho de que nunca, en los casos de condena a los Estados, estableció en qué momento el plazo había sido violado.

31. El proceso se había iniciado, en 1985, contra el nombrado, abogado y experto en negocios inmobiliarios, y contra otra persona –que corrió la misma suerte y que llevó su caso también ante el TEDH con el mismo resultado– con motivo de una serie de falsificaciones y una estafa cometidas en 1980 en el marco de unos contratos inmobiliarios. La instrucción se extendió por más de cuatro años y al finalizar y pasar el caso a la etapa siguiente tuvo que ser reenviado a la anterior para su adaptación a las entonces nuevas disposiciones procesales de la LO 7/1988, que entretanto había entrado en vigor. Tras un juicio con gran cantidad de vicisitudes, entre ellas reiterados planteos del acusado referidos a la violación de su derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, sólo el 05.05.1997 la Audiencia Provincial de Madrid condenó al imputado como autor de un delito continuado de falsedad en documento público en concurso con un delito de estafa, a la pena de cuatro años de prisión y multa de diez meses, con cuota diaria de 2.000 pesetas. El 04.12.1998 el Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación del condenado y mencionó, en cuanto a las quejas por el retraso del proceso, que la duración excesiva se debía a la complejidad del caso y al comportamiento del inculpado, sin que ello pudiera ser considerado violatorio del derecho a un proceso equitativo dentro de un plazo razonable. El 13 de octubre de 1999 el Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo del condenado y, en lo que la duración del proceso toca, repitió los argumentos del TS. El 15 de diciembre de 2000 al condenado le fue indultada la mitad de la pena privativa de libertad pendiente, según Real Decreto 2.398 del 1.º.12.2000.

De Alemania provino la idea, inspirada en la jurisprudencia del TEDH, de que la violación al plazo razonable, en caso de ser comprobada, fuera compensada ya en el mismo proceso. En efecto, tras algunas vacilaciones iniciales,[32] se asentó la doctrina según la cual la infracción debía ser considerada en la determinación judicial de la pena, pues la excesiva duración del proceso, sufrida por el imputado que resultaba condenado, debe ser tomada como una consecuencia negativa proveniente del Estado y que sufre el imputado a consecuencia del hecho, de modo que disminuye con ello proporcionalmente el reproche de la culpabilidad. Para estos casos se propone, en la medida en que lo permitan los límites de la ley, compensar la violación del plazo razonable con la reducción de la pena, incluso al mínimo, o con la suspensión de su ejecución o hasta con su prescindencia.[33] Sin embargo, la jurisprudencia alemana sigue sosteniendo, aunque sin claridad ni precisión y con menos convicción todavía, que en casos excepcionales la solución debe ser el sobreseimiento del caso y no hace mucho tiempo Alemania resultó condenada por el TEDH por violar el precepto del plazo razonable aunque en la sentencia condenatoria dictada contra el afectado se había tomado en cuenta la situación en el marco de la culpabilidad reprochable y la medición consecuente de la pena y a pesar de que el TEDH, naturalmente, había visto con agrado esta solución compensatoria de los tribunales nacionales.[34]

También en España se acepta, por un lado, que la posible verificación de la violación de este derecho no se establece por el cumplimiento de un plazo, sino que ello se deduce de la evaluación global de la duración de un proceso terminado o que está terminándose, y que, por otro lado, la compensación de las dilaciones

32. Tratadas con todo detalle en Uwe Scheffler, *Die überlange Dauer von Strafverfahren*, Berlín, 1991, p. 24 y ss.

33. Scheffler. Op. cit., p. 46 y ss.

34. Caso "Metzger (Alemania)", sentencia de 31.05.2001. Esta solución del sobreseimiento del proceso ha sido considerada cuando por las características del caso la salida compensatoria se ha visto incompetente (así en el caso de procesos por hechos menores pero de duración exorbitante en los cuales además todavía era necesaria mucha más duración irrazonable antes de ser alcanzada una sentencia que, en caso de ser condenatoria, permitiría la posible compensación de la violación de este derecho).

indebidas en la pena es la consecuencia jurídica de la violación.[35] Pero hasta allí llega el acuerdo, pues lo que no se ha establecido es quién compensa la violación. Algunos autores y cierta jurisprudencia del TS que los respalda[36] se inclinan por la solución alemana de reparar la violación en el ámbito de la determinación judicial de la pena por compensación de la culpabilidad. Sin embargo, la mayoría del TS y el TC parecen inclinarse por no reconocer efectos judiciales a la violación y remitir la cuestión a la gracia o el indulto.[37] Como sea, se impone en España la tesis de la determinación abierta de la violación y la compensación como solución de las violaciones comprobadas.

En Italia, donde el problema es mayúsculo y ha llevado a considerar, como ya se dijo, que gracias a él la justicia italiana no es digna de un país civilizado,[38] el Gobierno se vio en la obligación de reaccionar ante las reiteradas condenas del TEDH y las intervenciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en las que se llamó la atención a Italia por no haber satisfecho la obligación de obedecer las decisiones del Tribunal y del Comité de Ministros que habían señalado la violación por parte de Italia del art. 6 del CEDH por vía de la excesiva duración de los procedimientos judiciales e invitado a ese país a recurrir a nuevas medidas para evitar nuevas violaciones al Convenio. Ante ello, Italia, siguiendo el criterio del TEDH en cuanto a la necesidad de compensar los daños causados por la violación de la regla del plazo razonable, se limitó a establecer por ley la obligación de reclamar esa compensación primero ante el Estado italiano, de modo de evitar por esta vía más condenaciones de Italia por parte del TEDH, al menos por violaciones a este derecho.[39] Sin embargo, ante lo modestas que han resultado esas compensaciones se sostiene que quien sufre la

35. BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid-Barcelona, 2002. p. 124 y ss.

36. Así Bacigalupo, op. cit., p. 125.

37. Ver la información y crítica al respecto en Bacigalupo, op. cit., p. 125 y ss.

38. GUARNIERI. Op. et loc. cit.

39. Ley 89, de 24.03.2001, de previsión de una indemnización equitativa en caso de violación del plazo razonable de duración del proceso.

violación de ese derecho no pierde la condición de víctima ante el TEDH hasta tanto la infracción no haya sido completamente reparada, de modo que si la compensación abonada por el Estado Miembro es insuficiente, el afectado puede reclamar la condena del país a pagar la diferencia ante el Tribunal de Estrasburgo.

En conclusión, se debe afirmar que acerca de la opinión universalmente dominante en la materia es posible advertir, dicho resumidamente, dos criterios centrales:

1. El plazo razonable de duración del proceso penal no es un plazo en sentido procesal penal que debe ser previsto abstractamente por la ley, sino que se trata de una pauta interpretativa abierta para estimar si la duración total de un proceso ha sido o no razonable, para lo cual debe procederse caso a caso, una vez finalizado el proceso y globalmente, tomando en cuenta la complejidad del caso, la gravedad del hecho,[40] las dificultades probatorias, la actitud del imputado y el comportamiento de las autoridades encargadas de la persecución penal.

2. Comprobada la irrazonabilidad de la duración, la violación del derecho debe ser compensada desde el punto de vista material, penal o civil, o dar lugar a sanciones administrativas, penales o disciplinarias, y sólo en casos extremos se justifica el sobreseimiento.

4. La interpretación del plazo razonable propuesta en este trabajo

4.1 Introducción

El propósito de este trabajo a partir de aquí es proponer una interpretación del derecho fundamental del imputado al "plazo razonable de duración del proceso

40. A partir de la STEDH del caso "Metzger", ya citado, se ha introducido de manera preocupante la idea de que la "gravedad de la culpabilidad" del imputado es también un factor a considerar. Esto parece ser una "devolución de gentilezas" a los tribunales nacionales que al aceptar la tesis compensatoria del TEDH la tradujeron en disminución del reproche de culpabilidad y, consecuentemente, en atenuación de la pena.

penal" que se ciña más estrictamente que la opinión dominante a los fundamentos axiológicos del principio del Estado constitucional de derecho y de la dogmática del derecho procesal penal que es su consecuencia. Ese significado dogmático de la regla tratada discrepa con los postulados de la opinión dominante tanto en cuanto al modo de determinación del plazo (tipo del derecho fundamental o antecedente de la regla) como en cuanto a las consecuencias previstas por el orden jurídico para el caso de que él sea sobrepasado (garantía ante la violación del derecho fundamental). Si bien no me ocupo de brindar soluciones *político-criminales* tendentes a *evitar* el problema real, conocido y extendido de la excesiva duración de los procesos penales, las posiciones que aquí son adoptadas contienen también en sí mismas el efecto colateral de provocar la aceleración de los procedimientos o, por lo menos, de llevar a una reorganización y racionalización indispensables de los recursos de la administración de justicia penal y con ello obtener un mayor grado de efectividad, en un doble sentido: tanto en lo que se refiere a la eficacia en el respeto de los derechos fundamentales de las personas sometidas a proceso por el Estado, cuanto en relación –y en consecuencia de lo anterior– con la mayor efectividad en la realización de la ley penal.

En lo que se sigue trataré de justificar por qué, en primer lugar, el plazo razonable debe ser un plazo establecido por la ley (punto 4.2) y después por qué en caso de que el plazo se cumpla el proceso debe ser concluido (punto 4.3).

4.2 El carácter legal del plazo razonable

Según Carrara, "sería burlarse del pueblo el dictar preceptos de procedimiento dejando su observancia a gusto del juez (...) Si el legislador dicta un procedimiento que pueda ser violado al arbitrio de los jueces, no hace una ley, sino que se limita a dar un consejo".[41] Esta frase nos advierte ya de la mayor objeción que puede ser

41. CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Trad. TORRES, José J. Ortega; GUERRERO, Jorge. Bogotá, 1956. t. II, p. 277.

formulada contra la interpretación dominante: ni la determinación de la duración razonable del proceso ni la de las consecuencias por su infracción pueden quedar libradas abiertamente a la voluntad de los tribunales, como lo pretende tal interpretación dominante. Muy por lo contrario, la primera conclusión que se puede extraer dogmáticamente de la garantía de todo imputado a ser juzgado con celeridad es la necesidad de que los ordenamientos jurídicos secundarios (reglamentarios de los derechos fundamentales[42]) establezcan con precisión el plazo máximo de duración del proceso penal y las consecuencias jurídicas que resultarán de su incumplimiento. Sólo en caso de ausencia de esa regulación legal obligatoria tendrán los jueces que asumir un papel activo, con el fin de que la ausencia de norma secundaria no obstaculice la efectividad del derecho. Por tanto, el plazo razonable de duración del proceso penal deber ser fijado por la ley. A continuación desarrollo las razones que avalan lo afirmado.

4.2.1 El argumento del mandato expreso del orden jurídico internacional

Los tratados internacionales que establecen derechos fundamentales deben ser vistos como modelos para las regulaciones del derecho interno de los EE.MM., pues el derecho internacional de los derechos fundamentales ha dejado de lado la práctica tradicional de delegar en la voluntad soberana de los Estados el reconocimiento, a través del derecho constitucional, de los derechos convencionales, para establecer su respeto obligatorio y restrictivo de los márgenes de decisión de los Estados.[43] Así, la nómina de derechos procesales de los distintos tratados debe servir de marco para la redacción de normas procesales, claras y precisas, que den vida y protección (efectividad) a los derechos consagrados abstractamente en ellos. Los catálogos de derechos fundamentales

42. Cf. Maier, op. cit., t. I, p. 162 y ss.; Claus Roxin, op. cit., p. 9.

43. PINTO, Mónica. *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires, 1997. p. 63.

sólo pueden contener principios cuyo desarrollo específico (reformulación adecuada) corresponde a la legislación. Por consiguiente, no se puede esperar que un tratado internacional de derechos humanos (o la Constitución del Estado) vaya más allá del reconocimiento abstracto y general de un derecho determinado y lo regule en todos sus detalles. Esa tarea constituye el contenido de la obligación de los Estados que forman parte de los convenios. En el plano internacional, la función de los órganos de control de los tratados será confrontar las regulaciones nacionales de los derechos convencionales para determinar si satisfacen las pretensiones de un derecho fundamental (control de razonabilidad) o si son insuficientes para asegurar su vigencia plena (función de garantía de los derechos fundamentales).

Es por ello que usualmente los EE.MM. de los tratados internacionales de derechos humanos se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dichos convenios.[44] En nuestra materia, esto significa que los Estados están obligados a regular por ley los plazos de duración de los procesos penales para brindar efectividad al derecho de todo imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Por tanto, los inventarios de derechos fundamentales, sean internacionales o nacionales, deben ser entendidos, en cuanto a la regulación del plazo razonable, como órdenes para la adecuación de la legislación y la práctica con el fin de lograr una efectiva protección de los derechos en cuestión. En torno a ello no hay discrecionalidad para que el Estado decida la forma de satisfacer esta exigencia,

44. Así, por ejemplo, art. 2.2. del PIDCP y art. 2.º de la CADH. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho, al respecto, que pertenecer a la Convención "implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del Poder Público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Caso "Velásquez Rodríguez", sentencia de 29.07.1988). En el caso "Metzger", ya citado, en el cual el 31.05.2001 Alemania resultó condenada por violar el derecho al plazo razonable, el TEDH, en el FJ 42, señaló que "los EE.MM. están obligados a organizar su sistema de justicia de una manera que permita a los tribunales de las instancias inferiores y superiores estar en condiciones de cumplir con todas las exigencias necesarias para terminar con los procesos dentro de plazos razonables".

ya que si bien ello puede ser adecuado en general, no resulta así cuando se trata, precisamente, de limitar la potestad de los jueces, pues permitirle a ellos, y no al legislador, establecer los límites (también temporales) de sus poderes sería tan ingenuo como pedirle al lobo, y no al pastor, que cuide las ovejas.

Por ello, no bien fue establecido internacionalmente el derecho del imputado a que su proceso se realice dentro de un plazo razonable se vio en ello, ante todo, un mensaje claro destinado al legislador, fundado en lo antedicho y en la necesaria vaguedad de la norma en cuestión. Así fue que, en 1953, Hellmuth von Weber, en sus comentarios al CEDH afirmaba que "el proceso debe ser rápido, esto es, debe ser realizado dentro de un plazo razonable (*within a reasonable time*). Esta formulación deja un amplio campo de actuación a la discrecionalidad y, por ello, no será fácil, en el caso concreto, demostrar la lesión de esta obligación (...) La ratificación del Convenio tiene que ser, por ello, un estímulo, más bien dirigido al legislador, para la reforma del proceso penal y, no necesariamente en última instancia, también con referencia a la aceleración del proceso".[45]

Este razonamiento conduce, de modo inexorable, a justificar la afirmación de que *es obligación internacional de los Estados fijar legislativamente un plazo máximo de duración de los procesos penales y las consecuencias jurídicas de su violación.* La ley debe individualizar las herramientas para el cumplimiento de esta obligación omnipresente que es la de asegurar del modo más eficaz posible el respeto de los derechos fundamentales. Así, la reglamentación por ley es la única forma de dar plena satisfacción al derecho en análisis, que persigue limitar la arbitrariedad del Estado en cuanto a la duración del procedimiento, que trata de evitar que las consecuencias negativas del proceso se extiendan indefinidamente y que intenta, en fin, impedir que el instrumental extremadamente cargoso del proceso penal sea utilizado contra los ciudadanos en infracción grave y prolongada del principio de inocencia.

45. WEBER, Hellmuth von. "Die strafrechtliche Bedeutung der europäischen Menschenrechtskonvention". *ZStW* 65 (1953), p. 339.

El derecho internacional de los derechos fundamentales requiere que los Estados contratantes de sus pactos establezcan en sus legislaciones plazos máximos de duración del proceso penal con aplicación de consecuencias para el caso de violación, de forma tal que éstas aseguren la existencia de aquéllos. *La ausencia de una regulación específica de la duración del plazo razonable*, cometida por un país signatario del tratado, *debería conducir ya directamente a que él sea sancionado por la omisión de reglamentar* –y con ello tornar ilusorio– *el derecho analizado.*

Llama la atención, por otra parte, que a pesar de que el TEDH ha desarrollado su doctrina del "no plazo" también para el plazo razonable de duración de la prisión provisional previsto con matices por el CEDH (igualmente por la CADH) los EE.MM. hayan entendido, sin embargo, que era necesario establecer por ley ese plazo, cosa que hicieron, y no así, todavía, el plazo razonable de duración del proceso.[46]

La legislación de muchos EE.MM. de los distintos tratados (CEDH, PIDCP, CADH), por tanto, está en falta frente a esos instrumentos internacionales, por cuanto no han dictado las leyes necesarias para dar plena eficacia al derecho al juicio rápido.

4.2.2 El argumento del mandato expreso del principio del Estado de Derecho

El principio del Estado Constitucional de Derecho reclama que toda la actividad estatal esté regulada (autorizada, pero por ello también limitada) por la ley. El ejercicio del Poder Estatal, lo cual incluye muy especialmente a las decisiones

46. Aunque cierta legislación provincial argentina y la de algunos países de Latinoamérica ya han establecido por ley plazos para la duración de los procesos todavía no es posible conocer completamente la suerte que han corrido esas reglas y si la idea de la necesidad de regulación legal no se consolida dogmáticamente se corre el riesgo de que en la aplicación práctica, siempre tan inclinada a ver los plazos que limitan el poder de la fiscalía o del juez como meros consejos (doctrina de los plazos "ordenatorios"), se pierda el carácter fatal y perentorio que debe tener el plazo máximo de duración razonable del enjuiciamiento penal.

de la Judicatura, siempre debe tener un fundamento legal que representa a la vez el respeto por la preeminencia del derecho pero también por el principio democrático.[47] La regla de derecho, como instrumento limitador del Poder del Estado,[48] es ante todo un imperativo para lograr el mayor campo de libertad para las personas (seguridad), en tanto que les garantiza que sólo deberán omitir (o ejecutar) aquellas acciones que están prohibidas (o mandadas).[49] La otra cara de la medalla de este principio es la prohibición para el Estado de realizar aquellas actividades que no le están expresamente autorizadas. En este sentido, una de esas actividades, sin duda la de mayor peligro para los derechos individuales, es el ejercicio del Poder Penal que monopólicamente ostenta el Estado, el cual no puede ser llevado a cabo sin previa autorización legal y dentro de los límites de esa autorización.[50]

El proceso penal en su conjunto afecta derechos del imputado por su mera realización, aun cuando no se dispongan medidas concretas de coacción. Es sabido que al ciudadano sometido a investigación penal se le exige tolerar el proceso y cumplir ciertos deberes que le son atribuidos bajo la amenaza de ejecución coactiva. Esto constituye una clara intervención en los derechos o libertades del imputado y sobre los límites temporales de esa intervención también debe decidir el Parlamento, pues la Constitución ha delegado en el legislador y no en los jueces

47. Cf. Theodor Maunz; Reinhold Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, Múnich, 1998, p. 95.

48. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, 2001, p. 104, explica que por Estado de Derecho se entiende "un tipo de ordenamiento en que el Poder Público, y específicamente el penal, está rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes)". Para Maier, op. cit., t. I, p. 90, "la limitación de los Poderes del Estado es la nota característica del Estado de Derecho".

49. "Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena" (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, art. 5.º). Según Ferrajoli (op. cit., p. 34 y ss., y 71 y ss.) este nexo entre libertad y legalidad, esta concepción de la libertad civil como libertad negativa garantizada por las leyes, es uno de los elementos fundamentales de la estructura del Estado de Derecho y rasgo distintivo de toda la tradición jurídica ilustrada y liberal (vid. también en Ferrajoli [op. cit., p. 71, n. 5] la transcripción sucinta del principio según fuera expuesto en cada uno de los autores clásicos de la ilustración).

50. Principio de reserva de la ley.

la determinación precisa de las medidas que limitan los derechos individuales.[51] Se trata del principio de reserva legal regulado por el derecho público,[52] pero de extraordinaria importancia para el orden jurídico-penal.[53]

A su vez, el sistema político del Estado de Derecho exige que las reglas que restringen la actuación penal del Estado sean también establecidas por el legislador de forma tal que los derechos fundamentales tengan una vida práctica y efectiva. "Todos los principios limitadores del Poder Penal del Estado que contiene la Constitución (...) son desarrollados y reglamentados en los códigos de procedimientos penales y leyes orgánicas judiciales. Al menos, así debe ser, por la supremacía constitucional que determina la vigencia de la ley".[54] Los reaseguros de este principio son las prohibiciones de que la reglamentación legal menoscabe el derecho básico reglamentado[55] y la de dejar abierta (delegar) la posibilidad de restringir los derechos fundamentales. Si los derechos fundamentales deben ser reglamentados con más detalle y precisión, como "forma de traducir a la realidad cotidiana de la persecución penal la protección necesaria de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Estado para quien es perseguido penalmente",[56] es evidente que esta tarea corresponde al legislador.

En cuanto al problema de la excesiva duración del proceso penal, el esquema anteriormente expuesto determina que ni el límite máximo de prolongación de un proceso (plazo razonable) ni las consecuencias jurídicas de sobrepasarlo pueden ser definidos por la ley de un modo abierto ni dejados a la determinación de los jueces (teoría del concepto jurídico indeterminado), sino que deben ser establecidos

51. Así como también su contenido, vid. Maunz; Zippelius, op. cit., p. 150.

52. KLEINKNECHT, Theodor; MEYER, Karlheinz; MEYER-GOSSNER, Lutz. *Strafprozeßordnung*, Múnich, 1997. p. 8.

53. MAIER. Op. cit., t. I, p. 204.

54. Ídem, ibídem, t. I, p. 91 y 162 y ss.

55. Intangibilidad o inalterabilidad del contenido esencial del derecho fundamental.

56. MAIER. Op. cit., t. I, p. 164.

por el Parlamento para que realmente rija en toda su extensión el principio político según el cual toda la actividad del Estado, pero especialmente la que entraña el ejercicio de su violencia punitiva, tenga su legitimación en la ley y encuentre en ella también sus límites, incluso temporales.

En el régimen procesal penal de un Estado de Derecho la ley es la única fuente de sus normas.[57] Así pues, el plazo razonable debe ser fijado por la ley y no por los tribunales, ya que para el orden jurídico-político de un Estado Constitucional de Derecho resulta inaceptable el derecho judicial e incluso penalmente desaprobado en el caso de decisiones *contra legem* (delito de prevaricación).

4.2.3 El argumento del principio nulla coactio sine lege

La coacción estatal punitiva, en tanto que intervención y menoscabo de derechos y libertades fundamentales reconocidos por el orden jurídico, se ejerce, principalmente, a través de la pena, pero también el proceso penal es, por definición, coerción estatal.[58] Los instrumentos particulares para el ejercicio de esta coacción procesal son diversos y bien conocidos. La característica común a todas estas intervenciones procesales en la esfera de derechos básicos de los individuos es la necesidad de que tales actividades procesales estén previamente establecidas y reguladas por la ley en toda su extensión y con toda precisión. Esta exigencia se conoce, para distinguirla del uso más extendido de la expresión legalidad procesal, como principio *nulla coactio sine lege*.[59] Esta coacción, que existe sólo por mandato legal, no se restringe a la prisión preventiva o a otros actos de idéntica energía de afectación de derechos. Por lo contrario, ella está presente en todos los actos del procedimiento, con lo cual toda la ley procesal penal debe quedar bajo la vigencia

57. MAIER. Op. cit., t. I, p. 120 y ss., y 193 y ss.

58. Ídem, ibídem, p. 511.

59. Así llamado por Eberhard Schmidt, "Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen", *NJW* 1962, p. 665.

del principio *nulla coactio* y sus repercusiones jurídicas. La libertad del imputado se ve ya afectada con la mera realización del proceso en virtud del cúmulo de obligaciones que ello representa para él y de la posibilidad de ejecución coactiva que pende sobre cada incumplimiento.[60]

Carece de todo sentido suponer que las distintas medidas del procedimiento y cada una de ellas deben estar regidas por el principio *nulla coactio* y no extraer, también, la misma conclusión para el proceso en su conjunto, ya que la existencia del proceso es presupuesto de cada una de sus medidas y si estas requieren la fijación por ley de sus alcances y requisitos, entonces también los alcances del proceso en su totalidad deben estar fijados legislativamente. Las medidas concretas de coerción suponen, como presupuesto de validez, el ser tomadas en un proceso dado, el cual, a su vez, debe estar íntegramente predeterminado por la ley, de ahí que se lo llame proceso legal o "debido proceso legal". Esta legalidad, legismo o legitimidad del proceso[61] abarca también los límites temporales de su validez. De este modo se afirma una relación recíprocamente dialéctica entre pena, proceso y medida de coacción procesal, según la cual un término supone al siguiente y todos deben estar determinados legislativamente con los alcances propios de los principios *nulla poena*, *nullun crimen* y *nulla coactio*: no hay coerción sin proceso fijado por la ley y no hay proceso sin ley que predetermine el hecho como delito y establezca la pena. Cada paso del procedimiento carece de sentido si no es contemplado con la imagen o la amenaza de la coacción pública detrás de él. Por tanto, si el proceso en sí es un acto de coerción o bien un conjunto de actos de coacción o de actos cuya realización es asegurada por medidas de coerción, que siempre intervienen en los derechos fundamentales de las personas, entonces su duración misma debe estar establecida por la ley con precisión.

60. La Corte Suprema argentina ha reconocido no sólo esta afirmación, sino también su carácter autoevidente, al declarar, ya en 1968 y precisamente en un caso sobre duración del proceso, que *el enjuiciamiento penal comporta una innegable restricción de la libertad del imputado* (CSJN, *Fallos*, t. 272, p. 188 y ss.).

61. En palabras de Maier, op. cit., t. I, p. 91 y 121.

El Poder Penal del Estado se manifiesta en tres actividades distintas.[62] La primera de ella consiste en la potestad de limitar de un modo vigoroso la libertad de las personas a través de las prohibiciones y mandatos penales. De esta forma, los individuos son *constreñidos* a no realizar determinadas acciones o a no omitir las acciones dispuestas como obligatorias. La legitimación democrática y constitucional de estas restricciones de la libertad proviene de la necesidad de que estén establecidas por el Parlamento y mediante leyes generales previas y claras. A su vez, en segundo lugar, también las penas que sufrirán *compulsivamente* los infractores son sólo admisibles en tanto estén fijadas en la ley con toda precisión. En tercer término, la persona sospechosa de haber realizado una de esas conductas penalmente prohibidas es *obligada* a soportar el juicio previsto por la ley para determinar si realmente ha cometido alguna de esas conductas y, en ese caso, aplicarle alguna de las reacciones jurídicas predeterminadas por la ley. En esto último, como contracara del principio de legalidad procesal (obligatoriedad), corresponde al imputado la obligación de tolerar las investigaciones penales.[63] Estas tres actividades del Estado, a saber, *prohibir*, *juzgar* y *castigar*, en tanto obligatorias para las personas que las sufren, esto es, restrictivas de la libertad individual, deben estar claramente previstas por la ley[64] (principio de reserva).

No es necesaria una exposición detallada para explicar la forma en que el proceso menoscaba la libertad personal del imputado. Lo decisivo es, en primer lugar, la necesaria disposición del sospechoso a cumplir con los deberes que le genera el proceso, algo que ya muestra, como contrapartida, una severa restricción de la libertad, dado que esas obligaciones procesales no son, como es sabido, de cumplimiento voluntario. Además de esta restricción de libertad, de intensidad variable[65] pero

62. Vid., más detalladamente al respecto, Ferrajoli, op. cit., p. 34 y ss., y 71 y ss.

63. ROXIN, Imme. Op. cit., p. 147.

64. FERRAJOLI. Op. et loc. cit.

65. Ello depende, en gran medida, de las circunstancias del caso pero también de la propia actitud del afectado, ya que si no asume las restricciones impuestas a su libertad es obligado a asumirlas con más privación de libertad.

siempre existente, se debe considerar, en segundo término, a los restantes menoscabos que produce el proceso penal en los derechos fundamentales del imputado y que fundamentan la necesidad jurídica de que todo el proceso, incluidos sus límites temporales, esté fijado por la ley de modo tal que la autorización jurídica que recibe el Estado para usar su Poder Penal quede perfectamente enmarcada, para que así se pueda distinguir con seguridad los momentos en que es legítimo o ilegítimo su ejercicio, siempre restrictivo de derechos fundamentales.

Es por ello que la vigencia efectiva del principio constitucional del *nulla coactio sine lege* requiere que la duración máxima posible de la intervención del Estado en los derechos individuales a través del proceso penal (el plazo razonable) esté regulada por la ley previamente y con toda precisión.

4.2.4 El argumento del principio de legalidad material

La exigencia del orden jurídico de que deban ser regulados por la ley todos los alcances de la intervención en los derechos fundamentales que supone el proceso se impone también por el reconocimiento del carácter similar a la pena del derecho material que éste tiene. En efecto, más allá de los fines, naturalmente formales, que la ley le atribuye al proceso penal, en los hechos él suele cumplir inevitablemente otros, de tipo material. Las reflexiones integrales más modernas que se han ocupado del funcionamiento del sistema penal y de precisar sus fundamentos axiológicos[66] han demostrado con lucidez que la persecución penal estatal representa ya, con prisión provisional o sin ella, una "pena" por la sospecha: la "pena de proceso". En efecto, sobre todo en los procesos prolongados la persecución implica, desde el comienzo, el sometimiento del imputado a condiciones de "semi-penalización" que se manifiestan en ciertos padecimientos que encuadran en el llamado carácter idéntico a la pena que se atribuye ya al

66. Así, por ejemplo, Ferrajoli, op. cit., passim.

proceso: angustia, gastos, estigmatización, pérdida de tiempo y de trabajo, humillación, descrédito etc.[67] La falta de una determinación aproximadamente precisa de la duración del proceso coloca al enjuiciado en la llamada "situación de doble incertidumbre": no sabe cómo terminará su proceso y tampoco sabe cuándo. A estas cargas hay que sumar, cuando el imputado está en prisión provisional, la directa anticipación de la pena de encierro, sin juicio y sin prueba públicos que certifiquen con certeza su culpabilidad y la necesidad de sufrir una pena privativa de libertad. Su situación de hecho es la de "ya-estar-penado" (*Schon-bestraft-Sein*) de la literatura alemana.[68]

Pues bien, si resulta así innegable que el proceso como tal constituye, desde un punto de vista no sólo jurídico, sino también psicológico, sociológico y hasta ontológico, una especie de pena, entonces es también indiscutible que su medida, esto es, su duración, debe estar predeterminada con certeza por la ley, igual que cualquier otra pena (principio de legalidad). Tanto como nadie –bajo el imperio de un verdadero Estado de Derecho– aceptaría, por su flagrante choque con los principios constitucionales, que una pena tuviera una duración indeterminada, tampoco debe ser tolerada una pena de proceso de duración indefinida.[69]

Por lo tanto, la duración precisa del proceso, en cuanto "pena", debe ser determinada por la ley como cualquier otra pena (principio *nulla poena sine lege*).

67. Según Günter Kohlmann, "'Überlange Strafverfharen' –Bekannt, bedenklich, aber nicht zu vermeiden?", *FS-Pfeiffer*, Colonia etc., 1988, p. 205, erradicar la sospecha que dio origen al procedimiento penal y a la exposición pública del imputado, sobre todo cuando el proceso alcanzó ciertos estadios (procesamiento, acusación, juicio), es imposible, al menos en la consideración social y en sus efectos colaterales, cualquiera que sea el grado de prueba de la inocencia; como máximo uno puede conseguir una prueba burocrática (documental) que lo certifique como inocente frente a la autoridad estatal. Por supuesto, todas estas "desgracias" que acarrea el proceso penal son transmitidas, casi directamente, a las personas cercanas al imputado, como sucede con la pena, cuyo carácter infamante sólo jurídicamente no es transmisible.

68. Vid. al respecto, por todos, Scheffler, op. cit., p. 230 y ss.

69. Si el proceso prolongado es nocivo, su situación no debería ser distinta, por ejemplo, a la del trabajo insalubre, que es tolerado pero limitado por la ley a unos tiempos máximos permitidos.

4.2.5 El argumento de la división de poderes

La opinión dominante en materia de plazo razonable, en cuanto delega en los jueces la determinación de su extensión y consecuencias, viola también el principio de la división de poderes de modo evidente y según ya se ha insinuado precedentemente, toda vez que las reglas del procedimiento deben ser fijadas por el legislador y no por el Poder Judicial. Aquí está en juego el principio democrático mismo, perjudicado irremediablemente en tanto se permita que una decisión trascendente sobre la afectación de los derechos más importantes de los individuos, cual es el límite temporal de la persecución penal, sea tomada por autoridades estatales que no representan tan intensamente como el Parlamento al conjunto de los ciudadanos. La reserva en el Poder Legislativo de la facultad de dictar estas limitaciones de los derechos básicos, en nuestro caso los alcances del deber de los habitantes de estar sometidos a las "molestias y tormentos" del proceso penal, asegura que esas limitaciones serán discutidas y decididas a través de un proceso más transparente que la deliberación judicial, con participación de la oposición y también con amplias posibilidades de intervención de los afectados.[70] Ello se debe a que en el sistema constitucional de derecho los actos de los poderes no parlamentarios (Administración y Judicatura) sólo pueden encontrar en la ley su legitimación democrática. Según el sistema jurídico, "las reglas creadas formalmente por el legislador (Parlamento representativo), de conformidad con las leyes fundamentales del Estado (Constitución escrita), son las únicas que, en principio, permiten fundar correctamente tanto la actuación de los organismos predispuestos para la aplicación de la ley, en caso de conflicto, como la solución de esos conflictos, sean ellos materiales o formales".[71]

Por ello, se debe afirmar que también el principio de la división de poderes, cuya aparición histórica con el triunfo de la ilustración tuvo una importancia decisiva

70. Así en las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán en BVerfGE 40, p. 248 y ss.; 49, p. 126 y ss.; 95, p. 307 y ss.; vid. también Maunz; Zippelius, op. cit., p. 95.

71. MAIER. Op. cit., t. I, p. 193.

en la configuración del proceso penal actual,[72] impone que la reglamentación del plazo razonable sea llevada a cabo por vía legislativa para que de ese modo rija eficazmente una verdadera reserva de la ley, de modo tal "que la intervención del Estado en la esfera de libertad del imputado sólo pueda ser llevada a cabo de acuerdo a la decisión de las leyes, las que deben establecer los presupuestos, contenidos y límites de aquélla del modo más preciso posible, para que, de esa forma, las medidas estatales sean previsibles para los ciudadanos".[73]

4.2.6 Primeras conclusiones intermedias

Hasta aquí creo haber justificado dogmáticamente la necesidad de que la ley procesal penal establezca el plazo (o los plazos[74]) que considere razonable(s) para la duración del proceso. No puedo, en cambio, establecer aquí y ahora cuál es (o cuáles son) ese plazo (o esos plazos) que debe imponer el legislador. Esa tarea es ajena al método de este trabajo y depende de una investigación empírica de campo acerca de las razones que provocan los retrasos del procedimiento y de un estudio del modo en que los distintos factores posibles (tipo de procedimiento, complejidad probatoria del hecho, dificultades en la aplicación del derecho al caso, cantidad de delitos, de imputados, de víctimas etc.) deben ser combinados para establecer esos plazos.

4.3 Las consecuencias jurídicas del cumplimiento del plazo razonable

4.3.1 El plazo razonable con los efectos de un plazo procesal

Ante todo de debe reconocer que el plazo razonable es un plazo entendido con el sentido que le asigna el derecho procesal penal a tal expresión, ya que de

72. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 10.

73. Ídem, ibídem.

74. El plazo legal máximo para la duración del proceso no tiene que ser necesariamente un plazo único.

otro modo, esto es, con el criterio de la opinión dominante, no es posible cumplir con la finalidad de garantizar el derecho fundamental en cuestión, pues la regla que lo establece pretende la introducción de plazos al proceso y no otra cosa. Este derecho fundamental tiene una finalidad específica, precisa y clara: evitar que las personas sometidas a proceso penal sean efectivamente perseguidas más allá de un plazo cierto.

Por regla general, plazo es el espacio de tiempo dentro del cual debe ser realizado un acto procesal.[75] En efecto, plazo, para el derecho procesal penal, es toda *condición de tiempo* puesta al ejercicio de una determinada actividad procesal.[76] En relación con el plazo razonable esto quiere decir que todo el proceso, como conjunto máximo de la actividad procesal, debe (sólo puede) ser realizado dentro del tiempo fijado como razonable. Dicho de otra manera, el plazo razonable es aquel período únicamente dentro del cual puede ser llevado a cabo un proceso penal adecuado al Estado de Derecho. Ese lapso es determinado de acuerdo a la normativización de la medición del tiempo que rige todos los aspectos de la vida cotidiana; así pues, normalmente, los plazos son establecidos en horas, días, semanas, meses y años.

El contraste entre aquello que el orden jurídico concibe como "plazos del proceso penal" y lo que percibe por "plazo del proceso penal" la opinión dominante en materia de juicio rápido no podría ser mayor. Así, mientras que para la opinión dominante en la materia el plazo razonable del proceso penal no puede ser fijado en abstracto ni medido en días, semanas, meses o años, el orden jurídico, en cambio, no conoce ninguna otra forma de tratar con plazos que no sea en abstracto[77] y a través de esas unidades temporales. Obsérvese, por otra parte, que todos los Estados

75. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 169. Los *plazos de inactividad*, como, por ejemplo, el plazo de suspensión de la vista oral, la audiencia de juicio o de debate ante la ampliación de la acusación, son una excepción en los ordenamientos procesales.

76. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo; Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires, 1954. t. III, p. 76.

77. Los plazos judiciales o judicialmente determinables necesitan igualmente un marco legal previo y se limitan a cuestiones intrascendentes del proceso y no a la reglamentación de un derecho fundamental.

de derecho avanzados han entendido que la norma del derecho internacional de los derechos humanos según la cual la prisión preventiva no puede sobrepasar un plazo razonable era un mandato para limitarla a través de plazos legales; y así lo han hecho y los han establecido en meses o años según los casos.

Así pues, por "ser juzgado dentro de un plazo razonable" sólo se puede entender, con rigor dogmático, que el proceso penal debe tener un plazo máximo de duración establecido por la ley más allá del cual aquél no podrá seguir siendo llevado a cabo.

4.3.2 El cumplimiento del plazo razonable como impedimento procesal

El hecho de que un proceso haya alcanzado su plazo máximo de duración razonable debe ser tratado, técnicamente, como un impedimento procesal, que es el medio a través del cual se hace efectiva, en un procedimiento concreto, la consecuencia que se deriva de la violación de una regla de derecho limitadora del Poder Penal del Estado, con el fin de obstruir la continuación de un juicio que se ha tornado ilegítimo. Frente a esta infracción el proceso no puede seguir adelante y debe ser concluido de un modo anticipado y definitivo. Una correcta comprensión de la función de garantía judicial de los derechos fundamentales que tienen las estructuras procesales impone esa conclusión como la única adecuada a la situación. De ningún otro modo *no arbitrario* puede ser garantizado este derecho fundamental. Para ello, el sistema de los impedimentos procesales es el instrumento que mejor sirve para alcanzar este cometido, pues dichos obstáculos, como es sabido, están predispuestos para evitar la continuación del proceso, por razones ajenas al fondo del asunto, cuando está afectada su legitimidad. Son la contracara de los presupuestos procesales o condiciones de procedibilidad requeridos para que el proceso y la eventual condenación sean válidos.

Una vez establecido, como lo ha sido precedentemente, que el sistema de los impedimentos procesales es el remedio técnico que el derecho procesal penal brinda para tratar el problema de la excesiva duración del proceso penal en cuanto

violación de un derecho fundamental del acusado y en tanto que ese derecho indica que no es posible continuar con un procedimiento que ha superado su plazo máximo de duración razonable, dependerá de cada ordenamiento positivo concreto el saber cuál es el vehículo procesal previsto para tales situaciones, aunque normalmente se trata del sistema de las excepciones procesales, pues es el que está pensado por la dogmática del derecho procesal penal para que los impedimentos procesales puedan ser invocados y demostrados con el fin de que rindan sus efectos.

Con este alcance, es el régimen procesal de las excepciones o artículos de previo pronunciamiento el que normalmente brinda el instrumental procesal positivo adecuado para hacer valer el impedimento procesal de la excesiva duración del proceso penal en el caso concreto. Este sistema es ya, de modo regular, el previsto para el planteamiento efectivo de los demás supuestos de impedimentos procesales (falta de jurisdicción, falta de competencia, extinción de la acción o del delito, *litis pendentia*, cosa juzgada etc.). Ello muestra que, de esta forma, excepciones e impedimentos procesales aparecen confundidos[78] y que, conceptualmente, las excepciones son defensas formales, no materiales, frente a la imputación (de allí, precisamente, proviene el nombre con el que se las conoce). Por tanto, ellas permiten una solución puramente procesal del caso, tal como lo reclama en particular el problema del cumplimiento del plazo razonable de duración del proceso penal y en general todo obstáculo procesal, más allá de las consecuencias materiales ulteriores que necesariamente se desprendan de una *sentencia procesal*. Las excepciones o artículos de previo pronunciamiento son mecanismos de resistencia previstos para evitar, temporal o definitivamente según el tipo de impedimento, el progreso de la imputación en su camino hacia la sentencia. Con independencia de que los hechos generadores de su utilización respondan a razones sustantivas (como la prescripción) o procesales (por ejemplo, la *litis pendentia*) la decisión que los acoge es siempre

78. De hecho, los vocablos impedimento y excepción pueden ser entendidos como sinónimos.

una resolución procesal.[79] Esto es también lo que justifica que el cumplimiento del plazo razonable de duración del proceso penal deba ser tratado como un impedimento procesal que da lugar al procedimiento previsto para las excepciones con el fin de obtener una declaración judicial formal sobre su existencia y admisibilidad.

Y aunque el impedimento procesal analizado no está dispuesto de modo expreso entre las excepciones mencionadas normalmente por las leyes de enjuiciamiento penal, pues precisamente el déficit de nuestros países en la materia es no tener normas efectivas sobre la duración máxima razonable del proceso, él resulta de todos modos abarcado por ellas en tanto que dogmáticamente el régimen de las excepciones prevé unas conclusiones y un procedimiento para todo un elenco abierto de impedimentos procesales. Más allá de que las legislaciones concretas, en algunos casos, o las interpretaciones jurisprudenciales, en otros, afirmen que el catálogo de excepciones o artículos de previo pronunciamiento es cerrado (taxativo), lo cierto es que dicho régimen cumple una función al servicio del principio del Estado Constitucional de Derecho que está por encima de la legislación y su interpretación. En efecto, se trata de impedir que las graves vulneraciones del principio del Estado de Derecho cometidas en un proceso judicial, que implican la descalificación del proceso como juicio justo o leal, queden sin consecuencias sólo porque la ley no menciona esa violación entre las excepciones previstas. Si esto fuera así debería conservar su valor un proceso ilegítimo. Muy por lo contrario, dado que los impedimentos muestran que el proceso ya no es válido, cada vez que ello ocurra, aunque la violación, por así decirlo, esté fuera de catálogo, de todos modos la cuestión operará como un impedimento procesal, aun cuando la ley no lo prevea, para evitar que un proceso ilegítimo siga adelante

79. La decisión que estima un impedimento procesal (una excepción) será siempre procesal, aun en los supuestos en que se la dicte en función del reconocimiento de un hecho regulado por el derecho sustantivo, ya que el rasgo característico que permite esta calificación es que ella evita el tratamiento, prueba, discusión y resolución del fondo del asunto, contenido propio, por regla, de la sentencia definitiva y del sobreseimiento material.

con la pretensión de resolver el fondo del asunto cuando están ausentes presupuestos de forma más que básicos.

En tal sentido, ante el cumplimiento del plazo razonable de duración del proceso penal, si este derecho fundamental tiene algún sentido, éste no puede ser más que el de impedir el progreso ulterior del procedimiento a partir de ese instante, con lo cual, en los hechos y en derecho, el ejercicio de la acción ya no puede ser continuado.

En esta fundamentación representa un papel decisivo el argumento interpretativo del carácter abierto de los impedimentos procesales que habilitan su tratamiento, discusión y resolución por vía del procedimiento de las excepciones que están previstas necesariamente por el orden constitucional bajo un régimen de *numerus apertus*, más allá de lo que diga una legislación determinada, pues ellas sirven al aseguramiento del principio superior del Estado constitucional de derecho en procesos cuya realización vulnera dicho principio de un modo tan claro como intolerable. La consideración de cada impedimento en particular implicará también, de acuerdo a su naturaleza, su *tipificación*, por ejemplo, como obstáculo formal temporal o definitivo (en la terminología habitual excepciones dilatorias o perentorias) y también la asignación *del procedimiento* con el que corresponde que sea tratado. Por ello, en cuanto a nuestro problema, la fórmula que mejor conviene a la naturaleza del impedimento tratado es la aplicación analógica de los preceptos referidos a la prescripción del hecho, en tanto que, aunque no sean lo mismo, algunos aspectos y sobre todo sus efectos son similares. Con ello, también, se salva la objeción de la falta de regulación expresa de la cuestión como excepción o artículo de previo pronunciamiento, pues nadie debe dudar del acierto de presentar al cumplimiento del plazo razonable como interpretación analógica[80] *in bonam partem* de la excepción de prescripción del delito.

Siguiendo este razonamiento se puede ver con claridad que la solución compensatoria de la opinión dominante en materia de consecuencias por la

80. ¡Pero sólo analógica!

verificación de la violación del derecho fundamental de las personas imputadas penalmente a ser juzgadas dentro de un plazo razonable resulta, a mi juicio, fundadamente objetable. Si bien los organismos internacionales creados por los tratados de derechos fundamentales para controlar su efectivo respeto en los EE.MM. no tienen más posibilidad en los casos concretos que la de imponer una reparación frente a las violaciones que comprueban, este criterio no es trasladable sin más a la Judicatura interna. Si, por ejemplo, el imputado ha sido engañado o coaccionado a confesar y ofrecer las pruebas de su hecho, en las cuales después el Estado basó su condenación firme, no hay duda alguna de que llegado el caso a un órgano internacional de protección de los derechos fundamentales el Estado será condenado a reparar la violación cometida, pero si ya antes, durante el proceso según el derecho interno, por ejemplo al momento de la sentencia, las autoridades del caso comprueban la lesión a ese derecho fundamental, nadie aceptaría que la solución sea aprovechar las pruebas obtenidas ilícitamente, condenar al acusado y remitir la cuestión de la infracción de sus derechos fundamentales a la determinación judicial de la pena en orden a la compensación parcial del reproche de culpabilidad en virtud de la disminución que ésta ha tenido al ser ya "sufrimiento por el hecho" el que ha padecido el autor con motivo de la violación de su derecho subjetivo a no ser obligado a incriminarse a sí mismo. Pues bien, así pues, tampoco resulta aceptable que si el derecho violado es el del plazo razonable se pueda, sin más, reconocer tal violación e indicar que a lo sumo habrá que "descontarla" de la pena.

Por lo demás, la opinión dominante no brinda una solución adecuada a quien es declarado inocente en la sentencia (caso para el cual sólo quedará la compensación no penal) ni para el problema que representa el reconocimiento de la violación del plazo razonable cuando todavía la sentencia, en la que eventualmente habrá una compensación en la determinación de la pena, está a muchos años de distancia, pues no es jurídicamente apropiado establecer que se ha violado un derecho fundamental y que la consecuencia es que se lo va a seguir violando.

4.3.3 Segundas conclusiones intermedias

Desde el punto de vista jurídico todos los derechos fundamentales de protección de las personas frente al Poder Penal del Estado tienen el mismo rango y los mismos efectos. Por tanto, si el que nadie pueda ser obligado a declarar contra sí mismo quiere decir que en ningún caso, de suceder, ello podrá ser válido y aprovechable para el proceso, entonces el que todo imputado tenga derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable quiere significar que si se reconoce que se ha cumplido el plazo razonable esa persona ya no puede ser juzgada.

5. Excurso: una solución transitoria

Hasta tanto la ley regule el plazo razonable de duración del proceso es preciso encontrar una solución que dé efectividad a ese derecho fundamental por encima de la insuficientes fórmulas del "no plazo" y de la "solución compensatoria".

Normalmente y salvo algunas excepciones, la ley regula la duración máxima razonable de la prisión preventiva pero no la del proceso. Pero ¿qué relación hay entre prisión preventiva y proceso? Una primera aproximación a la respuesta indica que con la conformación actual de la pena estatal centralmente como privación de libertad resulta inconcebible un proceso penal sin prisión provisional.[81] Por lo tanto, mientras dure el proceso penal deberá perdurar también, entre sus instrumentos, la posibilidad de imponer la privación de libertad del imputado si fuera necesaria para asegurar sus fines. Esta idea, en sí indiscutible, implica que, o bien la prisión preventiva no está en verdad restringida en su duración a un plazo legal razonable, o bien que ese límite temporal es también, a la vez, el plazo máximo de duración razonable del proceso mismo. Para que esta afirmación y su funcionamiento jurídico-procesal

81. Convincentes al respecto son las argumentaciones de Javier Llobet Rodríguez, *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, San José de Costa Rica, 1997, p. 37 y ss., 72 y ss., 164 y ss. passim; autor que además brinda, con esmerado esfuerzo, una explicación aceptable para superar la incompatibilidad entre prisión preventiva y principio de inocencia.

puedan ser entendidos correctamente, es necesario distinguir todavía entre diversas categorías conceptuales.

Así, es preciso mencionar la distinción entre *plazo de la prisión preventiva* y *plazo* razonable *de la prisión preventiva*. Difícilmente alguna otra distinción podría ser más sencilla, pues el adjetivo razonable marca ya, tautológicamente, la diferencia. En términos de aplicación ello significa que el plazo legal de la prisión preventiva puede todavía no ser razonable, dado que el límite temporal fijado por el legislador como máximo para la duración de esa medida cautelar podría resultar irrazonable por ser extremadamente prolongado. Así, si hipotéticamente se estableciera que la razonabilidad está fijada en tres o cuatro años, todo plazo legal superior resultaría inadmisible. Consecuentemente, un lapso de seis meses, supuestamente previsto por la ley, no sería irrazonable. Problemático resulta qué debe pasar si liberado el imputado al cumplir un plazo de seis meses en prisión provisional, sin perjuicio de que continúe el proceso (CADH, 7.5) –o habiendo sido puesto en libertad durante el procedimiento (CEDH, 5.3)–, debe volver a ser privado de su libertad posteriormente porque lo exigen circunstancias del procedimiento. Esto sólo sería posible bajo tres condiciones. La primera, ya mencionada, es que el imputado haya sido liberado al cumplirse el plazo máximo para la prisión preventiva previsto por la ley (*agotamiento del plazo formal*), seis meses en el ejemplo. Según la segunda, el imputado debe haber dado lugar a la necesidad de detenerle nuevamente (*estado voluntario de rebeldía procesal*). Y la tercera, que el tiempo de prisión preventiva no supere en total, contadas la primera y segunda detención, como también todas las demás posteriores, dado el caso, el límite de razonabilidad máximo (*agotamiento del plazo material*), fijado en tres o cuatro años en esta hipótesis de trabajo.

De este modo, el Estado puede fijar por ley el plazo de duración de la prisión preventiva por debajo del límite de razonabilidad y reservarse el "saldo" para aplicarlo a las posteriores detenciones del imputado que sean necesarias y sólo si son necesarias. Pero una vez cumplido el *plazo formal*, aun cuando sea inferior al

razonable, el imputado debe ser liberado a pesar de que subsistan las razones que fundaron su prisión preventiva, debido a que, de lo contrario, ni siquiera se podría hablar de límite temporal de la prisión preventiva, toda vez que ello supone *sine qua non* la existencia de una prisión preventiva justificada en dichas razones. Después de ello, sólo podría volver a ser detenido en caso de que se sustraiga a una citación o a otra obligación de comparecer en el proceso *y como máximo sólo hasta el agotamiento, en total, del plazo razonable (plazo material).*

Así, el límite de razonabilidad de la prisión preventiva es, a la vez, el límite máximo de duración posible del proceso penal, toda vez que, alcanzado aquél, ya no puede ser renovada medida de coacción alguna contra la libertad del imputado y dado que sin ello el proceso no puede continuar más que voluntariamente, cosa que, como tal, es inconcebible. Por ello, es preciso que él cese definitivamente. Por razones de coherencia intrasistemática, sin cuyo respeto el derecho procesal penal no puede actuar de forma racional, se debe aceptar que el plazo máximo de duración tolerado por la prisión preventiva tiene que funcionar también, en principio y en ausencia de una regulación específica al respecto, como plazo razonable dentro del cual debe ser llevado a cabo el proceso penal en su totalidad, pues o también el proceso termina al extinguirse el plazo razonable de la prisión preventiva, o el proceso continúa y, entonces, no hay límite razonable de la prisión preventiva, ya que no se concibe al proceso sin prisión preventiva, latente o efectiva.

El plazo máximo de duración de la prisión provisional tiene además la ventaja de estar determinado por la ley y, por otra parte, al ser definido de este modo, es un indicador de lo que él ha pensado en abstracto no sólo como lapso de duración de esa medida de coacción específica, sino también, necesariamente en la inteligencia de lo dicho precedentemente, como plazo máximo de duración razonable de todo el proceso, con o sin aplicación de prisión preventiva, bajo una regla que diría a las autoridades de la persecución penal que disponen de tanto tiempo para terminar con el proceso como tengan para hacer durar una eventual prisión provisional.

6. Conclusiones finales

Recapitulando, se debe decir que toda persona perseguida penalmente cuenta con un derecho fundamental a ser juzgada rápidamente, sin dilaciones injustificadas o indebidas, dentro de un plazo razonable. Esta prerrogativa es regla expresa del derecho internacional de los derechos humanos y también de algunas constituciones y leyes procesales secundarias. Sin embargo, la opinión dominante acerca de los alcances prácticos de este derecho fundamental no ha reconocido, como regla general, que él represente una limitación temporal precisa del Poder Penal Estatal, tanto en cuanto a la forma de establecer la razonabilidad de la duración de los procesos como en cuanto a la consecuencia jurídica aplicable si dicha duración es sobrepasada.

En efecto, la opinión dominante ha entendido que, ante todo, el plazo razonable no es un plazo, sino una pauta genérica, un concepto jurídico indeterminado útil para evaluar, cuando el proceso penal ya ha concluido, si su duración ha sido razonable. Se ha hecho notar al respecto, entonces, que esta postura constituye, abiertamente, una doctrina del "no plazo", pues afirma de modo terminante que el plazo razonable no se puede medir en "días, semanas, meses o años", sino que, en todo caso, concluido el proceso será analizada la razonabilidad de su duración mediante ciertos criterios de examinación, ni únicos ni precisos, que permitirán al evaluador afirmar si el proceso ya cerrado ha sobrepasado la extensión máxima tolerada por el derecho. Esos axiomas de apreciación, por lo demás no taxativos, son, en lo fundamental, la prolongación efectiva del proceso (contada desde la detención del imputado o desde el primer acto oficial de persecución contra él hasta la finalización total del proceso agotados todos los recursos disponibles e intentados), la gravedad del hecho (y, por ello, de la pena prevista y últimamente también –muy objetablemente– de la culpabilidad del acusado), la complejidad de la investigación y la prueba, la conducta del imputado durante el enjuiciamiento y el comportamiento de las autoridades encargadas de

llevar adelante el proceso hasta la sentencia definitiva firme. Estas pautas laxas no brindan precisión alguna ni permiten una fiscalización seria que soporte las exigencias propias del principio del Estado de Derecho como límite de la legitimidad del ejercicio del Poder Penal. El criterio de la opinión dominante permite ver con evidencia que detrás de la declaración de que la razonabilidad se estudia bajo estos criterios vagos y ambiguos sólo existe una *carte blanche* para que quien decida sobre la razonabilidad lo pueda hacer libremente, sin más ataduras que las de sus predilecciones discrecionales. Por ello, aun en los casos en que las predilecciones de la jurisprudencia se inclinaron por declarar la violación del plazo razonable no se estableció con precisión el momento a partir del cual, un proceso ya finalizado, había superado su duración máxima tolerable.

En cambio, esta opinión dominante sí ha sido precisa respecto de la determinación de las consecuencias jurídicas de la violación del derecho fundamental del acusado a ser juzgado dentro de un plazo razonable: la lesión debe ser reparada. Para los organismos internacionales esta era la única alternativa, en principio, frente a la violación del derecho (doctrina de la "cuarta instancia"), pero es altamente llamativo que también los tribunales del proceso la hayan adoptado, pues ellos sí pueden definir el enjuiciamiento y, por tanto, hacer valer otras consecuencias por la lesión de este derecho fundamental ya en el momento de producirse. No obstante, prefirieron la salida compensatoria y así, además de importar la doctrina del "no plazo", adoptaron también la idea de compensar la superación del plazo razonable, ya sea en moneda de atenuación, suspensión de la ejecución o prescindencia de la pena, en virtud de la compensación de la culpabilidad por el hecho que representa un proceso de duración anormal, o bien por vía de la remisión al poder competente para que considere dicha circunstancia a los fines de indultar, conmutar o remitir condicionalmente la pena, aunque también, en ocasiones, se ha transferido la cuestión al resarcimiento civil de los daños causados por la violación del derecho involucrado y a la sanción disciplinaria y, dado el caso, penal de los funcionarios culpables de los retrasos.

Esto es, entonces, aquello a lo cual la opinión dominante ha reducido el derecho de toda persona imputada de un delito a ser juzgada dentro de un plazo razonable: un manojo de pautas genéricas previstas para examinar *ex post iudicium* si un proceso tuvo una duración razonable con miras a, en caso negativo, compensar de alguna manera tal violación de un derecho fundamental del acusado.

Contra esa opinión este trabajo ha tratado de demostrar que, por mandato del principio del Estado de Derecho y de un correcto entendimiento del sistema de los derechos fundamentales de los individuos, es obligatorio tomar otro camino.

La idea central es que el plazo razonable sea interpretado, en primera línea, como aquello que el derecho procesal penal comprende por plazo: un lapso dentro del cual –y sólo dentro del cual– un acto procesal, un conjunto de actos procesales, una etapa del procedimiento o todo el proceso (como conjunto de todos los actos particulares que lo componen) pueden ser realizados válida y eficazmente. Dicho plazo, como cualquier plazo, debe estar establecido en las unidades temporales que el derecho, como fenómeno cultural, ha adoptado en reconocimiento del hecho histórico y social de la organización del tiempo entre los seres humanos: días, semanas, meses, años. Además, el plazo en cuestión debe ser establecido por el legislador de un modo general y abstracto. Ello se justifica porque todo el proceso es una coacción estatal que menoscaba derechos de las personas sometidas al enjuiciamiento (desde soportar la mera obligación de tolerar el proceso y todas sus medidas hasta la prisión preventiva) y esa coacción sólo es legítima si está autorizada por la ley dentro de unos límites precisos, entre los cuales están incluidos también sus contornos temporales (no hay coacción sin ley [*nulla coactio sine lege*]). Esa idea es el alma del principio del Estado de Derecho, en el cual las autoridades únicamente pueden ejercer aquellos poderes que la ley expresamente les otorga y hasta los límites (también temporales) de esa autorización. La regulación por ley del plazo de la extensión máxima del proceso también está impuesta por el principio *nulla poena sine lege* en tanto se observe y reconozca que el proceso mismo opera ya como una pena "material", aunque informal si se quiere. El plazo legal, por

último, evita la manipulación judicial (decisionismo y arbitrariedad) de la razonabilidad de la duración de los procesos al estipular un límite absoluto al poder de enjuiciamiento del Estado que, en cuanto tope máximo, está fuera del alcance de toda interpretación incierta. A los tribunales y a los órganos de control del respeto de los derechos de los tratados internacionales de derechos humanos les compete, únicamente, analizar si los plazos legales –en cuanto plazos máximos, nunca mínimos– son efectivamente razonables.

Este trabajo no brinda recetas o estimaciones concretas acerca de cuál debería ser la extensión de dicho plazo o plazos. Esa determinación requiere, ya se dijo, una amplia investigación empírica previa que otorgue los elementos informativos básicos para conocer con precisión y seguridad (bases de todo pronóstico efectivo) cuáles son los requerimientos temporales atendibles de la administración de justicia penal y cuáles las razones que pueden justificar en algunos casos un tiempo de duración del proceso más prolongado que en otros, aunque siempre dentro de la razonabilidad temporal máxima permitida. Aquí sólo ha sido aportada una matriz sobre la cual la investigación empírica deberá volcar sus conclusiones para completar la fórmula del plazo legal razonable de duración del proceso penal. En ese sentido, este trabajo pretende ofrecerse como hombros austeros sobre los cuales puedan subirse a mirar quienes quieran ver más lejos y enseñarnos un panorama completo acerca de este tema.

En materia de consecuencias, en contra de lo afirmado por la opinión dominante en el sentido de recurrir casi exclusivamente a la compensación, el cumplimiento del plazo razonable conduce a la clausura inmediata y definitiva del proceso. Este es el efecto jurídico que innegablemente se debe desprender, como garantía judicial, de la norma fundamental que pretende evitar que el proceso penal tenga una duración excesiva.

La solución por la compensación de la violación, defendida por la opinión dominante, es cuestionable por su posible incompatibilidad con el principio del Estado de Derecho, sistema que muy difícilmente podría consentir que tras ser

reconocida la violación de un derecho fundamental simplemente se decida dejar inalterada la infracción y su resultado, la continuación del proceso, y sólo estimar disminuido el reproche necesario de la culpabilidad, en razón de la duración excesiva del enjuiciamiento. La solución compensatoria falla, ante todo, porque para poder reaccionar contra la violación de este derecho fundamental exige más violación, en el sentido de que, producida la superación del plazo razonable de duración del proceso, éste, sin embargo, tendrá que durar todavía –excesiva e ilegítimamente– todo lo que sea necesario hasta alcanzar por fin la sentencia definitiva, único momento en el que se le dará alguna relevancia jurídica a dicha lesión de derechos fundamentales.

Es por ello que, para la suerte del proceso, el vencimiento de su plazo máximo de duración razonable debe ser visto como un impedimento procesal que evite la prolongación del enjuiciamiento, dado que, de continuar, se volvería ilegítimo a partir de ese punto en el tiempo. En el derecho procesal penal este impedimento se canaliza a través de la vía de las excepciones o artículos de previo pronunciamiento, con imputación, por analogía *in bonam partem*, al obstáculo procesal de la prescripción del delito.

En resumen, los plazos de duración máxima razonable del proceso deben ser fijados legislativamente con carácter general y con la consecuencia jurídica de que, al cumplirse, el proceso deba cesar anticipada y definitivamente.[82] Pero esto de ningún modo significa una autorización para que las sentencias materialmente correctas sean alcanzadas, dentro de plazos razonables, a cualquier precio, esto es, a través de instrumentos procesales altamente reñidos con otros derechos fundamentales (condenación "negociada" sin juicio, restricción de las facultades defensivas, privación del derecho del condenado al recurso, acotación excesiva de

82. Tal como ha sucedido ya, en casi todos los países, con el plazo máximo de duración razonable de la prisión preventiva, derecho fundamental establecido por los mismos catálogos de derechos fundamentales, con los mismos alcances y casi con las mismas palabras con las que imponen el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

la inmediación etc.). Muy por lo contrario, la aceleración de los procesos provendrá de la descarga de las tareas de la justicia que supondrá la clausura de todos aquellos casos que hayan superado la duración permitida. Asimismo, la solución al problema de la congestión de procesos que sobrecarga los tribunales y que impide el enjuiciamiento en tiempos razonables debe encontrar solución también en un reordenamiento racional e inteligente tanto de las necesidades de la reacción punitiva como de los recursos disponibles para atenderlas, hoy en gran medida malversados. Sólo así se podrá conseguir una relación satisfactoria entre tiempo y derecho, desde todas las perspectivas en que se vinculan estas dos instituciones básicas de nuestra cultura. El juzgamiento tempestivo de la sospecha de que se ha cometido un delito, dentro de un plazo razonable pero sin restricción de los demás derechos fundamentales del imputado, permitirá evitar la pérdida de medios probatorios, ahorrar recursos financieros estatales hoy dilapidados en procesos interminables, aumentar la capacidad funcional de la administración de justicia y colmar las expectativas sociales, en gran medida simbólicas, que reclaman para el caso de que se haya cometido un delito una rápida pero lícita declaración de culpabilidad que restablezca la paz jurídica.

A tensão dialética entre os ideais de "garantia", "eficiência" e "funcionalidade"

Selma Pereira de Santana

Membro do Ministério Público Militar da União. Mestre e Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coordenadora Estadual do IBCCrim na Bahia.

Sumário: 1. Introdução: 1.1 O sistema jurídico-penal e a complementaridade funcional entre o direito penal e o direito processual penal; 1.2 A política criminal e o processo penal "funcional" e "garantidor".

Resumo: A autora aborda questão da implantação de modelos processuais que objetivem a eficiência, a funcionalidade e a importância da conciliação desses modelos com as necessidades de garantia do cidadão, concluindo pela complementaridade funcional entre o direito penal e o direito processual penal, entendidos como subsistemas do sistema jurídico-penal, aventando que a composição entre os ideais antes aludidos deve ter, como limites intransponíveis, aquelas garantias reputadas imprescindíveis à proteção e ao respeito da dignidade humana.

Palavras-chave: diversificação; pequena criminalidade; sistema jurídico-penal; política criminal; direito penal; direito processual penal; complementaridade funcional; subsistemas; autonomia; garantia; eficiência; funcionalidade; composição; garantias desnecessárias; dignidade humana.

1. Introdução

Sabe-se que, ultimamente, diversos ordenamentos jurídicos têm introduzido formas de simplificação e de diversificação nas reformas das suas legislações processuais penais, exatamente por força da verificação geral da ineficácia desse setor.[1] Paradoxalmente, contudo, tem permanecido pouco tratada a relevante questão de apurar se essas formas de diversificação guardariam compatibilidade constitucional com a necessidade de garantia.

A diversificação nas legislações processuais penais reporta-nos, por exemplo, ao movimento de "diversão", ou "desjudiciarização", que traduz o conjunto de procedimentos utilizados pelas instâncias formais ou informais de controle, visando a alcançar uma solução de conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da Justiça Penal (pelo menos antes do momento jurídico-processual de determinação da culpabilidade e/ou sanção), afastando correspondentemente as pessoas daquele sistema e do respectivo "corredor da delinqüência", ou de parte deles. Tal movimento lastreia-se na preferência às respostas de tipo societário, não estadual, sobre as respostas de tipo centralista[2] e estatizante, sobretudo, no que se refere ao tratamento da pequena criminalidade.[3]

1. Corroborando com esse pensamento Carlos Adérito Teixeira para quem "na esfera do cidadão, uma justiça tardia redunda facilmente numa injustiça, porque sempre 'aqueles que tarde vencem ficam vencidos', como vaticinava o infante D. Pedro. Para os agentes económicos, pode acarretar prejuízos que desvirtuem a própria concorrência. E para o Estado, representa, entre o mais, sérios riscos para a paz social, a emergência de 'poderes fáctico' e, invariavelmente, um agravamento de custos" (*Princípio da oportunidade*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 11).

2. É perceptível a exigência crescente do cidadão a uma maior participação na vida pública, dando-se a tendência à descentralização da organização social. A diversão é compatível com essa forma de exigência, uma vez que ela opera de forma mais eficaz num sistema descentralizado.

3. De acordo com Costa Andrade, a pequena criminalidade constitui uma das manifestações criminológicas mais características da sociedade moderna – urbanizada, diferenciada, anônima e anômica, portadora de soluções técnico-organizatórias potenciadoras da pequena criminalidade. Como os processos de venda direta ao público nos supermercados, ou armazéns, ou o transporte coletivo sem controlador direto e permanente. "Não se estranha, por isso, que a pequena criminalidade se tenha convertido num dos temas principais da criminologia e da política criminal contemporâneas. E, sobretudo, que ela se tenha estado no epicentro dos grandes movimentos

Diante do entusiasmo da inserção das formas de diversificação, e em razão, sobretudo, dos débeis resultados pragmáticos da eficiência processual,[4] proclamou-se o surgimento de um novo paradigma de Justiça Criminal, no qual conceitos tradicionais deveriam ser interpretados sob uma ótica mais atualizada. Assim se deu, por exemplo, com os princípios da culpabilidade – questionando-se sua permanência no direito penal, ou sua atenuação pela manifestação da vontade do interessado –, com os da verdade material – considerado como utópico e irrealizável –, e o da legalidade – que evoluiu da aplicação das normas incriminatórias à generalidade das condutas, em abstrato, subsumíveis a um direito penal que atua como *ultima ratio*.

Considerando, sobretudo, que a base dessas formas de diversificação liga-se à política criminal, causa estranheza que o mesmo se passe com o "ideal" da "funcionalidade", uma vez que não se tem verificado qualquer esforço de enquadramento político criminal dessas reformas. Segundo Fernando Fernandes,[5] para

de reforma quer no plano substantivo, quer no plano adjectivo" ("Consenso e oportunidade". *Jornadas de direito processual penal.* Lisboa: CEJ, 1989. p. 319-358).

4. "Mas a velocidade da notícia é completamente diferente da velocidade do processo, ou seja, existe um tempo do direito que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E esse é o grande entrave: a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo. Nesse contexto, o processo deve ser rápido e eficiente. Não que o tempo do direito esteja completamente correto. Há muito que evoluir na comunicação dos atos processuais e na simplificação de toda complexa malha burocrática que rodeia o processo, e que parece propositalmente alimentada para esconder as deficiências materiais e pessoais do Estado. Sem dúvida que o panorama atual é caótico e exige profundas modificações, a começar pelo ingresso nos foros de uma (pequena) parcela da moderna tecnologia que temos a disposição. Os juízes são pressionados para decidirem 'rápido' e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais 'acelerados', esquecendo-se que o tempo do direito sempre será outro, por uma questão de garantia. A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranqüilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal. Tampouco acelerar a ponto de atropelar os direitos e garantias do acusado. Esse conjunto de fatores leva à exclusão de direitos e/ou garantias, ou, pelo menos, redução da sua esfera de proteção" (Aury Lopes Júnior. *Justiça negociada:* utilitarismo processual e eficiência antigarantista. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aurylopes/art0008.htm>. Acesso em: 17 ago. 2004).

5. *O processo penal como instrumento de política criminal.* Coimbra: Almedina, 2001. p. 6-7: "Tentadora é, pois, a proposta de verificação se com o advento das formas de diversificação processual

além da necessidade de demonstração do fundamento político-criminal dessas formas de diversificação, é imprescindível a análise da sua efetiva funcionalidade, ou seja, se elas se mostram eficazes para a contribuição na obtenção das finalidades básicas de política criminal, relacionadas com o reforço da vigência das normas e com a não estigmatização dos envolvidos, visando ao fim último para que deva estar direcionado o direito penal, a indispensável tutela dos bens jurídicos essenciais e a manutenção da viabilidade da vida em sociedade, a partir da contenção das condutas lesivas ou de perigo a tais bens.

Percebe-se, em razão disto, claramente, que o tratamento da questão penal[6] põe em relevo uma verdadeira tensão entre modelos garantidores[7] e mode-

se verificou, para além da inequívoca *eficiência* na administração da Justiça Criminal, *também* uma certa *funcionalidade* na sua aplicação; ou seja, se houve não só um descongestionamento processual, mas também uma redução dos índices da criminalidade de menor potencial ofensivo, obtida pelo reforço da expectativa de vigência das normas e pela não estigmatização dos envolvidos".

6. E seguindo o entendimento de Fernando Fernandes, ela significa um universo que abrange os problemas não só relacionados com o delito em si mesmo considerado, mas, também, o seu tratamento dogmático (direito penal material), a forma da sua verificação e o direito que lhe é correlato (direito processual penal), a organização dos órgãos com ele relacionados (organização judiciária) (op. cit., nota 5, p. 9).

7. A respeito do conceito que se pode ter de "eficiência" para o direito e processo penal a partir de uma ótica garantística, Luigi Ferrajoli sustenta ser distinto o conceito de eficiência para o direito e o processo penal. "Para o direito penal há uma submissão da lei penal à lei fundamental, e o sistema processual será eficiente se realizar a tutela dos direitos fundamentais, estes nas suas mais variadas expressões, como a propriedade, honra, liberdade etc. Mas, por um outro lado, as expressões garantia e eficiência tendem a se confundir, para traduzir a menor intervenção penal possível e a máxima realização da tutela dos direitos fundamentais. Surge, então, de um outro lado, aquilo que chamo de 'reserva de Código', que dá uma certeza do direito e, digamos, sua procedibilidade. Tais não se voltam contra o julgador, mas contra o legislador, que se vê limitado, sobretudo, na produção de legislações excepcionais, propagandísticas que, lamentavelmente, formam a maior parte do acervo de normas penais. Voltando um pouco à garantia no seu aspecto processual penal, esta, também, compreende a correta aplicação da lei, ainda que, em certas ocasiões, não se atenda à opinião pública. No entanto, o sistema como apontado é o único capaz de conferir a necessária credibilidade no funcionamento da jurisdição, fazendo uma maior aproximação do mecanismo da jurisdição e da população, que sente confiança na movimentação da máquina judicial a partir do respeito que esta confere às garantias fundamentais" ("A teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal". *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 77/4, abr. 1999).

los fundados numa maior preocupação com a eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais.[8]

A chamada teoria "eficientista" defende a necessidade de maior eficiência na administração da questão penal, buscando alcançar ampla racionalidade do problema, por via da qual se obtenha o descongestionamento das instâncias formais de controle. Por outro lado, a chamada "funcionalidade" na administração da questão penal, entendida como suporte teórico a mais para a teoria "eficientista", significa o direcionamento dos instrumentos que dessa questão cuidam para as reais conseqüências advindas da sua aplicação.[9]

8. Nesses termos, a preocupação de Figueiredo Dias: "Na controvérsia actual sobre a legitimação das leis uma coisa ao menos se afigura líquida: a perda – tudo leva a crê-lo, irreversível – da continuidade com as matrizes de legitimação tradicional de índole teocrática ou jusnaturalista, onde a legitimidade material podia facilmente ser referenciada a uma ordem axiológica reificada, preexistente, oferecida à revelação e à contemplação. Nas sociedades actuais – secularizadas, plurais, diferenciadas – o problema passa assim a ser muito mais um problema de *poiese* – de acção – do que de contemplação: e por isso apelam uns para a legitimação através do 'consenso', enquanto outros apelam para a eficácia que o 'processo' de formação e afirmação do direito, independentemente do conteúdo deste, pode garantir" ("O novo Código de Processo Penal". *Boletim do Ministério da Justiça* 369.1987/22, Lisboa [s.n.]).

9. Alessandro Baratta considera que os termos "eficientismo" e "funcionalismo" designam formas de perversão hoje difusas na Europa e América, ou seja, em países cujas Constituições contêm os princípios do Estado Social de Direito e do direito penal liberal. O "eficientismo" penal constitui uma nova forma de "direito penal de emergência", degeneração que tem acompanhado, sempre, a vida do direito penal moderno.

Para o autor, o eficientismo penal intenta fazer mais eficaz e mais rápida a resposta punitiva limitando ou suprimindo garantias substanciais ou processuais que tem sido estabelecidas na tradição do direito penal liberal. A redução dos níveis de legalidade destrói o equilíbrio entre a verdade substancial e a verdade processual, ao mesmo tempo que marca um retorno às formas de processo pré-modernas: o processo cria a prova, o processo cria o criminal, o processo é a pena principal. "Se desliza até um 'modelo totalitário de política criminal', até as modalidades de uma nova 'suave inquisição' que coexistem ao interior de uma conflitualidade latente com o sistema liberal e democrático correspondente à legalidade constitucional."

"Observado sob a ótica da teoria sistêmica, o eficientismo penal é um clássico exemplo de um círculo vicioso da resposta a uma situação de desilusão devida à percepção da ineficácia da reação penal a determinados problemas. O eficientismo, poderíamos dizer com a terminologia de Luhmann, não responde 'cognitivamente', senão 'normativamente' à desilusão; nega-se a aprender e, em vez de buscar outra reação mais eficaz, tenta fazer mais eficaz aquela reação penal, aumentando sua intensidade, também, em detrimento da legalidade constitucional, do bom funcionamento e da legitimação dos órgãos judiciais. À inevitável desilusão segue uma reação punitiva mais grave à precedente, e a espiral repressiva segue aumentando, como mostra a experiência dos últimos anos em muitos países ociden-

A teoria do "garantismo" penal[10] sustenta a necessidade de que o direito penal, em sentido amplo, seja um instrumento de defesa não só social, não só dos interesses do autor do delito e da vítima, mas de defesa e limite das interferências do poder estatal na questão penal, por meio da sujeição às regras constitucionais asseguradoras dos direitos, garantias e liberdades individuais.[11]

Superado o entusiasmo inicial em relação aos modelos que objetivam os ideais "eficientistas", busca-se, agora, a sua vinculação com as necessidades de garantia, verificando-se no interior tanto do "eficientismo" quanto do "garantismo" tendências para respostas mistas.

1.1 O sistema jurídico-penal e a complementaridade funcional entre o direito penal e o direito processual penal

Percebe-se, atualmente, que entre os diversos modelos metódicos de realização do direito destacam-se aqueles voltados para uma sua maior racionalida-

tais, com os Estados Unidos à cabeça" ("La política criminal y el derecho penal de la Constituición: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales". *RBCCrim* 29/40-41, 2000).

10. Luigi Ferrajoli sustenta que o "garantismo" é, antes de tudo, um modelo de direito. Nesse sentido, significa submissão à lei constitucional, à qual todos deverão ser sujeitados, sendo incorreto vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes institucionalizados, pois esta noção de soberania foi dissolvida pelo constitucionalismo. Como decorrência, todos os poderes estão submetidos à vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direito constitucional interno. Dito isto, o grande problema que o "garantismo" enfrenta é, também, o de submeter à lei os poderes privados, alem dos poderes estatais. O "garantismo" tem possibilidades de desenvolvimento que dependem de variados processos, com o constitucional e o cultural, e que fogem à tradição liberal clássica. A segunda direção do "garantismo" é aquela ligada aos direitos privados. O "garantismo", que sempre foi elaborado no confronto dos Poderes Públicos, deve ser, também, transposto para o confronto dos poderes privados, apenas que não há uma dimensão constitucional para isso, donde há uma idéia de onipotência de mercado (nota 7, p. 3). Ver melhor, a respeito, em sua obra fundamental, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1997.

11. "Hoje, como ontem, pede-se eficácia ao Sistema de Justiça Penal. Entretanto, absolutizada e erigida a segurança a 'direito fundamental' do cidadão, cuja satisfação pode exigir do Estado, abre-se o caminho ao sacrifício ilimitado e arbitrário de direitos e liberdades fundamentais no altar do combate à criminalidade." Na resposta ao crime, é preciso romper com a espiral de violência e experimentar a "pacificação" (Anabela Miranda Rodrigues. "Política criminal – Novos desafios, velhos rumos". *Líber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 225).

de. A respeito afirma Costa Andrade[12] que, na caracterização da modernidade, ressalta como um dos traços mais fundos e consensuais "a apoteose da racionalidade", cuja apetência objetivadora e generalizadora tudo reduz à indiferença de papéis, num universo de funções vazias de sentido.

Essa racionalidade traduz-se na idéia do pensamento sistemático, com a sua respectiva racionalidade de natureza hermenêutica, e do pensamento problemático, com a sua respectiva racionalidade fundada na tópico-retórica. Analisados, a princípio, como opções incompatíveis, não resta inviabilizada a possibilidade de uma reconstrução desses modelos a partir da integração de dois fatores: o sistema e o problema. Contrariamente, a "oposição entre o pensamento sistemático e a tópica não é, assim, exclusivista. Ambas as formas de pensamento antes se completam mutuamente interpenetrando-se, até, em parte".[13]

Sobre o tema, tem sido dada ênfase à idéia de que[14] deve ser abandonada a postura metodológica de enxergar o direito como um conjunto de princípios gerais e abstratos que, de maneira padronizada, incidirá sobre qualquer situação concreta. Mais adequada será a adoção de critérios reveladores de princípios que deverão desenvolver-se em contato com a realidade, moldando-se a esta.

Rejeita-se, assim, a idéia da ciência jurídica como um sistema fechado, para passar a compreendê-lo como um sistema aberto. Isso vale, segundo Claus-Wilhelm Canaris, tanto para o sistema de proposições doutrinárias, ou "sistema científico", como para o próprio sistema da ordem jurídica, o "sistema objetivo".

12. Historicamente associados ao processo de secularização, o advento e o triunfo da racionalidade fizeram-se acompanhar da "morte de Deus", do silenciamento dos anjos, mesmo do esconjuramento da emoção e da poesia – do desencantamento do mundo. Que não significou, todavia, o fim puro e simples do "encantamento" mas apenas a sua invisibilidade, isto é, a sua recolha a santuários que, por razões de economia, podemos identificar com o espaço da vida privada (Costa Andrade. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991. p. 18-19).

13. Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 289.

14. Figueiredo Dias. "A reforma do direito penal português – Princípios e orientações fundamentais". *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, vol. XLVIII, p. 118, 1972.

A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e, a propósito do segundo, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais, em decorrência de ser o direito um fenômeno situado no processo da história e, por isso, ser mutável.[15]

O aludido método afeta, com enorme força, a (re)construção do sistema[16] jurídico-penal. Desde já se pode afirmar que, em decorrência da idéia do sistema jurídico, é possível falar em um sistema jurídico-penal que englobaria subsistemas que cuidam do delito e da sanção, da sua previsão legal, como da sua persecução, ou seja, do direito penal e do direito processual penal. Idéia essa que é ratifi-

15. Op. cit., nota 13, p. 281: "A abertura do sistema jurídico não contradita a aplicabilidade do pensamento sistemático na ciência do direito. Ela partilha a abertura do 'sistema científico' com todas as outras ciências, pois enquanto no domínio respectivo ainda for possível um progresso no conhecimento, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido, nenhum desses sistemas pode ser mais do que um projeto transitório. A abertura do 'sistema objetivo' é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da ciência do direito, pois ela resulta logo do seu objeto, designadamente, da essência do direito como um fenômeno situado no processo da história e, por isso, mutável".

16. Claus Roxin, enumera as vantagens do pensamento sistemático no âmbito jurídico-penal, quais sejam: facilitar o exame do caso; a ordem do sistema como pressuposto de uma aplicação uniforme e diferenciada do direito; simplifica e facilita o manuseio do direito; o contexto sistemático funciona como guia para a elaboração e desenvolvimento do direito. Em contrapartida, as desvantagens são: esquecimento da justiça, no caso concreto; redução das possibilidades de resolver o problema; deduções sistemáticas não legitimáveis político-criminalmente e o emprego de conceitos demasiadamente abstratos (*Derecho penal* – Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 207-215); Jescheck afirma, a respeito, que os elementos do conceito geral do delito não permanecem desconectados entre si, senão que se situam em uma relação interna que se configura conforme as leis lógicas de anteposição e a subordinação, a regra e a exceção. "Este sistema deve ser tão completo, coerente e suficientemente diferenciado, que cada peça possa ser colocada em seu correspondente lugar. Entretanto, dado que continuamente surgem novas questões e os velhos problemas mudam seu aspecto como tempo, a tarefa da formação do sistema nunca chega ao fim". (*Tratado de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 178-179); Anabela Rodrigues Miranda entende que, para além de impossível, um pensamento caótico, renunciando a qualquer construção jurídica sistemática – uma vez que o seu objeto, as relações sociais que se estabelecem entre os homens, só pode ser descrito e abrangido pelo médium que é a linguagem coloquial, o esforço de sistematização e de ordenação já está presente na linguagem coloquial utilizada quando se desenvolve o primeiro pensamento jurídico – o sistema garante a ordem, a precisão e a canalização dos argumentos relevantes para as diversas possibilidades de solução (*A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995. p. 246, nota 237). Ver, também, Faria Costa, *O perigo em direito penal*, Coimbra: Ed. Coimbra, 1992, p. 103.

cada por Figueiredo Dias, quando sustenta que o êxito da tarefa de domínio da criminalidade depende, na mais larga medida, dos esforços de modernização e de integração que se façam ao longo do inteiro Sistema de Justiça Penal, de acordo com a idéia de que o que se faz num setor daquele sistema afeta o que acontece noutros setores, e condiciona, em último termo, o sucesso, ou insucesso, da tarefa global.[17]

Abriga-se, também, na atualidade, a idéia de um sistema aberto, dotado de mobilidade e historicidade. Trata-se de provar que o direito penal não pode ordenar-se num sistema fechado,[18] nem se abandonar à mercê de um pensamento tópico, o qual opere à margem do sistema, mas sim que, em lugar disso, se construa um sistema aberto, no qual cada novo problema seja discutido com conhecimento do sistema disponível e se resolva de um modo que possa integrar-se no referido sistema, ou force a sua modificação. "Numa palavra, do que se trata é da solução do problema em particular conforme a realidade e à liberdade de oposição intra-sistemática."[19]

Partindo desse pensamento, Roxin[20] sustenta que o caminho correto só pode ser o de deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as conseqüências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de origem lisztiana.[21]

17. "Para uma reforma global do processo penal português". *Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Almedina, [s.d.]. p. 3.

18. "Se há produzido um afastamento paulatino do pensamento sistemático conceitualmente fechado, mudando a direção para um pensamento dedicado ao problema concreto; de tal modo, 'em forma crescente se estima – com fundamentos de peso – que um sistema de pensamento puramente orientado à dogmática não é idôneo para solucionar certos e determinados problemas jurídico-penais'" (Gössel. "Peters – Festschrift", 1974, p. 42, apud Maurach; Zipf. *Derecho penal* – Parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Buenos Aires: Astrea, 1994. vol. I, p. 54).

19. Fernando Fernandes, op. cit., nota 5, p. 28.

20. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002. p. 20.

21. Foi de Liszt a frase "o direito penal constitui a barreira inultrapassável da política criminal". Isso quer dizer que numa teoria jurídica de base positivista o direito penal era visto como

E acrescenta que submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (*Kriminalpolitische ZweckmäBigkeit*) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que o Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética.

Como ainda acrescenta o grande jurista e pensador, isso não significa que a política criminal dogmática e a legislativa tenham as mesmas competências. Tal hipótese equipararia o juiz ao legislador e infringiria os princípios da divisão dos poderes e da legalidade. "Pelo contrário, a dogmática (incluindo a sistemática da teoria geral do delito) tem que exercer a política criminal no marco da lei, ou seja, dentro dos limites da interpretação."[22]

Em sentido convergente, Sergio Moccia[23] esclarece que um sistema de direito penal,[24] orientado axiologicamente por princípios de política criminal,

ordem de proteção ao indivíduo perante o poder estatal, e como conseqüente ordem de limitação deste poder. Era assim à ciência estrita do direito penal, como via para afastar a aplicação deste do acaso e do arbítrio que cabia competência exclusiva para determinar "o que", o "se" e o "como" do punível. À política criminal restava a função de, lastreada nos conhecimentos derivados da análise da realidade, naturalística e empírica – baseada, numa palavra, na criminologia – dirigir ao legislador recomendações e propor-lhe diretivas em termos de reforma. Nesse sentido, Figueiredo Dias, "Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro", *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, ano 15, n. 11, p. 67-84, especialmente p. 69, 1987.

22. Roxin, op. cit., nota 16, p. 225.

23. "Función sistemática de la política criminal. Princípios normativos para un sistema penal orientado teleologicamente". *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch, 1995. p. 81. No mesmo sentido, Figueiredo Dias, para quem o mérito de Roxin reside na concepção de um sistema incondicionalmente eficiente e pragmático, o mais humano de todos os sistemas de direito penal até agora criados: um sistema que aspire a mais alta concordância prática possível entre a lógica do social e a justiça individual, com o qual se respeite sempre a pessoa, inclusive o criminoso empedernido ("Resultados y problemas en la construcción de un sistema de derecho penal funcional y 'racionalmente final'". *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch, 1995. p. 456-457). Ainda Anabela Miranda Rodrigues, para quem um sistema de direito penal fundado nos valores político-criminais visa uma construção dogmática vizinha da realidade. Uma estreita ligação entre normas jurídicas e realidade social é a premissa para a construção de um sistema que aspira a uma perspectiva de praticabilidade (op. cit., nota 16, p. 245, nota 234).

24. De acordo com o pensamento de Figueiredo Dias, o sistema jurídico-penal – constituindo, embora, um subsistema do sistema jurídico, como um todo, o qual constitui, por sua vez, um

tende a converter-se em uma construção dogmática próxima à realidade, caracterizada pela ordem conceitual e pela clareza. A estreita comunicação entre as normas jurídicas e a realidade social é a premissa para a construção de um sistema que aspire a expressar uma lógica assumível por seus destinatários e, coerentemente, que persiga perspectivas de viabilidade. Portanto, deve ser tarefa do sistema a busca de valorações adequadas à matéria (*stoffadäquate*) e sua descrição, para fazê-la clara, ordenando-a em suas conexões estruturais e normativas. Seguindo nesta ordem de idéias, se pode afirmar que a dogmática penal tende a desembaraçar-se daqueles caracteres, "quase esotéricos", que representavam para ela um notável obstáculo.[25]

Torna-se necessária, pois, uma mudança de ótica e de tratamento sobre o relacionamento entre a dogmática jurídico-penal[26] e a política criminal. Esta ultima, conservando a sua posição de plena autonomia, deve ser transcendente em

subsistema do sistema social – possui de todo o modo a sua teleologia própria, a sua específica índole funcional e a sua racionalidade estratégica. Ele é mais que um sistema autônomo, um sistema autopoiético. Esta confissão a favor de um sistema teleológico-funcional e teleológico-racional da dogmática jurídico-penal não significa, contudo, a recusa da intervenção de considerações axiológicas, de pontos de vista de valor, de critérios de validade e de intencionalidades normativas na dogmática, nem, muito menos, o pronunciamento a favor de argumentos de "pura engenharia social" (*Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Renovar, 1999. p. 37, e do mesmo autor *Temas básicos da doutrina penal* – Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime, Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, p. 19).

25. Isso termina por significar a adoção do racionalismo teleológico-funcional no âmbito penal, baseado na perspectiva de se estabelecer uma conexão direta entre os elementos integrantes do sistema jurídico-penal e a sua respectiva função.

26. Sobre a condição da dogmática jurídico-penal no estado contemporâneo, ver Silva Sánchez (*Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: José María Bosch, 1992. p. 43-162), e, ainda, sobre o significado do recurso à política criminal como elemento fundamentador do conteúdo das categorias do sistema dogmático e à incidência, ou não de limites externos (em particular, ontológicos) a tal recurso ("Política criminal em la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y limites". *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: José María Bosch, 1997. p. 17-29); para Bacigalupo, na atualidade da aplicação do direito penal, ou seja, a perspectiva na qual trabalha o direito penal, tende a romper o isolamento de ciência jurídica a respeito do político e social. Os postulados da política criminal servem de critérios de decisão a respeito dos sistemas dogmáticos para a aplicação do direito penal (*Princípios de derecho penal* – Parte general. 5. ed. Madrid: Akal, 1998. p. 45).

relação às demais ciências criminais, tornando-se transistemática, de modo que entre ela e a dogmática jurídico-penal se estabeleça uma autêntica relação de unidade funcional. Sobre as conseqüências fundamentais que servirão para uma caracterização exata do novo estatuto da política criminal no contexto de uma ciência conjunta do direito penal repensada: a) as categorias e os conceitos básicos da dogmática jurídico-penal devem, agora, ser não simplesmente penetrados ou influenciados por considerações político-criminais. Eles devem ser determinados e cunhados a partir de proposições político-criminais e da função que, por estas, lhes é assinalada no sistema; b) a política criminal, de ciência simplesmente competente para as tarefas da reforma penal, cujas proposições não podiam ser levadas em conta pelo jurista senão no plano *de iure constituendo*, torna-se ciência competente para definir, em último termo, os limites da punibilidade. A esta luz, numa palavra, todas as categorias e todos os conceitos da dogmática jurídico-penal devem se apresentar funcionalmente determinados pelas finalidades eleitas pela política criminal. "Logo nessa vertente se devendo afirmar, com tranqüilidade plena, a existência – a que ainda voltarei – de uma unidade funcional entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal."[27]

A política criminal pode exteriorizar-se pelas normas do direito penal, respeitando os princípios estruturais deste último. Ademais, se a política criminal ganha, deste modo, lugar de topo no universo das ciências criminais, há de, todavia, ser condicionada estritamente pelo étimo jurídico-político de uma certa concepção do Estado. "As proposições político-criminais hão de ser, também elas, procuradas dentro do quadro de valores integrantes do consenso comunitário e mediados ou 'positivados' pela Constituição democrática do Estado."[28]

Acrescente-se, com base em Figueiredo Dias, que, formando a política criminal um subsistema de controle social, o sucesso da busca do controle da

27. Figueiredo Dias. *Questões...*, cit., p. 41-42, e do mesmo autor *Temas...*, cit., p. 23-24.

28. Figueiredo Dias, nota 21, p. 70.

criminalidade dependerá, diretamente, dos esforços de modernização e de integração feitos ao longo de todo o Sistema de Justiça Criminal, de modo que a medida tomada em um dos seus setores afete o que se passa nos demais, condicionando, assim, o sucesso ou insucesso do objetivo global.[29]

Estendemos, por conseguinte, ao processo penal tudo quanto fora, até então, aduzido, partindo da idéia de que ele integra o Sistema de Justiça Criminal e, assim, encontra-se, da mesma forma, aberto a conformar proposições de política-criminal, nos limites postos pelo modelo jurídico-constitucional. "Obtém-se, com isso, uma coesão interna desse *sistema* e a sua condução em termos não contraditórios."[30]

Quanto à relação entre o direito penal e o direito processual penal inexiste uma assimilação completa entre o modelo de ambos. A idéia da total congruência entre ambos iria de encontro ao pensamento atual, sintetizado por Costa Andrade[31] de que o direito processual penal – *rectius*, cada um dos seus sucessivos momentos – perfila-se como um sistema normativo próprio, definindo-se e operando como um sistema auto-referente. Podendo – não raro, devendo – reportar-se aos resultados das demais instâncias, há de, por via de regra, fazê-lo em termos de resposta à complexidade do ambiente que condiciona, mas não determina, o sentido definitivo do desempenho sistêmico.

O processo penal é autônomo relativamente ao direito penal. Com isto, não se contesta a instrumentalidade daquele perante este no plano funcional. Só se acentua que uma tal instrumentalidade funcional não pode colocar em causa a autonomia teleológica perante o direito penal, que ao processo penal advém por lhe corresponder um interesse material específico, qual seja, o da realização concreta da própria ordem jurídica.

29. "Les nouvelles tendances de la politique criminelle du Portugal". *Archives de Politique Criminelle* 6/193-207, 1983.

30. Fernando Fernandes, op. cit., nota 5, p. 36.

31. *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra: Ed. Coimbra, 1992. p. 27.

Servindo, contudo, o processo penal, por necessidade, à realização do direito penal, a falta de sintonia dos dois ordenamentos constitui um óbice de tomo, se não mesmo intransponível, a um funcionamento eficaz de todo o Sistema da Justiça Penal e a uma razoável probabilidade de êxito na tarefa de controle da criminalidade.[32]

A relação entre o direito penal e o direito processual penal é, sob diversos pontos de vista, uma relação mútua de complementaridade funcional que só ela permite, também, concebê-los como participantes de uma mesma unidade.[33] Assim, logo a conformação teleológica fundamental do direito penal exercerá uma enorme influência na concepção do direito processual penal respectivo. E não só, ressalte-se, a sua conformação fundamental: mesmo relativamente a problemas processuais mais concretos ficam o seu sentido e a sua solução dependentes de uma certa tomada de posição da parte do direito substantivo, de tal modo que alterações deste (mesmo mínimas) se comunicam, por vezes, potencializada, ao direito processual penal. Se ninguém põe em dúvida a idéia anteriormente exposta, já é com muito maior freqüência que se reconhece e se aceita a influência do direito processual penal na conformação do direito penal, inclusive no sentido e solução de alguns dos seus concretos problemas dogmáticos.

Há diretrizes fundamentais do pensamento jurídico-penal que são totalmente ou, pelo menos, em boa parte o resultado de necessidades práticas imperiosas feitas sentir ao nível do processo penal. Há, depois, modificações que se operam ou se advogam no âmbito do direito penal e se apresentam como puras conseqüências de modificações introduzidas no direito processual penal. Há, por fim, soluções de problemas jurídico-processuais que, quando considerados em polaridade dialética com o direito penal, podem contribuir, de maneira relevante, para o esclarecimento de intrincados e discutidos problemas de direito substanti-

32. Figueiredo Dias, nota 17, p. 192.

33. Figueiredo Dias. *Direito processual penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1974. vol. I, p. 28-31.

vo. Tudo, enfim, sob a perspectiva da complementaridade funcional, se realiza e acontece sem prejuízo da autonomia de cada um desses setores na medida em que se relacionam com objetos distintos.[34]

Vale afirmar que a maneira de atuar dessa unidade funcional parte da concepção de cada ciência criminal como um sistema autônomo (subsistema, na realidade) dotado de fins e racionalidade próprios que, contudo, opera no "ambiente" determinado pelas demais ciências criminais, condicionando-lhe o equilíbrio e estimulando-lhe a adaptação e a "redução da complexidade".[35]

Sobre a orientação político-criminal[36] do processo penal[37]e sob a ótica, ainda, de Roxin[38] que entende que "a unidade sistemática entre política criminal e direito penal, que, em minha opinião, também deve incluir-se na estrutura da teoria do delito, é, portanto, só uma realização da missão que hoje tem de ser atribuída ao nosso ordenamento jurídico em todos os seus setores", é de concluir-se ser possível integrar o processo penal como um dos setores mencionados.

Tudo se passa, na realidade, em termos de uma escolha, menos em oposição e mais em complementação, entre persistência de um modelo processual

34. "Tudo isso permite concluir que se não está, no direito penal e no direito processual penal, perante modos diversos de perspectivar o mesmo objectivo, mas perante regulamentações jurídicas autônomas, justificadas pela *diversidade de objectos* a que se dirigem" (Figueiredo Dias, nota 33, p. 34).

35. Fernando Fernandes, op. cit., nota 5, p. 41.

36. "Integrado o direito processual penal no *sistema de direito penal* e fortalecido o seu carácter dogmático, nos termos da construção de Von Liszt deveria manter-se ele impermeável a toda integração político-criminal. Ou seja, estruturado dogmaticamente com vista à segurança do cidadão, através da finalidade de proteção que lhe é peculiar, estaria fora do âmbito das finalidades do direito processual penal disciplinar o processo penal de forma a perseguir qualquer utilidade político-criminal ou mesmo de não ser um obstáculo à sua obtenção" (Fernando Fernandes, op. cit., nota 5, p. 43).

37. Formalmente considerado, o direito processual penal surge como o conjunto de normas jurídicas que orientam e disciplinam o processo penal. A função essencial dele orienta-se em obstar a insegurança do direito que necessariamente existe antes e fora daquele, declarando o direito do caso concreto, isto é, definindo o que para este caso é, hoje e aqui, justo (Nesse sentido, Figueiredo Dias, nota 33, p. 36 e 46).

38. Op. cit., nota 20, p. 34.

exclusivamente fundado em premissas dogmáticas, voltado, apenas, para assegurar a igualdade e formalidade na aplicação do direito penal, não sendo permeável às decisões valorativas de política criminal, e um outro modelo em que, paralelamente à sua missão de garantia, possa o processo penal, também, perseguir finalidades político-criminais, ou que, pelo menos, não seja obstáculo à obtenção dessas finalidades.

Não nos encontramos, assim, diante de uma hipótese de opção excludente. Ficou demonstrado que se trata de uma complementação entre o vetor garantia e aquele da finalidade político-criminal para uma maior funcionalidade do sistema. Tudo orienta a reafirmar a possibilidade de enquadramento sistêmico do processo penal e a admissibilidade da sua orientação político-criminal.

Uma oposição ao quanto aqui se expôs considera que, sob a influência de uma possível orientação político-criminal, podem ocorrer interesses diversos daqueles que, efetivamente, deveriam orientar o sistema (políticos, ideológicos, contrários à segurança jurídica e à liberdade individual, minando, dessa forma, as bases do Estado de Direito). Há, contudo, uma característica do direito processo penal sobre a qual não existem dúvidas: a de que – porventura em medida superior à de qualquer outro ramo de direito – constitui ele um "direito constitucional aplicado", um "sismógrafo", um "espelho da realidade constitucional", ou um "sintoma do espírito político-constitucional de um ordenamento jurídico vigente",[39] em face do que se apresenta ele, portanto, permeável às ideologias políticas. Por conseguinte, conclui-se que não serão o rigor dogmático e a natureza hermética e juridicamente neutra que vão assegurar a imunidade do processo penal a elementos estranhos a ele.[40]

O direito processual penal constitui, da mesma forma que o direito penal, um subsistema aberto, servindo o modelo para a exteriorização das proposições

39. Figueiredo Dias, nota 17, p. 194.

40. Fernando Fernandes, op. cit., nota 5, p. 46.

de política criminal no *modus* da validade jurídica (sob o seu aspecto funcional), nos limites estabelecidos pelos valores e princípios constitucionais postos pelo modelo de Estado (sob o seu aspecto garantista). "Ou seja, como ocorre em relação ao direito penal material, o direito processual penal deverá ser a veste, a forma, através da qual se exteriorizam as finalidades de política criminal, funcionando, ao mesmo tempo, como uma barreira dessas finalidades. A base teórica para essa integração político-criminal é buscada a partir do postulado de que o direito e o processo penais participam de uma ordenação axiológica, que os conduz a uma imprescindível consonância com os princípios ético-sociais de um determinado direito."[41] Ou, no dizer de Hünerfeld, que se referindo ao *princípio de justiça* como referencial orientador de toda a teoria interessada na luta contra a criminalidade, afirma isso significar a imprescindível, constante e conseqüente consonância com os princípios ético-sociais do nosso direito. "O direito e o processo penais participam desta ordenação axiológica."[42]

A compreensão do processo penal como instrumento de política criminal,[43] em atenção à sua função de garantia, não pode ser um obstáculo à realização

41. Fernando Fernandes, op. cit., nota 5, p. 46. "Isso se torna evidente a partir de uma concepção de uma construção do processo penal como instrumento de política criminal, na medida em que a necessidade (conflito ou consenso) e a forma (sumário, sumaríssimo, abreviado, direto ou diretíssimo) do procedimento são determinados, entre outros fatores, por razões político-criminais. Ou seja, à política criminal não está reservada, apenas, a missão de determinar como deve ser a reação penal, mas, também, a de selecionar aquilo contra o que deverá reagir-se de modo mais formalizado, ou não, e o tipo dessa formalização, maior ou menor" (p. 50).

42. Peter Hünerfeld. "A pequena criminalidade e o processo penal". *Revista de Direito e Economia*, Lisboa: [s.n.], ano 4, n. 1, p. 27, 1978.

43. Não se pode aceitar, sem reservas, a idéia de que o processo penal constitua mero instrumento de aplicação do direito penal, restringindo a sua função à descoberta da verdade material, exclusivamente. O processo penal, para além do seu caráter retrospectivo, voltado para a reconstrução da verdade, deve estar conformado levando-se em conta as conjecturas de natureza político-criminal, no contexto social da sua aplicação, devendo buscar uma harmonia entre as finalidades de política criminal de um determinado sistema jurídico-penal e o modelo de processo penal nele adotado. Trata-se, sinteticamente, de uma alteração de critérios do processo penal, ou seja, de um caráter retrospectivo, limitado à identificação dos elementos constitutivos do delito, para um caráter prospectivo, voltado para a obtenção das finalidades de política cri-

dos fins político-criminais perseguidos pelo sistema jurídico-penal como um todo. Assim é que, relacionada com a necessidade de compromisso entre *garantia* e *funcionalidade* no interior do processo penal, a proposta apresentada não legitima uma adesão cega a um eficientismo processual. "A ressalva é pertinente enquanto pende a demonstração de que esse *eficientismo*[44] possa realmente colaborar para a obtenção daquela *funcionalidade*, sem prejuízo da característica de *garantia* imanente ao processo penal."[45]

1.2 A política criminal e o processo penal "funcional" e "garantidor"

Aflorou, nos últimos anos,[46] uma política criminal tipicamente decorrente das máximas de um Estado de Direito. Essa política criminal caracteriza-se por ser humana e secularizada; possuir como limite irrenunciável o respeito pela dignidade da pessoa humana e procurar lograr "a concordância prática entre uma

minal: agilidade na prestação jurisdicional como medida de prevenção, geral ou especial. Por isso, cada solução dada a um processo penal há de representar um passo na via da realização dos princípios diretores da política criminal.

44. Sobre uma análise econômica do direito penal (a corrente do "law and economics", surgida no âmbito do direito privado e do "case law" anglo-norte-americano) para avaliação de sua eficiência, ver Silva Sánchez ("Eficiencia y derecho penal". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. t. 49, Fasc. 1, 1996, p. 93-127), para quem, sob essa ótica, o delito é uma circunstância oficialmente ineficiente. O ordenamento jurídico, para ser eficaz em seu controle, deve contar com a eficiência individual. Por isso, deve onerar o delinqüente potencial com custos adicionais, na hipótese de cometimento de delito, de maneira que esses superem os benefícios que do delito espera obter. "De fato, a fórmula de um direito penal 'eficaz na eficiência' seria a seguinte: de uma parte, impor ao delinqüente custos adicionais, de modo que o custo esperado do delito seja superior aos benefícios que espera obter do mesmo. (...) De outra parte, que esses custos sejam inferiores ao custo da tolerância do delito" (p. 112).

45. Fernando Fernandes, op. cit., nota 5, p. 50-51.

46. De acordo com Anabela Miranda Rodrigues, num mundo aberto e complexo, o fenômeno criminal lança-nos um desafio paradoxal: habituar-nos a viver com uma criminalidade inerente ao próprio funcionamento da sociedade e conceber, todavia, réplicas que a impeçam de submergir. "Que fazer para controlar o 'caos'"? São dois os desafios que, apoditicamente, podemos enunciar; encontrar formas vertebrantes de uma política criminal comum e não dar cobertura a uma política criminal "securitária" em detrimento de uma "política criminal da liberdade" (op. cit., nota 11, p. 221).

lógica da justiça e uma lógica da produtividade ou da eficiência social e a maximização de cada uma delas".[47]

Instrumento por excelência desta política criminal é o processo penal,[48] de forma que, constituindo o direito penal e o direito processual penal, como já fora afirmado, uma unidade funcional, quaisquer princípios diretores da política criminal possuem, também, uma dimensão processual.

Diante disso, tem-se mostrado, como alternativa idônea, uma reconstrução do processo penal em termos de política criminal, com vistas a preservar sua natureza garantística, sem obstaculizar a viabilidade do sistema penal, com vista a uma maior eficiência ou funcionalidade. Por isso, cada solução dada a um problema do processo penal há de relevar os princípios que orientam a política criminal. No processo penal deve-se levar em conta as intenções político-criminais que orientam todo o sistema jurídico-penal.

O pressuposto básico para que se busque a construção de um modelo processual encontra-se na possibilidade de conciliar as necessidades de garantia do cidadão com as não menos necessárias funcionalidade e eficiência do sistema jurídico-penal.[49]

Não é à toa a busca da funcionalidade do processo penal, isso se explica, também, em virtude de essa tendência decorrer de uma necessidade verificada no

47. Figueiredo Dias. "Os princípios estruturantes do processo e a revisão do Código de Processo Penal". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 8, Fasc. 2, 1998, p. 201.

48. E não as instâncias formas de controle que, na realidade, terminam funcionando como destinatárias da política criminal (Costa Andrade, nota 3, p. 390).

49. Segundo entendimento de Anabela Miranda Rodrigues, "a complexidade crescente das sociedades modernas e a crise de legitimação das instituições políticas impõem hoje um novo esforço de reflexão dirigido a refundamentar a teoria democrática e, ao mesmo tempo, recuperar o sentido da identidade pessoal e dos valores que a esta tradicionalmente se ligam. Pelo que diz respeito ao direito penal, esta exigência de reflexão solicita um repensar tendente a tornar cada vez mais compatível o momento garantístico e o momento funcional do magistério punitivo. Valores como o da justiça e categorias como a da culpa não pode mais se defender em nome da metafísica ou da tradicional ética individual. Do que se trata é de redimensionar estes valores e estas categorias num quadro social e historicamente condicionado, tomando em atenção os vetores final e de eficácia do fenômeno punitivo" (op. cit., nota 16, p. 365-366).

âmbito do direito penal, como maneira de assegurar a sua "capacidade funcional". Também, para a Justiça Penal constitui uma prova de fundamental importância a verificação da sua racionalidade, praticabilidade e eficácia.[50] Daqui derivam importantes conseqüências em cada um dos planos em que aquela se articula. Na teoria da pena, por exemplo, isso se traduz, essencialmente, em expurgar do seu âmbito qualquer elemento de caráter metafísico, e na obrigação de a tornar funcional em relação ao componente essencial do moderno conceito de racionalidade – capacidade de produção de efeitos socialmente úteis para o individuo e para a coletividade – de que depende, em parte, a sua legitimação.

Ao nível da ação penal, também, por exemplo, há uma inequívoca crescente opção por um regime processual diferenciado, com soluções diferenciadas, céleres, consensuais, por um lado, formais e ritualizadas, por outro, para fenômenos criminais diferenciados. Essa diferenciação não se faz à custa da proteção dos direitos fundamentais da pessoa, nomeadamente do acusado. Quer nas respostas "flexíveis", quer nas "conflituais", está presente a preocupação de garantia dos seus direitos no processo, procurando salvaguardar-se de cada um o seu "máximo conteúdo possível", em equilíbrio com as restantes finalidades processuais.[51]

Ainda ao nível da ação penal, como acentua Anabela Miranda Rodrigues,[52] se os conflitos legalidade-oportunidade[53] e busca da verdade material-consenso tendem a resolver-se no sentido do segundo termo dos binômios – isto é, oportunidade e consenso – a verdade é que, nem a oportunidade deve servir interesses que vão para além dos interesses imanentes ao Sistema de Justiça Penal, nem o

50. Anabela Miranda Rodrigues, op. cit., nota 16, p. 181-182.

51. Figueiredo Dias, nota 33, p. 28 e Anabela Miranda Rodrigues, op. cit., nota 11, p. 229.

52. Op. cit., nota 11, p. 232.

53. Na impossibilidade de um tratamento esgotante do tema e diante da densa argumentação que o suporta, limitar-nos-emos a avivar alguns de seus traços, necessários que são a representação das questões de mais direto relevo pragmático.

Fala-se em crise da Justiça Penal, de forma que o estado das coisas judiciais gera em todos uma sensação de indignação. Importa, pois, melhorar a eficácia e não perder a coerência do sistema jus-

consenso pode se transformar num negócio sobre a pena. E, assim, em ambos os casos, não devem nortear-se por critérios economicistas, em nome da eficiência.

processual; importa construir um novo modelo de justiça sem deixar ao desabrigo as garantias, liberdades e direitos fundamentais das pessoas; importa tutelar equilíbrios para que a Justiça promova a ordem, ou, ao menos, a estabilização contrafática perante o ilícito-típico; e, não sendo uma técnica de intervenção social ou uma engenharia sociocomportamental, não redunde numa ruptura social. Nesta linha, o princípio da oportunidade pode revelar uma via útil, entre outras, a equacionar sob um desígnio de otimização do sistema.

Assiste-se, pois, a par de um movimento doutrinal – decalcado no apego ou preferência por uma das vertentes da dicotomia legalidade-oportunidade – a uma convergência de soluções legais em torno de uma justaposição de ambos os princípios e cuja prevalência de algum se insere numa tentativa de resposta à conjuntura sociocriminal.

Sobre esse princípio vão-se formulando várias concepções: a) numa noção ampla e institucional, aquele princípio reconduz-se a todos os modos de implementação de vias de resolução de litígios, na disponibilidade das mais diversas entidades; b) numa acepção intermédia e horizontal, traduz-se na devolução do litígio às partes para a sua composição (mediada ou não), num plano ainda informal; c) numa noção restrita e vertical, diz respeito às formas procedimentais e processuais, expeditas e simplificadas, de resolução da litigiosidade.

Sobre as entidades depositárias do exercício da oportunidade, estas podem estabelecer-se num nível de intervenção político-legal do poder político; político-administrativo do governo; intervenção de um organismo específico ou intermédio e o da intervenção do titular da ação penal.

Sob esse ultimo aspecto, importa ressaltar que a consagração do princípio da oportunidade, mesmo que na sua forma mais mitigada, implica fixar, sempre, critérios objetivos mínimos, relativos a: legitimidade e competência em função da natureza da infração; gravidade das conseqüências dos tipos penais selecionáveis; baixa densidade lesiva; reduzido interesse público na persecução criminal; limites máximos da pena previstos para a infração; risco de ingresso numa carreira delinqüente e estigmatizante; satisfação do "princípio vitimológico" com a reparação da vítima; adequação das sanções aplicáveis etc.

A idéia da oportunidade surge, numa primeira análise, associada à idéia do exercício discricionário de atuação, por razões de conveniência de determinada natureza. Todavia, no contexto da administração da Justiça, discricionariedade não pode e não significa arbítrio; trata-se de uma discricionariedade de acordo com a finalidade da realização da justiça. Trata-se de um poder de opção de vias, soluções e medidas admitidas na lei, ou seja, tem sempre uma conformação normativa, um reduto legalmente inultrapassável.

Importa referir que não se encontra na doutrina, e muito menos em sede legal, uma definição do que seja o princípio da oportunidade. O seu tratamento é feito por referência ao princípio da legalidade, ou seja, releva na esfera do princípio da legalidade. Embora objeto de discussão a sua admissibilidade, o princípio da oportunidade tem vindo ganhar cada vez mais aceitação nas legislações, quer seja entendido como exceção ou limite ao princípio da legalidade, quer como manifestação interna ou parte integrante e complementar deste último princípio.

No quadro de países que se encontram modelados pelo princípio da oportunidade surgem, de modo paradigmático, os EUA e a generalidade das ordens jurídicas de matriz anglo-saxônica com se-

A tensão dialética entre os ideais de "garantia", "eficiência" e "funcionalidade"

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 9.099/1995, procurando implementar uma política criminal voltada para a prevenção da criminalidade, estabeleceu no seu art. 62 que: "O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade".[54]

Se a exaltação do vetor funcionalidade tem sido algo incontroverso, não se deve esquecer a relevância do vetor garantia, daí que Castanheira Neves tenha assinalado que o direito processual penal deva atuar "como instrumento jurídico para uma válida e eficaz luta contra o crime, pela realização do direito criminal, não deve traduzir menos *uma garantia* jurídica dos cidadãos".[55]

Ainda, no Brasil, Ada Pellegrini, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes evidenciaram a necessidade de composição entre o eficientismo, garantismo e funcionalidade, ao asseverarem

guimento em países europeus como Inglaterra, Holanda, Bélgica e França. O princípio da legalidade norteia (ainda) o ordenamento italiano. O sistema de "co-habitação", ainda que sob a primazia da legalidade, encontra-se, por exemplo, nos ordenamentos jurídicos da Alemanha (§§ 153 e 407 do StPO), Portugal e Espanha (sobre o tema ver Teresa Armenta Deu, "Pena y proceso", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 48, Fasc. 2, 1995, p. 441-464; Carlos Adérito Teixeira, op. cit., nota 1; Costa Andrade, op. cit., nota 3).

54. Ada Pellegrini Grinover; Antonio Magalhães Gomes Filho; Antonio Scarance Fernandes; Luiz Flávio Gomes. *Juizados Especiais Criminais* – Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 75. Contrário à transação penal Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em *Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais*, para quem o maior problema da Lei 9.099/1995 e, enfim, da transação penal, é a falta de base teórica adequada e consistente a lhe sustentar (disponível em: <http://www.direitodeliberdade.com.br/manifesto_jacinto.doc>. Acesso em: 17 ago. 2004). Convergentemente Geraldo Prado, a considerar que "a transação penal consiste em acordo entre o Ministério Público e o suposto autor da infração penal, o suspeito da prática de uma infração de menor potencial ofensivo, em torno da pena não privativa de liberdade. Como viabilizar, no entanto, a adoção de um mecanismo processual que torna possível a aplicação imediata de pena, cancelando o direito de defesa previsto na Constituição? Como impor um processo penal sem contraditório? (...) É pura hipocrisia pretender que haja justiça rápida na seara do processo penal. Se há justiça possível na área penal, certamente não pode ser célere" (disponível em: <http://www.direitodeliberdade.com.br/transacao_penal.doc>. Acesso em: 17 ago. 2004).

55. *Sumários de processo criminal*. Coimbra [s.n.], 1968. p. 7-8.

que há "muito tempo o jurista brasileiro preocupa-se com um processo penal de melhor qualidade, propondo alterações ao vetusto Código de 1940, com o intuito de alcançar um 'processo de resultados', ou seja, um processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar praticamente a utilidade das decisões. Trata-se do tema da efetividade do processo, em que se põe em destaque a instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito material e aos valores sociais e políticos da nação".[56]

Sobre a necessidade de compromisso entre as exigências de um Estado de Direito (vetor garantia) e a eficácia do processo penal (vetor funcionalidade), afirma Eser que o Estado de Direito deveria garantir os direitos individuais de liberdade e a funcionalidade na administração da Justiça. Nesse sentido subsiste um dever de tutela não apenas em relação aos particulares, como, outrossim, um dever de tutela em relação à totalidade dos cidadãos. Conforme evidencia, também a coletividade tem interesse em que o processo se desenvolva de acordo com as regras processuais, e que ninguém seja condenado injustamente. Jescheck destaca que é missão do Estado de Direito não somente garantir os direitos do particular, mas como um *social* Estado de Direito, também, o de promover o bem da coletividade. Conseqüência disso é que se exige a racionalização, a eficiência e a celeridade do processo penal.[57]

Dessa maneira, se há possibilidade de aproximação do vetor funcionalidade do valor justiça, vem reforçada a idéia de uma ponderação de valores conflitantes entre aquele vetor e o da garantia,[58] ambos a serem eleitos como fins a serem perseguidos pelo processo penal.

56. Figueiredo Dias, nota 33, p. 31. Consideram, ainda, que a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de disponibilidade da ação penal pública, havia mostrado, com toda evidência, sua falácia e hipocrisia. Paralelamente, havia-se percebido que a solução das controvérsias penais em certas infrações, principalmente quando de pequena monta, poderia ser atingida pelo método consensual.

57. Fernando Fernandes, op. cit., nota 5, p. 59-61.

58. Segundo Figueiredo Dias, na determinação do fim ideal do processo há, ainda, por conseguinte, que subir mais um degrau relativamente aos puros valores de "justiça" e da "segurança", não cedendo à tentação fácil de os absolutizar: é um fato comprovado nada haver mais de perigoso que a absolutização de valores éticos singulares, pois aí se inscreverá a tendência irresistível para

A tensão dialética entre os ideais de "garantia", "eficiência" e "funcionalidade"

A grande questão então exposta vem a ser, conseguintemente, o grau de composição admitido entre a garantia[59] e a funcionalidade, de forma que um vetor não exclua o outro.[60] Assim, como não se pode tolerar a adoção de um processo penal ágil, pronto a atender às necessidades de deflação do Sistema de Justiça Criminal, mas destituído das garantias processuais, não se admite, de igual maneira, um apego desmedido à sua tradicional função de garantia, sacrificando, desse modo, a exigência de prestar justiça célere. Tudo se resume,[61] pois, em introduzir

uma santificação dos meios pelos fins. Importa sim reconhecer que se está aqui, como em toda a autêntica "questão de direito", mesmo no cerne de uma ponderação de valores conflitantes, cujo resultado há de corresponder ao ordenamento axiológico do direito, há de constituir a síntese das antinomias entre justiça e segurança, encontrada no degrau mais elevado da ordem jurídica (nota 29, p. 45). O mesmo, autor, ainda sustenta que sob a designação de *Estado de Direito material contemporâneo* quer-se compreender todo o Estado Democrático e Social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso, antes de tudo, com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, econômicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um. Não se trata, pois, tanto aqui de tomar qualquer posição na moderna controvérsia acerça da subsistência do Estado-providência ou do regresso a um Estado Liberal, quanto de caracterizar o Estado, fundamentalmente e na sua acepção social mais lata, como um Estado de Justiça (*Temas...*, cit., p. 15, e *Questões...*, cit., p. 33-34). Ver, ainda, Jose Narciso da Cunha Rodrigues, "O sistema processual penal português", Polícia e Justiça, *Revista do Instituto Nacional de Policia e Ciências Criminais* 6-7/15-16, Lisboa: [s.n.], ano II, 1994.

59. Convergindo nesse sentido, mas no que se refere especificamente aos princípios do processo, Costa Andrade entende que os princípios do processo de um Estado de Direito caem na área de tutela dos direitos fundamentais. Estes direitos fundamentais não protegem, apenas, o cidadão, mas, outrossim, o interesse da comunidade de que o processo judicial decorra segundo as regras do Estado de Direito. Os direitos fundamentais não podem ser pensados, apenas, do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que são titulares; antes valem juridicamente, também, do ponto de vista da comunidade como valores ou fins que esta se propõe prosseguir (op. cit., nota 3, p. 332-333).

60. Com esse mesmo entendimento Nicolás Rodriguéz García, para quem a ansiedade diante da crise do sistema jurídico-penal conduz, em última instância, a uma perigosa dissociação entre os ordenamentos processuais: um clássico, lento, contudo, garantista, diante de outro de cunho novo, moderno, em que algumas das garantias devem ceder ante as exigências de eficácia que teoricamente são reclamadas pela sociedade. A experiência de outros ordenamentos jurídicos vem demonstrando como a Justiça Penal só estará em condições de poder sair da crise em que se encontra se conciliar equilibrada e coordenadamente os princípios de garantia e eficácia, posto que a primazia de qualquer deles suporia agravar mais o problema ("Análisis de la nueva regulación del 'principio del consenso' en el procedimiento abreviado español". *Líber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 1.464-1.465).

61. Para Figueiredo Dias a via para um correto equacionamento da evolução do processo penal num Estado de Direito material parte do reconhecimento e aceitação da tensão dialética entre a

no âmbito do processo penal mecanismos tendentes à obtenção da sua maior eficácia, depurando-o daquelas garantias cuja previsão seja desnecessária.

Para concluir, impõe-se uma ponderação entre as finalidades da *funcionalidade* e *garantia*, tendo como limite inultrapassável, como defende Figueiredo Dias, as garantias que sejam necessárias para proteger e respeitar a dignidade humana. As finalidades da política criminal que possam conduzir a uma maior funcionalidade processual encontram seu limite na inviolabilidade da dignidade humana; em face disso, deve-se ter em consideração a possibilidade de limitação, em prol da funcionalidade processual, de interesses individuais que não contendam diretamente com a garantia da dignidade da pessoa, ainda que surjam como emanações de direitos[62] fundamentais.[63]

tutela dos interesses do réu e a tutela dos interesses da sociedade. A fórmula da composição desses interesses encontra-se em dois vetores: a) no princípio axiológico que preside a ordem jurídica de um Estado de Direito material, qual seja, o da dignidade humana, por isso, quando em qualquer ponto do sistema estiver em causa a garantia da dignidade humana, nenhuma transação é possível; b) os interesses individuais que não contendam diretamente com a garantia da dignidade humana podem ser limitados em função de interesses conflitantes (nota 17, p. 206-209). O mesmo autor, contudo, partindo do pressuposto de que é indiscutida a idéia de que as finalidades primárias a cuja realização o processo penal se dirige, ou seja, de uma parte a realização da justiça e a descoberta da verdade, de outra parte a proteção em face do Estado dos direitos fundamentais, e de outra parte, ainda, o restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa pelo crime e a conseqüente reafirmação da validade da norma violada, reconhece que essas finalidades implicam a aceitação da *impossibilidade da sua integral harmonização* (nota 47, p. 202).

62. Para Sergio Moccia, na configuração que assumiu, no atual momento histórico, o sistema penal parece caracterizado, seja na atividade legislativa, seja na práxis judiciária, por um *habitus* de tipo emergencial com suas origens no passado, ressurgido recentemente em relação à "luta" contra graves e difusas formas de criminalidade (organizada, de colarinho-branco ou de fundo racial), que não pode deixar de despertar preocupação em relação à defesa dos direitos do indivíduo. O risco, portanto, concerne, sobretudo, às garantias individuais. É inadmissível que numa estrutura ordenamental de democracia avançada se adotem, ainda que com a finalidade de remediar gravíssimas perturbações do complexo socioestatal, remédios normativos e práticas jurisprudenciais que acabam por fazer com que a estrutura do ordenamento deslize na direção de preocupantes formas de arbítrio que têm sempre caracterizado os momentos mais difíceis para os direitos do indivíduo ("Emergência e defesa dos direitos fundamentais". *RBCCrim* 25/58, São Paulo: Ed. RT, 1999).

63. Figueiredo Dias, nota 13, p. 209. A propósito dos termos jurídico-constitucionais em que é permitida a limitação dos direitos fundamentais, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais* – Na Constituição portuguesa de 1976, Coimbra: Almedina, 1998, e Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999.

A tese da admissibilidade da limitação desses interesses encontra como problema principal a necessidade de determinação, com precisão, da finalidade e critério com que a limitação deve ser feita. A finalidade só pode ser a de ordenar reciprocamente relações da vida protegidas por meio da concessão de concretos direitos da liberdade, bem ainda de conjugá-las com outras relações, também, juridicamente protegidas, por essenciais, à vida comunitária; e de as conjugar em termos de criação e conservação de uma ordem na qual umas e outras ganhem realidade e consistência. Quanto ao seu critério, ele estará na otimização dos interesses em conflito; o que conduz a submeter a limitação estritamente aos princípios da necessidade e da proporcionalidade, bem como, no caso de se tratar de direitos fundamentais, a exigir que não seja afetado o seu conteúdo essencial.[64]

64. Em sentido convergente, Figueiredo Dias, nota 17, p. 209.

1. Crime e Sociedade

A demonização do mal*

Christian Pfeiffer
Direktor des Kriminologischen.

Resumo: O autor toma os resultados de suas pesquisas sobre a percepção da criminalidade pela população e as compara com a criminalidade de fato registrada na Alemanha, para chegar à surpreendente conclusão de que enquanto a criminalidade registrada tem diminuído, a população imagina estar menos seguro do que nunca. Ele formula, então, algumas hipóteses explicativas dessa ilusão coletiva, destacando o papel da mídia nesse processo.

Palavras-chave: criminalidade; segurança pública; criminologia.

O número de delitos na Alemanha não cresceu na última década. Delitos especialmente graves decresceram visivelmente. Mas aumentaram tanto os anseios punitivos da população como a freqüência e duração média das penas privativas de liberdade. Essa situação deve-se, em grande parte, às notícias da televisão e aos jornais sensacionalistas e a uma política criminal cada vez mais populista.

De que maneira avaliam os alemães o desenvolvimento da criminalidade nos últimos 10 anos? De que modo são eles influenciados em seus juízos pela mídia?

* Este ensaio foi publicado em versão ligeiramente encurtada no *Jornal Frankfurter Allgemeiner*, em 05.03.2004, sob o título "Die Dämonisierung des Bösen". Trad. Luís Greco.

Que conseqüências decorrem daí para seus anseios punitivos e para as decisões judiciais, proferidas em nome do povo? Estes temas são o foco da atual investigação do Instituto de Pesquisa Criminológica de Niedersachsen. Para iniciar, incumbimos os pesquisadores sociais da TNS Infratest de submeterem a um questionário uma amostra representativa de 2.000 cidadãos alemães. Primeiramente, foram-lhes mostrados os números dos crimes registrados pela polícia no ano de 1993. Depois disso, perguntava-se a eles quantos crimes teriam ocorrido no ano de 2003.

As respostas, que até agora conseguimos avaliar, a um só tempo fascinaram e assustaram a nós, cientistas. Mais do que um quinto das cidadãs e cidadãos presume que haja um aumento maciço, em parte até dramático, nos números. Isso está consideravelmente longe da realidade, se confrontado com aquilo que de fato ocorreu entre 1993 e 2002, bem como com os dados policiais até outubro de 2003. Apenas cerca de 10% da população avaliou a situação de modo aproximadamente correto.

Alguns exemplos: os cidadãos presumem, em média, um aumento de 34,5% do número de crimes. Mas a verdade é que houve grande estabilidade. Em 2002, o número de delitos estava até mesmo um pouco abaixo do de 1993. Nas invasões de domicílio, supõe-se que haja uma duplicação. Segundo a estatística policial, houve mesmo um decréscimo de 40% nos números, o que é confirmado também pelos dados das seguradoras. Também no roubo a banco ou no furto de automóveis supõem os cidadãos um grande aumento. Mas a polícia registrou desde 1993 um decréscimo de cerca de 50% e 60%, respectivamente. Essa discrepância entre o desenvolvimento documentado pela polícia e as perspectivas dos cidadãos se mostra até mesmo onde a estatística policial apresenta números crescentes: o estelionato e as lesões corporais perigosas graves aumentaram desde 1993 cerca da metade, mas os cidadãos em média acreditam que o aumento seja para o dobro.

A mais extrema suposição errônea é a do homicídio sexual qualificado consumado (*vollendeter Sexualmord*). Os cidadãos supõem aqui um aumento explosivo de 32 para 208 casos. Mas a polícia documentou desde 1993 uma redução constante para 11 de tais homicídios no ano de 2002. E também no que se

refere à totalidade dos homicídios consumados, as suposições dos cidadãos passam bem longe da realidade: em vez do imaginado aumento de 666 para cerca de 1.000 casos, até 2002 houve, isso sim, um decréscimo para 421 casos.

A discrepância entre a situação da criminalidade tal como ela é sentida pela população e tal como ela é de fato registrada pela polícia faz surgir várias perguntas. Por que tantos delitos, principalmente entre os mais graves, sofreram decréscimo tão visível? Quais as razões para que a grande maioria das pessoas erre aqui de modo tão crasso? E que conseqüências tem isso para a política criminal e para a persecução penal?

Há uma série de respostas para a primeira pergunta, a respeito de cujo significado pode-se bem discutir. Mas há dois pontos sobre os quais os peritos estão de acordo. O primeiro fator principal para o desenvolvimento, em geral, positivo, da criminalidade, nos últimos 10 anos, é o processo de envelhecimento de nossa sociedade. O grupo mais perigoso da população é composto por jovens homens, de idade entre 18 e 30 anos. No ano de 1993, quase um entre cada dois praticantes de crimes violentos registrados pela polícia pertencia a esse grupo – apesar de ele compor apenas 9,4% da população. Mas neste meio tempo, em 1.º.01.2003, o número total de jovens homens dessa idade decresceu em cerca de um quarto, passando de 7,6 para 5,8 milhões, isto é, a 7,0% da população. Por outro lado, o grupo da população que menos comete delitos – os idosos de idade a partir de 60 – aumentou consideravelmente. Seu número total cresceu de 16,4 para 20,1 milhões, isso é, de 20,4% para 24,4% da população.

Um segundo fator de importante influência foram os altos e baixos da imigração nos anos 90. O início dos anos 90, marcado pela intensa importação de pobreza, por meio de asilados ou fugitivos, contribui até 1993 para um enorme aumento da criminalidade. Mas a "limitação do asilo",[1] o fim da guerra civil na

1. A chamada "limitação do asilo" (*Asylkompromiss*) foi uma emenda constitucional aprovada no ano de 1993, em reação à imigração em massa oriunda do leste europeu, que restringia de várias maneiras a concessão de asilo por motivos de perseguição política (N.T.).

antiga Iugoslávia e a paulatina redução da imigração de alemães e russos provocaram uma crescente estabilidade. No que se refere aos estrangeiros, isso é documentado pelo fato de que sua participação entre os suspeitos em investigações policiais decresceu, entre 1993 e 2002, de 26,7% a 19,2%. Observe-se que até aqui os cidadãos se enganam: eles acreditam num aumento da criminalidade dos estrangeiros para cerca de 36,8%.

Como explicar essas inúmeras avaliações errôneas? É notável que os cidadãos se equivoquem em especial no que se refere aos delitos violentos de superior gravidade, e bem menos no que toca ao número total de delitos. A explicação central parece evidente. A mídia noticia com muito maior intensidade e carga emocional a respeito de assassinatos espetaculares e de perseguições policiais a ladrões de bancos ou a quadrilhas de invasores de domicílios do que a respeito da criminalidade cotidiana ou de acontecimentos sociais normais. Esta tendência de dramatizar a criminalidade tem se acentuado em especial desde que as empresas de televisão públicas e privadas disputam a preferência dos espectadores.

Quanto a isso, dois exemplos. O primeiro provém de estudos sobre a mídia nos EUA. No período de 1991 a 1995, a quantidade de delitos graves praticados com violência sofreu ligeira diminuição. Uma análise dos noticiários de início de noite de todas as grandes emissoras de televisão verificou, entretanto, que nestes cinco anos a quantidade de reportagens sobre delitos violentos espetaculares aumentou quatro vezes. Na Alemanha, há um fenômeno análogo. O Instituto de Jornalismo e de Estudos de Comunicação de Hannover verificou que, na esteira da crescente participação de emissoras privadas no mercado televisivo, a quantidade de programas de televisão – filmes, seriados ou noticiários –, cujo foco fosse o tema criminalidade, aumentou em 10 vezes entre 1985 e 2003. A parcela destes programas que trata de criminalidade na programação geral triplicou desde a metade dos anos 80.

Se levarmos em conta, ainda, que este desenvolvimento se refere especialmente aos crimes espetaculares, como homicídios sexuais, há mais dois resulta-

dos do questionário que não podem surpreender. Quanto mais horas os cidadãos passam diariamente, segundo as próprias respostas, diante da televisão, e quanto mais eles assistem a programas cujo tema é a criminalidade, tanto mais graves são as distorções a respeito do fenômeno criminal. E, em segundo lugar: quanto mais as pessoas supõem que a criminalidade e especialmente os delitos graves têm aumentado, tanto mais claramente elas defendem penas mais duras.

As conseqüências disso são um tanto óbvias. Os políticos acabam por ver-se cada vez mais representando o papel de combatentes do mal, por meio de exigências populistas. Antigamente, os esforços de racionalidade comunicativa estavam em primeiro plano. Era necessário apresentar argumentos comprováveis e fundamentar as propostas empiricamente, referindo-se a experiências práticas consolidadas e a claros resultados da pesquisa científica. Nos últimos 15 anos, porém, o que tem vigorado é a política criminal da pistola *Colt*. Sem qualquer dificuldade, os legisladores dos EUA e da Europa, respondendo às emoções e temores inflamados pela mídia, produzem uma lei mais grave após outra.

As conseqüências disso podem ser vistas no desenvolvimento do número de presos. Nos EUA, o número de presos cresceu, desde 1980, de 502.000 a 2,1 milhões. Os custos anuais da execução penal aumentaram no curso de 20 anos de 6,9 a cerca de 49 bilhões de dólares. Enquanto um Estado puder se dar ao luxo de a cada ano que passa colocar atrás das grades bem mais pessoas do que ele deixa sair, é verdade que uma parcela crescente da chamada população de risco do país fique por certo tempo impossibilitada de cometer crimes. Em curto prazo, tal pode melhorar a segurança interna. Em médio prazo, porém, a estratégia está condenada ao fracasso, porque os custos extremamente crescentes não poderão ser mais suportados após certo tempo, e porque as oposições políticas ao sistema aumentam. Mas, assim que se retorna à antiga prática sancionatória, há o perigo de um dilema. Por vários anos, o número de pessoas liberadas do cárcere superará consideravelmente o dos novos presos. Disso decorrerão riscos enormes para a segurança, também porque uma estadia na prisão provoca em muitos a perda das raízes sociais.

Na Alemanha, estamos ainda bem longe de uma tal situação. Mas também entre nós há claros indícios de que a crescente representação da criminalidade na mídia gere conseqüências nas pessoas. Uma prova indireta nos é fornecida por uma investigação do criminólogo Franz Streng. Desde o final da década de 80 submeteu ele os calouros do curso de direito a um questionário a respeito de seus anseios punitivos. Entre 1989 e 1999 pode-se observar uma clara mudança nos futuros juristas. Cada vez menos vêem eles o sentido da pena na ressocialização do autor, cada vez mais na retribuição. Cada vez mais se mostram eles favoráveis a um endurecimento do direito penal.

Streng explica a crescente rigidez dos jovens juristas pela dramatização da criminalidade na mídia e na política. Com razão traz ele à discussão ainda outro possível fator relevante. Após os anos 80, relativamente estáveis, veio uma década que, entre nós, ficou marcada por crescente pobreza e desemprego, por uma imigração por muitos sentida como ameaçadora, e por uma reunificação provocadora de maciços problemas colaterais. Além disso, acrescentem-se nos últimos anos os atos de terrorismo da Al-Qaeda. É possível que muitas pessoas se sintam inseguras em face de tantas mudanças e acabem desejando um Estado forte, que cuide da ordem com firmeza.

Algo análogo se pode dizer da política criminal. Desde 1990, o legislador aumentou consideravelmente as penas de 29 tipos penais. E os tribunais concretizam essas decisões, o que fica demonstrado no exemplo das lesões corporais perigosas graves. Nos anos 90, tanto a freqüência como a duração de penas privativas de liberdade nesses crimes aumentaram bastante. Com isso, a soma dos anos de prisão que são impostos a 100 acusados quase duplicou entre 1990 e 2001, passando de 7,4 a 14,4 anos.

A mudança na aplicação da pena seria compreensível se nesse período a gravidade média de tais casos tivesse sofrido um grande aumento. Mas os fatos parecem ser bem diversos. Isso é demonstrado pelo menos por duas análises de processos levadas a cabo pelo Instituto de Pesquisa Criminológica de Niedersa-

chsen a respeito da aplicação da pena no direito penal de jovens e no direito penal comum. Comparando-se os anos de 1990 e 1996, 1991 e 1997, a análise das sentenças de alguns foros de dois Estados da Federação verificou claramente uma diminuição da quantidade de crimes violentos que exigem uma hospitalização da vítima. Por outro lado, aumentou a cota dos casos em que a vítima sequer precisou de um médico. Isso significa que a gravidade média dos fatos diminuiu. Tendo em vista o crescente envolvimento de autores jovens e a elevação das notificações à polícia, isso tampouco pode surpreender.

Se estendermos esse cálculo à totalidade dos processos criminais, chegamos a um panorama análogo. Também aqui, no curso dos 11 anos, aumentou consideravelmente a soma dos anos de cárcere imposta a cada 100 condenados, de 6,2 a 9,2 anos. Não surpreende que o número de presos em cárceres da Alemanha ocidental tenha aumentado em cerca de um terço (aproximadamente, de 37.500 a 50.000). E tampouco há indícios de que o aumento dos anos de prisão por 100 acusados possa ser explicado com um aumento na gravidade média dos delitos.

A apontada mudança na aplicação da pena tem importantes conseqüências para a situação da Justiça nos Estados da parte ocidental da Alemanha. A totalidade dos anos de prisão imposta entre 1990 e 2001 a todos os acusados atinge a marca de 174.000 anos além do número que se teria, se a práxis sancionatória se tivesse mantido constante. Como os custos do aprisionamento chegam a 80 euros por dia, isso significa que nos apontados 11 anos se gastaram 5,1 bilhões de euros a mais. Ainda que se levem em conta liberações prévias ao cumprimento da pena total, os custos adicionais provocados pela mudança na práxis sancionatória atingem 4 bilhões de euros. Sem falar nos 1,4 bilhões de euros que hoje estão sendo gastos para criar 12.000 novas vagas prisionais.

Paralelamente a isso, muitos Estados e Municípios se vêem obrigados a cortar as despesas com a juventude, a cultura e a ciência. Sem perceber, acabamos, passo a passo, chegando ao caminho trilhado pelos EUA há cerca de 20 anos. Tendo em vista a escassez dos recursos orçamentários, deve-se colocar a pergun-

ta se é mesmo correto conferir ao endurecimento de nosso direito penal uma tal prioridade. Com certeza, o futuro de nosso País não está na construção de presídios, mas sim num investimento decidido na ciência, na educação de nossa juventude e nas condições de vida em que nossos jovens venham a crescer. Tal seria ao mesmo tempo um eficiente programa de prevenção da criminalidade.

Uma tal resposta, porém, só será aceita pelas pessoas de nosso País se encontrarmos respostas convincentes para seus medos e se satisfizermos suas justificadas necessidades de segurança. Um ponto de vista central, na Alemanha por muito tempo descurado, é uma assistência engajada às vítimas de crimes. Elas precisam de mais apoio humano, de um fortalecimento de sua posição jurídica e de uma rápida reparação do dano. Em Baden-Württemberg e em Niedersachsen, estão se trilhando novos caminhos juntamente com o Weisser Ring.[2] Eles podem abrir novos horizontes. Se conseguirmos diminuir os temores desta forma, se as vítimas que sofrem receberem os cuidados de que precisam, a racionalidade político-criminal talvez tenha outra vez uma chance.

Ao mesmo tempo, criaremos desta forma condições exteriores favoráveis para que se chegue à raiz das causas do desenvolvimento agora descrito e para que a pesquisa científica volte a representar um papel importante como fundamento da política criminal. Se quisermos parar o aumento das penas, temos inicialmente de analisar a fundo a práxis da persecução penal. Há indícios de que, entre nós, os acusados pertencentes a minorias étnicas sejam sancionados com mais severidade do que os nacionais. Isso deve ser esclarecido. Além disso, temos de investigar em que medida a superlotação de nossos presídios se correlaciona com o fato de que os juízes cada vez mais recusam os antes freqüentes livramentos prévios ao cumprimento total da pena. E deveríamos, por fim, analisar as causas das consideráveis diferenças regionais na aplicação da pena e suas conseqüências para a criminalidade em geral.

2. O Weisser Ring é uma associação para a defesa das vítimas de delitos (cf. http://www.weisser-ring.de) (N. T.).

Apenas na posse de tais conhecimentos estaremos em condições de procurar caminhos para reverter a imposição da pena privativa de liberdade à medida anterior, sem ameaçar a segurança interna. Permanece inquestionável que, no caso de criminosos perigosos, necessitamos da execução penal. Mas em nossas prisões há também muitos pequenos ou médios charlatães para os quais seriam possíveis também outras formas de punição mais sensatas. Exemplo disso seria a prestação de serviços à comunidade, ou a proibição de dirigir (também para criminosos comuns e não só para os de trânsito), ou a combinação (testada com sucesso na Áustria) de uma curta privação de liberdade com a perspectiva de uma suspensão condicional de dois terços do restante da pena. Mas tais reformas apenas têm uma chance de realização se os políticos pararem de superar-se uns aos outros com demandas populistas de endurecimento do direito penal. Na Alemanha, não precisamos de penas mais severas. Precisamos, isso sim, de medidas mais eficientes para a prevenção da criminalidade.

"Medidas extraordinarias para tiempos extraordinarios": política criminal tras el 11.09.2001

Emilio C. Viano

Catedrático de criminología y victimología en la American University y Profesor adjunto de derecho en el Washington College of Law, ambos en Washington DC, EE.UU. Egresó de varias universidades europeas y norte-americanas con doctorado en filosofía, maestría en sociología y antropología, doctorado en sociología del derecho, y maestría en derecho. Es especialista en terrorismo, crimen organizado transnacional, lavado de dinero, y derechos humanos. Es autor o editor de más de 30 libros y 120 artículos científicos. Ha organizado muchos congresos, conferencias y reuniones internacionales sobre diferentes asuntos criminológicos y victimológicos. Ha asesorado muchas organizaciones gubernamentales y non-gubernamentales en todos los continentes. Ha recibido varios premios y reconocimientos de sus contribuciones a la victimología y criminología. Es frecuentemente entrevistado por varios medios de comunicación como, por ejemplo, CNN, Telemundo, Univision, BBC de Londres, MSNBC, estaciones de radio en todo el mundo, y varios periódicos y diarios.

Sumario: 1. Introducción – 2. Seguridad pública: la prioridad más urgente – 3. Derechos humanos y constitucionales en peligro – 4. Conclusión.

1. Introducción

Este artículo trata de las consecuencias para el derecho penal y las ciencias criminológicas y victimológicas tras los acontecimientos del 11 de septiembre 2001 particularmente en los EE.UU.

El ataque inusitado contra el símbolo del poder del capital financiero internacional, Nueva York, y la capital política del mundo, Washington DC, desató una conmoción y una paranoia pocas veces vista antes desde el final de la Guerra Fría. No porque no se hayan visto catástrofes o tragedias peores, sino porque esta vez, por primera vez desde la Segunda Guerra Mundial, afectó a los civilizados y poderosos, y a los más civilizados y poderosos de todos, los norteamericanos.

Las imágenes transmitidas por la televisión en directo fueron, en efecto, terribles, parecidas a las fantasías de cientos de películas de Hollywood, en que siniestros malvados terroristas o extraterrestres amenazaban destruir el mundo, o lo que es igual, a los Estados Unidos. Solo que esta vez los héroes de la CIA o el FBI no lograron parar la agresión, ni siquiera detectarla. El Presidente George W. Bush estuvo muy lejos de pilotear las naves del contraataque, como en el film "El día de la Independencia". Se derrumbaron las Torres, con miles de personas adentro, se vino abajo medio Pentágono, y cuatro aviones de pasajeros parecieron volverse locos y precipitarse sobre sus blancos con algunos suicidas voluntarios y desafortunadamente un par de cientos de suicidas involuntarios. Todo eso, en un país que se creía invulnerable.

Los atentados a las Torres Gemelas en el corazón de Nueva York, y al Pentágono en Washington, provocaron un verdadero terremoto en la agenda política internacional. Por haber sido atacada la primera potencia mundial; por la magnitud de los atentados y su secuela de muertos; por la compulsión de modificar la agenda de política exterior que tenía planificada el Presidente George Bush; por las secuelas económicas, culturales y políticas que dejarán en la sociedad estadounidense, por las desconocidas implicancias que tendrán las guerras contra de Afganistán y Irak, y por lo que despertará en el resto del mundo. Si el historiador inglés Eric Hobsbawm afirma que el siglo XX finalizó con la caída del Muro de Berlín, surgirán otros que plantearán que el siglo XX se extendió hasta el 11 de septiembre 2001 y que en realidad ese día marca el comienzo del siglo XXI. Amén del debate teórico que se pueda despertar al respecto, no cabe duda que los atentados

marcan un antes y un después, y que el proceso de globalización en curso ahora tendrá que tomar en cuenta nuevos múltiples factores que seguramente seguirán apareciendo como consecuencia de lo sucedido en Estados Unidos el 11 de septiembre. A su vez, esta nueva guerra no debe empañar el debate que se ha generado en la última década sobre los efectos de una globalización que hoy incluye solamente al 15 por ciento de la población mundial mientras que el 60 por ciento nunca ha realizado una llamada telefónica. La violencia terrorista y los atentados del martes 11 de septiembre del 2001 no son una consecuencia directa de la globalización, pero para comprender de qué manera están imbricados es inevitable analizar qué vinculación existe entre ellos a comienzos del siglo XXI y qué rol le cabe a Estados Unidos, locomotora indiscutible de esta globalización.

2. Seguridad pública: la prioridad más urgente

Unas de las consecuencias del 11 de septiembre 2001 son muy profundas y aun más preocupantes, pues que representan un cambio fundamental en la percepción del público sobre la importancia y centralidad de los derechos humanos que desde el siglo XVIII consideramos esenciales para una verdadera civilización versus la necesidad percibida de seguridad.

En anos recientes la seguridad pública se ha convertido en una prioridad más y más urgente para gobernantes en todo el mundo. El colapso de gobiernos autoritarios, muchos de los cuales confiaban pesadamente en la represión para el mantenimiento del orden, ha dejado un legado de instituciones democráticas, judiciales, y policiales débiles o disfuncionales. Al mismo tiempo, hay una difundida percepción pública de amenazas crecientes a la seguridad, tanto doméstica (por ejemplo, juventud urbana resentida que se junta con pandillas o milicias o terrorismo) como internacional (por ejemplo, tráfico transfronterizo en drogas, armas, y seres humanos y terrorismo). En países destruidos por guerra civil, conflictos separatistas, o enfrentamientos entre grupos étnicos o religiosos

opuestos, adonde la seguridad pública esta amenazada por conflictos internos continuos, guerras sobre el control de recursos naturales, redes criminales, grupos guerrilleros, actores non-estatales, o regímenes corruptos, los ciudadanos tienen aun más razones para tener miedo para su seguridad y para justificar medidas extraordinarias.

Esta preocupación difundida para la seguridad plantea nuevos desafíos para los grupos que ensayan de proteger los derechos humanos y constitucionales. Mientras que frecuentemente hay buenas razones para estos grupos de continuar a enfocarse sobre abusos por organismos de seguridad del Estado (en muchos lugares las reformas se han encallado y abusos por la policía y fuerzas del orden continúan y están creciendo), el público parece menos receptivo que en el pasado a inquietudes, atención y protección de estos derechos.

Por ejemplo, una reciente encuesta en la Argentina revela una propensidad alarmante: cuando le preguntaron si apoyarían tortura por la policía para asegurar su seguridad, el 80% de los residentes dijeron que sí. Este resultado es sorprendente y inquietante, especialmente en un país que sufrió una historia de abuso, brutalidad y guerra sucia. Después de los hechos del 11 de septiembre 2001, ciudadanos en muchos países, incluidos los EE.UU., de manera parecida han indicado su propensidad y voluntad fácil de intercambiar derechos para una seguridad mejorada.

La nueva realidad después del 11 de septiembre requiere que nosotros, los juristas y criminólogos, nos enfoquemos sobre la legitimidad popular del encuadramiento internacional sobre derechos humanos. Tomando en cuenta los cambios en las percepciones del público, hay los que se preguntan si los grupos que defienden los derechos humanos no deberían mudarse de su foco sobre los abusos de las fuerzas de seguridad gubernamentales. No hay duda que los acontecimientos del 11 de septiembre y las nuevas medidas antiterroristas al nivel mundial han repercutido sobre el trabajo de grupos que defienden derechos humanos y constitucionales.

Se plantean unas preguntas:

– ¿Deberían grupos y académicos con escasos recursos darle más atención al "derecho a la seguridad" del público y menos a los abusos por las fuerzas de seguridad del Estado?

– ¿Cómo están respondiendo los grupos que se interesan de derechos humanos a la creciente preocupación del público sobre su seguridad? ¿Estos grupos, le están dando más atención al rol de actores non-estatales como agentes de inestabilidad y criminalidad? ¿Están enfocándose sobre los derechos económicos y sociales que frecuentemente generan inseguridad incrementada?

– ¿En que medida los grupos para los derechos y los criminólogos están trabajando y estudiando nuevos actores en el campo de la seguridad pública, como comisiones gubernamentales para los derechos humanos, grupos de trabajo especiales para la reforma, iniciativas de reforma del sistema de justicia financiadas por gobiernos extranjeros etc.?

– ¿La guerra contra el terrorismo ha dado aliento a los criminólogos a interesarse de otros aspectos del "derecho a la seguridad"?

– ¿Es la receta justa para derechos humanos siempre la misma o tal vez depende de la enfermedad: si es un crimen, se emplea una cierta estrategia, si es un conflicto a causa de una guerra sobre recursos se emplea otra o debería el trabajo para defender derechos humanos que se enfrentan con asuntos de seguridad siempre ser dirigido por un set de principios único y invariable?

3. Derechos humanos y constitucionales en peligro

Hay muchos que piensan que el movimiento para los derechos humanos y la criminología pueden y tienen que ser configurados mejor intelectualmente y de modo operacional, pragmático para hacer frente a los desafíos del siglo 21. La suposición subyacente es la que llamamos el "cofre de los derechos humanos", vale a decir que el movimiento para los derechos humanos es constreñido e inhibido

por un set de circunstancias históricas y estructurales cuya consecuencia fue que el encuadre de los derechos humanos ganaría vigencia principalmente entre las elites mientras que limitaron su avance entre las más amplias poblaciones en el mundo. Por consiguiente el apoyo para los derechos humanos y constitucionales es superficial y limitado. La gente piensa que pueden deshacerse de estos derechos cuando se encuentran en situaciones extraordinarias. Políticos estadounidenses recién han frecuentemente subrayado que "vivimos en tiempos extraordinarios que justifican medidas extraordinarias", una visión de la realidad y una justificación para limitar derechos civiles que muchos norteamericanos están listos a aceptar.

Hay toda una serie de motivos de preocupación en los Estados Unidos relacionada con las investigaciones posteriores al 11 de septiembre. Entre esos motivos de preocupación se encuentran los informes sobre detención en régimen de incomunicación, las duras condiciones de reclusión y los malos tratos a detenidos sospechosos o conectados con el terrorismo, la preocupación por las facultades concedidas al gobierno en virtud de la reciente legislación para detener indefinidamente a ciudadanos extranjeros basándose en la mera sospecha de implicación en actos de "terrorismo", el uso de pruebas y testimonios secretos, el uso de la tortura o de técnicas de interrogatorio "basadas en la presión", la situación de los sospechosos detenidos en el extranjero y los juicios celebrados por comisiones militares que representan la creación de un sistema paralelo de justicia potencialmente discriminatorio. Según periodistas respetados, el uso de la tortura es generalmente hecho por terceros, por ejemplo trasladando sospechosos, a veces sin supervisión judicial, a países conocidos por torturar los arrestados como Egipto, Siria y Jordania. El limbo jurídico en el cual se encuentran los presos de Guantánamo es criticado unánimemente por la Unión Europea, Australia y otros países pues que niega el derecho que hasta el peor de los criminales tiene a un juicio justo. Tribunales de los Estados Unidos están empezando a enfrentarse con estos abusos del Poder Ejecutivo y a subrayar la importancia esencial de respetar los derechos constitucionales aun en tiempos "extraordinarios".

Así que las consecuencias mayores de los acontecimientos del 11 de septiembre 2001 y su impacto sobre la criminología y el derecho penal se refieren a la disminución de la importancia y centralidad de los derechos humanos, constitucionales y procesales y al crecimiento de la preocupación y enfoque sobre la seguridad del Estado y del ciudadano que legitima la violencia estatal y el abuso del Poder Ejecutivo.

Otros sujetos que están adquiriendo más importancia son:

– *La prevención del crimen* es su sentido más amplio.

En sus manifestaciones más exageradas podría recordarnos de la delación, denuncia, y vigilancia que caracterizan sistemas totalitarios y el difunto sistema soviético. No hay duda que tanto en el campo de investigación que programático, la prevención del crimen a nivel nacional, estatal y de vecindad está adquiriendo más y más importancia y amplios fondos para apoyarlos. "Crimen" incluye también posibles actos de terrorismo. Prejuicios y discriminación racial, étnica, y religiosa pueden y están jugando un papel muy importante y dañino en la sospecha, identificación y delación de potenciales terroristas y criminales. La tensión, inseguridad, sospecha mutua, y delación generadas y justificadas por la lucha contra el crimen ejercen un impacto negativo y empeoran las condiciones generales de salud mental pública.

– *El perfilar* los sospechosos de todo tipo de crimen, pero particularmente de tráfico de drogas, terrorismo, lavado de dinero etc. El perfilar hasta recién fue un gran tabú en los EE.UU. y otras sociedades libres y generalmente prohibido por la interpretación de diferentes constituciones, incluso la Constitución de EE.UU. Después del 11 de septiembre 2001 se ha transformado rápidamente en una herramienta indispensable para la policía, FBI, inmigración, aduanas y otras para la supuesta identificación de terroristas y criminales potenciales.

– *El terrorismo* y la llamada "guerra contra del terrorismo" están generando un cambio profundo en la política, estrategia y concepción de los derechos del ciudadano individual contra los derechos de la comunidad y de la colectividad en

los EE.UU. y diferente países del mundo. En el nombre de la guerra contra del terrorismo, se están introduciendo leyes, políticas, prácticas, entrenamiento, controles, varias técnicas de identificación, relación entre el gobierno y sus agencias y el ciudadano que se consideraban inaceptables hay solamente meses.

– Después de la difusión del ántrax en unas ciudades de los EE.UU., el *bioterrorismo* constituye una preocupación especial desde el punto de vista policiaco y de salud pública. Prevención, intervención rápida, disponibilidad, eficacia y distribución de vacunas, colaboración entre equipos internacionales de científicos epidemiólogos para aumentar investigaciones, conocimientos, alertas de amenazas biológicas, coordinación de la respuesta en el caso de un ataque bioterrorista y la decontaminación son unas de las prioridades subrayadas actualmente en los EE.UU. y otros países del mundo.

– *Los lazos entre tráfico de drogas y terrorismo* están atrayendo más atención, investigación, y intervención. Varios grupos armados y guerrilleros utilizan los beneficios y las rentas del tráfico de drogas para financiar sus actividades terroristas y fortalecer su control sobre poblaciones locales. Lavado de dinero, corrupción y movimientos internacionales de largas sumas de dinero son relacionados con este tema. Investigación, control y vigilancia de movimientos de capitales, nuevos acuerdos y tratados internacionales impulsados por ejemplo por el Gafi y la Oced (OECD), identificación de organizaciones terroristas o sospechadas de ser tal están también cambiando la prioridades y focos de sistemas de justicia y de la política criminal.

Hay controversias sobre la identificación de quienes son, cuales son los grupos terroristas, una clasificación que depende de la orientación política, prejuicios, y predisposición de la entidad clasificadora. Por ejemplo, los EE.UU. han identificado a Hamas y Hezbollah como grupos terroristas cuyos bienes y cuentas bancarias tienen que ser congeladas mientras que el Líbano y otros países del Oriente Próximo no aceptan esta clasificación. Recientes acontecimientos en Bolivia en octubre del 2003 también fueron interpretados

en ciertos círculos como instigado por narcotraficantes y cocaleros mientras que otros los ven como una expresión justificadas de quejas de los ciudadanos de ese país dañados por la llamada "guerra anti-drogas", particularmente los indígenas, que se ven explotados por las multinacionales de hidrocarburos y por las clases altas de su sociedad. Esta situación nos recuerda claramente de la posible intrusión de la política en la creación de tipologías criminológicas, la posible manipulación de clasificaciones criminológicas para lograr ciertos objetivos políticos, militares, y financieros y la influencia de concepciones geopolíticas en la formulación de políticas y intervenciones contra de los presuntos crímenes al nivel nacional y internacional.

– *Seguridad de los aeropuertos* y de otros medios de transporte. Todo el campo de la seguridad de los transportes ha estado transformado por los acontecimientos del 11 de septiembre 2001. En los EE.UU. una nueva ley, The Aviation Transportation Security Act, fue aprobada por el Congreso y firmada por el presidente. Por supuesto es muy difícil prevenir y impedir la misión de un pasajero suicida. Varias empresas de alta tecnología se están preparando para proveer una amplia gama de servicios, para desarrollar nuevas tecnologías de identificación y detección aun más innovadoras y para crear nuevas topologías y perfiles de pasajeros, criminales y terroristas potenciales y actuales. Bajo el impulso de los EE.UU., se está creando toda una red informática para la identificación, investigación, perfil, examen de los antecedentes, y asignación de una puntuación a los pasajeros de vuelos internacionales que llegan o salen de los EE.UU. El derecho a viajar al interior del país o al exterior podría ser negado a los cuyas puntuación, justa u errónea, los identifica como gente peligrosa.

– Una de las técnicas más cotizada en este momento es la *Identificación Biométrica* pues que supuestamente es la mejor opción para la verificación de la identidad y el control de los movimientos de empleados, trabajadores, y visitantes. La biometría (aplicación de métodos matemáticos y estadísticos a la investigación biológica) provee una verdadera identificación de personas, ya que esta tecnología

se basa sobre el reconocimiento de un rasgo corporal único, por lo que reconoce a las personas en función de quienes son y no de lo que traen consigo como tarjetas, llaves, credenciales etc., o, en su defecto, en lo que puedan recordar como lo son las claves personales de identificación. Solamente la identificación biométrica puede proveer un control realmente eficiente y preciso de las personas, se puede saber con toda certeza que la persona que pasó por esta forma de reconocimiento es la persona a ser reconocida y no como sucede con una firma, código de barras o banda magnética. Solamente la identificación biométrica puede proveer un registro real de las actividades de las personas, eliminando la posibilidad de que estas tengan acceso a lugares a los cuales no tienen autorización, suplanten personalidades ajenas, generen fraudes por un falso registro con su firma etc. Por ejemplo, en este momento la geometría de la mano en tercera dimensión es la más exacta técnica de identificación biométrica que existe en el mercado, lo anterior ha sido demostrado por diversas pruebas realizadas por los Laboratorios Nacionales Sandia en los últimos cuatro años, a pedimento específico del gobierno de los Estados Unidos de América. Con el auge de Internet, el comercio electrónico y la sociedad digital, se hace cada vez más necesario el disponer de sistemas que nos identifiquen como agentes individuales de dicha sociedad para transaccionar en ella e interaccionar con otros agentes de forma segura y de confianza. Los dispositivos biométricos proveen esta función permitiéndonos usar nuestro propio cuerpo como "DNI-digital", midiendo nuestra anatomía y comportamiento. La "Biometría Informática" es la aplicación de técnicas biométricas a la autentificación e identificación automática de personas en sistemas de seguridad informática. Las técnicas biométricas se basan en medir al usuario directa o indirectamente para reconocerlo automáticamente aplicando técnicas estadísticas y de Inteligencia Artificial (lógica borrosa, redes neuronales etc).

Tipos de biometría

Biometría estática: mide la anatomía del usuario.

Huellas digitales.

Geometría de la mano.

Termografía.

Análisis del iris.

Análisis de retina.

Venas del dorso de la mano.

Reconocimiento facial etc.

Biometria dinamica: mide el comportamiento del usuario.

Patrón de voz.

Firma manuscrita.

Dinámica de tecleo.

Cadencia del paso.

Análisis gestual etc.

Áreas de conocimiento

Biometría.

Criptografía.

Seguridad informática.

Inteligencia artificial.

Lógica borrosa.

Redes neuronales.

Análisis estadístico.

Varias organizaciones nacionales y internacionales y muchas empresas están surgiendo con el objetivo de cubrir el vacío de investigación y aprovechar de los amplios fondos gubernamentales y privados y beneficios potenciales en esta área.

Otras tecnologías relacionadas son:

– El reconocimiento facial

A raíz de los atentados del 11 de septiembre, las tecnologías biométricas de reconocimiento facial se han hecho muy populares entre las autoridades, especialmente aeroportuarias, de los EE.UU. Pero ahora parece que estas técnicas han llegado también a Europa, concretamente a Gran Bretaña, donde la *National*

Crime Squad está elaborando una base de datos con unos tres millones de fotografías, como medida de lucha contra la pornografía infantil. La biométrica utiliza información biológica para verificar las identidades. La idea básica que fundamenta la biométrica es que nuestros cuerpos contienen propiedades únicas que pueden ser utilizadas para distinguirnos de los demás. El reconocimiento facial fue desarrollado en las universidades de EE.UU. en la década pasada a pedido (y con el apoyo financiero) del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, que pensó que podía usarse para reforzar la seguridad en los cruces de frontera y combatir el narcotráfico.

La policía en EE.UU. está empleando programas informáticos para comparar los rostros de los asistentes con una base de datos de terroristas y otros criminales durante recientes *Super Bowls* (campeonatos de fútbol americano), otros partidos y encuentros deportivos y durante los juegos olímpicos de invierno en la región de Salt Lake City. En el *Super Bowl* tuvo lugar una prueba de nueva tecnología denominada *Face It* (de la empresa Visionics, con página web localizada en <www.visionics.com>). Esta técnica novedosa y revolucionaria permite tomar fotografías instantáneas de las caras del gentío allí congregado para compararlas con una base de datos de criminales. Este sistema supuso un desembolso de más de 30.000 dólares. No es una tecnología muy cara, como podemos comprobar, pero aun así requiere nuevas infraestructuras y adaptar ciertas formas de trabajar de la propia policía.

Si nos miramos al espejo, podemos ver que nuestra cara tiene señales distinguibles. Estas son los elementos que estructuran o forman las características dentro de cada rostro. La compañía desarrolladora Visionics define estas marcas o señales como puntos nodales. Aproximadamente se pueden definir unos 80 puntos nodales en una cara humana. Hay unos cuantos puntos dentro de esta categoría que son medidos y cuantificados por el *software* reconocedor. Entre ellos podemos encontrar los siguientes que sirven para parametrizar los valores de un rostro:

Distancia entre los ojos
Anchura de la nariz
Profundidad de la cuenca de los ojos
Forma de los pómulos
Aspecto de la mandíbula
Estructura del mentón

Estos puntos nodales son evaluados para crear un código numérico, que no es más que una ristra o conjunto de números que representan la cara dentro de la base de datos. Este código se denomina *faceprint* o literalmente dibujo de la cara.

Sólo de 14 a unos 22 puntos nodales son necesarios para que el *software Face It* complete el proceso de reconocimiento. El corazón del sistema *Face It* es el algoritmo LFA (*Local Feature Analysis* o Análisis de los rasgos locales). Esta es la técnica matemática que se usa en el sistema para codificar los datos acerca de los rostros. El sistema mapea la cara y crea un dibujo virtual. Este algoritmo simplifica muchísimo los datos, ya que sólo necesita un fichero de 84 *bytes* para cada cara. Este sistema puede comparar rostros a una velocidad de 60 millones por minuto si se encuentran en memoria, o 15 millones si están almacenados en un disco duro. Esta velocidad se puede alcanzar gracias a la mínima información que ha de ser comparada en cada paso (sólo 168 *bytes*). Cada vez que se efectúa una comparación, el sistema le asigna una calificación, como una nota del 1 al 10. Si esta nota supera un umbral predeterminado, se declara un "parecido". Aquí es donde entra en juego el administrador del sistema o un trabajador cualificado. En este momento el sistema se detiene y muestra dos fotografías (la tomada en este instante y la de la base de datos coincidente). Entonces la persona dedicada a esta labor determina si se trata de la misma persona o no, permitiendo que siga el proceso. Se trata, por tanto, de un sistema automático-manual, donde tiene un papel vital tanto el ordenador como el personal que maneja todo el equipo. Por supuesto, tiene posibilidades de cometer errores, y no es fiable al ciento por ciento.

Las 36 cámaras posicionadas en distintas áreas del estadio y de la ciudad de Tampa durante el campeonato de fútbol de EE.UU. en enero 2003 permitieron a la policía mantener la vigilancia de la gran masa de gente allí congregada. Este incremento de la inspección sobre residentes de la ciudad y visitantes provocó asimismo una agria protesta de los grupos en pro de la privacidad.

El incidente en Tampa, Florida y otras ciudades plantea el asunto de cuándo las empresas privadas deben permitir que los organismos policiales utilicen las instalaciones de la compañía. En el caso del *Super Bowl*, la autoridad a cargo del estadio y la NFL (Liga Nacional de Fútbol), estaban de acuerdo que la policía emplease cámaras para capturar fotos digitalizadas de los rostros de todos los que ingresaban al Estadio. Había la esperanza de que algunos prófugos de la justicia hubiesen decidido ir al partido ese día. Muchos expertos de seguridad consideran que esta es una aplicación similar al CCTV (televisión a circuito cerrado), que se ha hecho ubicuo. Pero quienes defienden la privacidad la ven como algo más. No es simplemente un caso de sorprender a alguien cometiendo un delito, como es el caso del CCTV, sino que es un intento de barrer un área buscando a alguien que pueda haber cometido un delito alguna vez. Lo que nos debería molestar es la combinación de dos tecnologías (vigilancia por CCTV y el reconocimiento facial) y lo que eso nos dice respecto al futuro, particularmente pues que está sucediendo de formas no reguladas. Peor que su empleo en el *Super Bowl* o juegos olímpicos, es su instalación en áreas públicas de clubes, restaurantes, calles peatonales, aeropuertos, estaciones de ferrocarriles y autobuses, calles y carreteras etc. adonde el reconocimiento facial está instalado de manera permanente. La mayor instalación de este tipo de tecnología en un espacio público está en Newham, un barrio pesado del East End de Londres. Allí, 300 cámaras de seguridad están enfocadas hacia las cinco principales zonas comerciales del vecindario y en todo momento las imágenes de diez de las cámaras son enviadas a un sistema de reconocimiento facial. Cuando el sistema detecta a alguno de los 100 maleantes locales, suena una alarma en una sala de supervisión. Si sobre la persona pesa una

orden de captura, se envía un oficial de policía a seguirla o interrogarla. Los funcionarios de Newham atribuyen al sistema una caída del 30 por ciento en el índice de delitos. Pero, ni siquiera en Newham, el reconocimiento facial ha desembocado en detenciones. "Más bien los delincuentes están enterados de la existencia del sistema y han trasladado su actividad a otra parte", señala un comisario de la zona.

En la capital de los EE.UU., Washington DC, la utilización de videocámaras en muchas partes de la ciudad y especialmente durante manifestaciones y protestas tiene sin duda un efecto "resfriante" sobre actuales y potenciales participantes que pueden temer repercusiones sobre sus carreras y su futuro si, por ejemplo, son empleados del gobierno o de empresas que viven de contratos con el gobierno. Esa vigilancia frecuentemente se hace sin ningún aviso público y en áreas en donde la gente no esperaba que estuviese siendo observada. Aun peor es la utilización de esta tecnología en edificios y empresas privadas, incluyendo sanitarios y vestuarios. Hay los que comparan este empleo del reconocimiento facial con un oficial de policía parado en una esquina con un libro de fotos de ofensores, comparando las fotos con las caras de los peatones, lo cual sólo extiende la tarea de los policías que patrullan las calles para identificar a sospechosos.

Otros usos son:

Identificación inequívoca del votante en unas elecciones

Verificación en un cajero automático

Seguridad informática

Uno de los usos más innovadores de estos sistemas tiene que ver con la tecnología para elecciones. El gobierno mejicano ha visto bien utilizar estas técnicas que se han implantado de modo experimental en algunas mesas electorales.

Hasta el 11 de septiembre el reconocimiento facial era una industria muy pequeña. En el 2002 sólo se vendieron unos 10 millones de dólares en *software* de reconocimiento facial, según los datos de International Biometric Group, firma consultora de Nueva York. Pero Jim Wayman, Director del Centro de

Pruebas Biométricas de la Universidad del Estado de San José, que sometió a prueba el sistema de reconocimiento facial a pedido del Gobierno Federal, señaló que después del 11 de septiembre su utilización creció en la medida que no se esperara demasiado pronto.

Críticas y límites: estos sistemas, después de analizar una cara, muestran los rostros almacenados a los que esta se parece en orden decreciente de similitud. En condiciones ideales, la mayoría de los sistemas hace un buen trabajo de reconocimiento facial. Pero una batería de *tests* llevados a cabo por el Departamento de Defensa el año pasado mostró que las diferencias de iluminación, ángulo y distancia de la cámara y la calidad de esta incidían significativamente en el rendimiento del sistema. La capacidad de detectar el parecido también decrece con el tiempo, ya que las caras cambian con el paso de los años. Algunos críticos de la tecnología de reconocimiento facial que las autoridades de los aeropuertos estadounidenses piensan instalar tras los ataques del 11 de septiembre aseguran que ésta puede no funcionar sólo con que el sujeto se ponga unas gafas de sol. No es de sorprender entonces que muchos clientes que esperaban milagros de sus sistemas de reconocimiento, que pueden costar cómo mínimo 15.000 dólares, se hayan decepcionado. Los programas de reconocimiento facial funcionan mejor cuando reciben mucha ayuda –en lugares como los casinos, donde cientos de cámaras vigilan salas bien iluminadas y los guardias pueden hacer paneos, aproximaciones e inclinar el plano para obtener una buena toma.

Además del reconocimiento facial, los métodos de autentificación biométrica incluyen también:

Escaneado de huellas digitales

Escaneado de la retina

Identificación de voz

– Nuevos tipos de máquinas de rayos X

Después del 11 de septiembre se han implantado más máquinas CTX-5000 y su sucesor CTX-5500DS. Estas máquinas realizan una primera

inspección del equipaje, tras lo cual, determina que bultos son más susceptibles de conformar una bomba. A medida que la cinta transportadora transporta cada maleta el sistema toma una proyección de rayos X. Partiendo de este primer escaneado, el ordenador determina que áreas deben ser escaneadas de nuevo por el escaner de rotación CT. A través de algoritmos informatizados el sistema analiza las imágenes escaneadas de tipo CT (tomografía informatizada) y las compara con las propiedades tipo de los explosivos. El problema comienza cuando estos algoritmos no son capaces de determinar las propiedades de un objeto, como cuando se utilizan bolsas recubiertas con plomo para proteger películas fotográficas, entonces, el escaner centra su atención en este objeto y avisa al operador que generalmente aumenta la potencia del escaneador. Recién fueron introducidas máquinas que toman un rayo-X del cuerpo de pasajeros o clientes de grandes almacenes. Son utilizadas particularmente por las aduanas de EE.UU. para descubrir si el pasajero está llevando drogas o contrabando sobre o en su cuerpo. El potencial de violación de la privacidad de seres humanos por esta tecnología excedentemente intrusa, es claro. Revela el cuerpo desnudo de una persona; indica si hubo cirugías. Puede ser utilizado sin razones legitimas o suficientes o según un perfil racial o discriminatorio.

– *Seguridad de las fronteras*

Los problemas de la inmigración clandestina, del tráfico de personas, especialmente de niños y mujeres, de la presencia y actividades de terroristas, extremistas, narcotraficantes y del crimen organizado han despertado mucho la atención y la preocupación de autoridades, ONGs y de la gente en varias partes del mundo y aun más en el llamado primer mundo, EE.UU. y la Unión Europea. El Presidente Bush ha previsto la asignación de $ 11 millones para la seguridad de las fronteras en EE.UU. en el 2003, $ 2.2 millones más que en el ano precedente. Los 12.000 km. de fronteras, los 330 millones de non-ciudadanos, los 11.2 millones de camiones, 2.2 millones de coches del carril y las 7.500 naves que entran en el país cada anoparecen justificarlo. En la Unión Europea también el público

exige cada vez más que se aumente la seguridad interna, se limiten las llegadas de inmigrantes, especialmente si no son blancos, y se restringan los derechos de los inmigrantes que ya viven en la Unión. Hay un debate muy intenso sobre el tema de inmigración en Europa. Avances de los partidos de extrema derecha en ciertos países europeos (Austria, Suiza, Italia, Noruega, y en ciertas medidas Dinamarca y Holanda) demuestran cuan profundas son las preocupaciones del público sobre este asunto y especialmente sobre el hecho de que tienen que transformarse involuntariamente en sociedades multiculturales, pues que un numero creciente de trabajadores y refugiados, en mayoría musulmanes, están estableciéndose allí. Hay 15 millones de musulmanes en la Unión Europea. Islam es la religión non-cristiana más importante en Europa. Después del 11 de septiembre, hay aun más miedo para la identidad nacional combinado con miedo de los musulmanes. Según el Centro Europeo de Vigilancia sobre el Racismo y la Xenofobia, la conexión entre inmigración y medidas anti-terroristas ha creado "una atmósfera de inseguridad y intolerancia, especialmente cuando los musulmanes son representados como una amenaza para la seguridad interna de Europa". En Holanda un sondeo reciente indica que casi el 50% de los jóvenes no quieren más inmigración musulmana. La conexión entre prejuicios, racismo, miedo de quien es "diferente" y etiquetar a alguien como criminal es muy fuerte y bien conocida entre psicólogos y criminólogos.

– *Cyber terrorismo*

La Internet tiene su lado oscuro, y allí es posible conseguir mucha más información sobre nuevas tecnologías para el terror. En el llamado cyberespacio, se desarrollan nuevas formas de transmisión y recuperación de la información, que permiten al menos en teoría, que el terror ejercido por fanáticos de todo tipo pero con talento informático, se pueda ejercer con una eficacia y profundidad nunca vista antes. Es posible que el horror desencadenado por atentados explosivos como los a las Torres Gemelas y al Pentágono pueda en un futuro no muy lejano ser aun más grande si consideramos las posibilidades que el uso de ciertas tecnologías de la era

cibernética y su disponibilidad en medios masivos de recuperación de la información como la Internet, puedan brindar a los grupos terroristas de la era de la información. El mundo físico y el mundo virtual tienen puntos en común, los cuales pueden y serán usados como blancos por una nueva generación de violentos, los cyber-terroristas. A medida que nuestras sociedades se vuelvan más y más dependientes del proceso de integración informático que se da en forma global, más posibilidades habrá para que esta infraestructura de la información y del conocimiento se vuelva un blanco apetecible de grupos o individuos que a través del terror quieran lograr sus fines, cualesquiera estos sean. A través del uso de las armas de la info-guerra, los *cyber*-terroristas serán capaces de causar graves daños a la infraestructura de un país, o de infligir una interdicción profunda al normal desenvolvimiento de una sociedad. Estas nuevas armas son totalmente diferentes de las armas convencionales, pero son capaces de producir tan o más daño que ellas.

Armas de la Info-Guerra

Virus Informáticos y Bombas Lógicas. Armas de Pulso Electromagnético. Medios de interceptación, decepción, interferencia y negación de la información y la transmisión de datos.

La mayoría de los usuarios de computadoras personales conocen el efecto devastador que un virus informático causa en su equipo, y cuánto cuesta limpiar el sistema de tales programas agresivos y furtivos. Imaginemos ahora virus de computadora mucho más sofisticados, actuando en redes de sistemas informáticos complejos, que han sido diseñados para actuar en puntos neurálgicos del sistema agredido. Redes enteras de computadoras pueden ser desarticuladas, engañadas, destruidas. Estos virus pueden tomar diversas formas y actuar siguiendo diferentes estrategias para llevar a cabo su misión de interferir, confundir y destruir a los programas, datos y al flujo de información.

Estos virus inclusos pueden ser diseñados para atacar y trastocar datos muy específicos o instrucciones de un programa informático y para causar acciones bien determinadas en el mundo físico.

En cambio las armas de pulso electromagnético producen la destrucción física del *hardware*, desarticulando los sistemas informáticos al eliminar los procesadores y/o equipos periféricos. Este efecto de las ondas electromagnéticas de gran energía liberada en tiempos muy breves, fue descubierto durante los ensayos de las armas nucleares, las que eran capaces de destruir equipos electrónicos a gran distancia, sin intervenir los efectos térmicos o mecánicos de la explosión atómica, usando únicamente la energía electromagnética generada en la detonación. El pulso electromagnético de alta energía y corta duración induce sobrecargas en los circuitos electrónicos, carbonizándolos literalmente.

Hoy es posible construir estas armas de pulso electromagnético con una tecnología relativamente convencional y con componentes comerciales.

Armas de destrucción masiva como las armas nucleares, químicas y bacteriológicas no son incluidas aquí, pero sin duda el conocimiento necesario para diseñarlas y construirlas es más simple de obtener, ahora, debido a la amplia y profunda diseminación de la información en medios como la Internet.

Además la realización de tareas de inteligencia, necesarias para llevar a cabo atentados tanto en el mundo físico como en el mundo virtual es mucho más simple debido a la masa de información disponible electrónicamente sobre casi todos los aspectos de la civilización contemporánea.

La fabricación de elementos ofensivos para llevar a cabo atentados explosivos o biológicos es facilitada por la aparición de manuales electrónicos sobre tecnología de bombas o armas químicas y bacteriológicas. Sin embargo el uso de las armas de la llamada Info-Guerra pueden brindar una capacidad mucho más sutil y efectiva de causar terror y paralizar a una sociedad.

El descubrimiento y análisis de los nodos de convergencia entre el mundo real y el mundo virtual es el primer paso para determinar que tipos de actos terroristas pueden ser realizados.

Un ejemplo de uno de estos nodos, donde tenemos convergencia entre realidad y virtualidad, es el sistema de control aéreo de un país desarrollado. Los

modernos sistemas de control del tráfico de aeronaves se vuelven cada vez más dependientes de la informatización, luego es posible atacar la estructura virtual del sistema a través de las armas de la Info-Guerra, y provocar hechos físicos en el mundo real tal como la colisión de dos grandes aeronaves sobre el espacio aéreo controlado por el sistema infectado y perturbado.

Es simple de contabilizar cuantos otros puntos de convergencia entre el mundo virtual o informático y el mundo real nos rodean. Ejemplos: el control de subterráneos y trenes, sistemas de distribución de energía eléctrica y gas, sistemas de comunicación, sistemas bancarios y financieros. Todos estos nodos son susceptibles de ser atacados y perturbados por medio de la intrusión a las computadoras del sistema, infectándolas con virus, bombas lógicas o troyanos (caballos de Troya) o simplemente cambiando información o programas.

La otra forma de atacar la infraestructura de información es destruyendo físicamente las computadoras por medio de las armas silenciosas, las armas de pulso electromagnético ya descriptas.

Los efectos físicos de estos ataques en el mundo virtual pueden resultar en alto costo de vidas, y bienes, pero fundamentalmente el objetivo del atentado *cyber*-terrorista será minar la confianza de los habitantes en la sociedad en que viven, trasmitir un mensaje claro: nadie está seguro, a salvo, y todo puede ser infiltrado, trastocado, corrompido y desestabilizado.

Pronto muchas fábricas de todo tipo serán casi totalmente robotizadas y manejadas por computadoras, también muchos servicios públicos son manejados y soportados por redes y sistemas informáticos de todo tipo. Los *cyber*-terroristas solo tendrán un problema: ¿cuál de todos los blancos atacar primero?, ¿el control informático de una fabrica de alimentos para bebes, cambiando la composición del producto o todo el soporte informático de un gran hospital, anulando todos los equipos médicos que tengan un *chip* de computadora dentro?

Lamentablemente estos escenarios descriptos no son de ciencia-ficción ni de películas, muchos de los actos descriptos podrían llevarse a cabo hoy, pero

lo peor de todo, es que el ataque *cyber*-terrorista puede estar en progreso ahora mismo y además puede ser realizado desde el otro extremo del mundo. Nadie se dará cuenta de ello hasta que el efecto en el mundo físico sea tangible, pero entonces será tarde. Medios tales como el correo electrónico y programas de encriptación de mensajes permitirían un aceitado sistema de comunicación y control para organizaciones no-jerárquicas como los grupos subversivos. La red de Al-Qaeda, según se informa, ha utilizado extensivamente la Internet para coordinar y organizar sus operaciones terroristas a nivel mundial. Otros grupos terroristas y del crimen organizado la utilizan también.

¿Quién en la sociedad americana esperaba el ataque a las Torres Gemelas y al Pentágono? Si los servicios de seguridad e inteligencia son muchas veces impotentes contra los ataques terroristas de la era de la sociedad industrial, ¿qué podrán hacer contra los ataques de los fanáticos del terror de la tercera ola, de los dueños del miedo en la era de la información?

Esta nueva amenaza, ahora denominada por expertos como *cyber*-terrorismo, es una faceta de una nueva forma de conducir la guerra, conocida como guerra infraestructural (*Infrastructural Warfare*), la cual probablemente será la forma dominante de los conflictos en el siglo XXI. Combatir contra del *cyber*-terrorismo es una importante prioridad de las sociedades de hoy. Para los criminólogos, este tipo de criminalidad ofrece nuevos desafíos de identificación, tipología, investigación, prevención y innovaciones legales. Es un sujeto de suma importancia también para la formación y la enseñanza.

4. Conclusión

Los hechos del 11 de septiembre 2001 han sin duda cambiado dramáticamente las agendas, prioridades, focos, preocupaciones, medidas y fondos para las investigaciones criminológicas. Han contribuido a la creación de nuevas tipologías y categorías de crímenes y criminales. Han exigido reformas legales,

especialmente en los campos de la seguridad y del derecho penal que, sin duda, presentaran desafíos y disputas constitucionales. Consideraciones y preocupaciones eminentes hasta la fecha, especialmente las sobre derechos humanos, privacidad, derechos procesales y constitucionales, ya parecen no tener la misma importancia y urgencia. Seguridad del Estado y del ciudadano son ahora los temas más importantes y urgentes. La ambigüedad y fragilidad del compromiso del público para defender la libertad, privacidad, y derechos del individuo son claras y obvias. La misión misma del criminólogo tiene que ser re-examinada y discutida. ¿Para quien trabajamos? ¿Para quien y que investigamos? Quien utiliza nuestras conclusiones y nuestros datos? ¿Cual es nuestra verdadera influencia sobre la política criminológica del Estado? ¿Cuando aceptamos fondos del gobierno o de fundaciones, continuamos verdaderamente a gozar de una completa libertad científica y profesional o nos transformamos en agentes de la misma? ¿Cual es nuestro rol en frente de los excesos y abusos del poder policiaco, político, militar y judicial?

Nunca más que ahora tenemos que reflejar bien sobre nuestro rol y nuestro papel en la sociedad para asegurar que siempre estaremos apoyando los derechos humanos, constitucionales y procesales del ciudadano que en esta era de globalización se enfrentan con el poder creciente y amenazante del Estado o de los Estados que se justifica por razón de proteger la seguridad y combatir el terrorismo y el crimen. Lo más difícil es cuando tenemos que contradecir la opinión pública que en nombre de la seguridad esta lista a entregar su libertad, privacidad y derechos y a aceptar la intrusión y vigilancia del Estado.

No somos solamente científicos; ¡somos lideres y protectores de la libertad y de los derechos humanos y tenemos que ser fieles a esta vocación que podría exigir de nosotros profundos compromisos y verdaderos sacrificios!

Prisionalização e sofrimento dos agentes penitenciários: fragmentos de uma pesquisa

Luiz Antônio Bogo Chies

Professor das Escolas de Serviço Social e Direito da Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (Umsa – Argentina). Doutorando em Sociologia (UFRGS).

Ana Luisa Xavier Barros

Professora da Escola de Serviço Social da Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Mestre em Desenvolvimento Social (UCPel). Doutoranda em Serviço Social (PUC-RS).

Carmen Lúcia Alves da Silva Lopes

Professora da Escola de Psicologia da Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Mestre em Saúde e Comportamento (UCPel).

Sinara Franke de Oliveira

Professora da Escola de Psicologia da Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Mestre em Educação (UFPel).

Sumário: 1. Introdução – 2. A pesquisa em seus fundamentos e em seus aspectos metodológicos: 2.1 Dos fundamentos teóricos da pesquisa; 2.2 Aspectos metodológicos da pesquisa – 3. Apresentação e discussão dos dados: 3.1 A inserção (e absorção) no sistema penitenciário; 3.2 Paradoxos e ambigüidades no papel social do agente penitenciário; 3.3 (Des)Valorização profissional; 3.4 Modificação de hábitos e comportamentos; 3.5 Acumulação e absorção: sofrimento em decorrência do ambiente – 4. Dos encarcerados sem pena: prisionalização e sofrimento dos agentes penitenciários – 5. Considerações finais – Bibliografia.

Resumo: O presente texto se constitui numa versão resumida da pesquisa interdisciplinar *O processo de prisionalização no exercício da função de agente penitenciário*: um estudo no Presídio Regional de Pelotas, desenvolvida pelo Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Estudos Penitenciários da Universidade Católica de Pelotas (Gitep/UCPel), no período compreendido entre julho de 1999 a julho de 2001, tendo por universo pesquisado os funcionários lotados no Presídio Regional de Pelotas, no Estado do Rio Grande do Sul. A pesquisa teve como objetivo identificar e analisar o processo social de inserção e assimilação dos agentes penitenciários na estrutura institucional e organizacional carcerária, mais especificamente em termos de uma hipótese de especial e característica forma de socialização daqueles por parte do ambiente e sistema social penitenciário.

Palavras-chave: agentes penitenciários; funcionários de presídios; instituição penitenciária; prisionalização.

1. Introdução

O presente texto se constitui numa versão resumida (num fragmento, portanto) da pesquisa interdisciplinar *O processo de prisionalização no exercício da função de agente penitenciário:* um estudo no Presídio Regional de Pelotas,[1] desenvolvida pelo Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Estudos Penitenciários da Universidade Católica de Pelotas (Gitep/UCPel), no período compreendido entre julho de 1999 a julho de 2001, tendo por universo pesquisado os funcionários lotados no Presídio Regional de Pelotas, no Estado do Rio Grande do Sul.

A pesquisa teve como objetivo identificar e analisar o processo social de inserção e assimilação dos agentes penitenciários na estrutura institucional e or-

1. O relatório completo da pesquisa foi publicado pela Editora da Universidade Católica de Pelotas: CHIES, Luiz Antônio Bogo (Coord.); BARROS, Ana Luisa Xavier; LOPES, Carmen Lúcia Alves da Silva; OLIVEIRA, Sinara Franke de. "A prisionalização do agente penitenciário: um estudo sobre encarcerados sem pena", *Cadernos de Direito*, n. 6, Pelotas: Educat, 2001.

ganizacional carcerária, mais especificamente em termos de uma hipótese de especial e característica forma de socialização daqueles por parte do ambiente e sistema social penitenciário. Assim, o que pretendemos expor neste "fragmento" se refere àqueles dados que podem ser destacados como de maior contundência e substanciabilidade para a demonstração crítica dos resultados alcançados.

Contudo, antes que avancemos no sentido de apresentação de análise dos dados, uma questão nos parece relevante (ou mesmo indeclinável) em seu enfrentamento e abordagem: Por que uma pesquisa sobre funcionários de presídios e não sobre presos?

A resposta é tão indagativa quanto a questão: Por que não?!

Por que – mesmo como membros docentes e pesquisadores de uma instituição acadêmica universitária, e, portanto, com o compromisso crítico e científico de atuar na cognição das realidades sociais, humanas, tecnológicas etc., e ainda de, com base nesse conhecimento, promover a formação de futuros profissionais – ao visualizarmos, inclusive mentalmente, a realidade penitenciária temos uma tendência de ver somente o apenado (o recluso, o preso)? Por que nosso enfoque em relação à questão penitenciária tende a priorizar somente um dos grupos sociais desse sistema organizacional, quando este não é o único que o constitui? Por que atuamos via de regra em detrimento dos demais grupos sociais que se vinculam, direta ou indiretamente ao ambiente penitenciário, e, em especial, esquecemos sobretudo aqueles que cremos menos envolvidos com o drama da privação da liberdade?[2]

2. Augusto Thompson, cuja obra *A questão penitenciária* (1. ed. de 1976) é precursora no Brasil de estudos com uma percepção mais completa (e complexa) das instituições penitenciárias, há muito já nos alerta:

"*Quase ninguém se preocupa em investigar:*

Se os profissionais de tratamento têm condições de desenvolver, com possibilidade de êxito, suas atividades, dentro do sistema especial da prisão.

Se a guarda, por melhor instruída ou treinada que seja, pode conciliar sua tarefa custodial com a missão terapêutica (...)" (1991:18 – grifos do original).

Com efeito, e com base em tais reflexões, o Gitep assumiu o entendimento de que a resposta ao problema inicialmente posto se dirigia no seguinte sentido: nada se poderá conseguir num ambiente carcerário sem que se atue na compreensão total da complexidade de suas estruturas, processos e dinâmicas, como elementos de um sistema social peculiar, do qual os funcionários de presídio compõem um grupo integrante que está a exigir a atenção de um olhar científico sobre os vínculos que seus membros possuem e estabelecem com tal sistema.

Tal compreensão exige ainda que se adote como pressuposto de um trabalho científico a perspectiva de especificidade do sistema social penitenciário, mesmo que se aceite que importantes correspondências entre suas dinâmicas e processos possam existir quando numa comparação entre aquele e a sociedade livre, em especial no que concerne às relações de poder e lógicas de produção e mercado.

Sob tal enfoque é contributiva a manifestação de Thompson (1991):

"(...) a cadeia não é uma miniatura da sociedade livre, mas um sistema peculiar, cuja característica principal, o poder, autoriza a qualificá-lo como um *sistema de poder*. Por outro lado, suas hierarquias formais, se bem que devam ser levadas em conta, não podem ser tidas como as únicas ou as mais relevantes, pois os aspectos informais das organizações comunitárias são de importância fundamental, se se deseja captá-las no modo concreto de operação. Uma sociedade interna, não prevista e não estipulada, com fins próprios e cultura particular, emerge pelos interstícios da ordem oficial. A interação desses dois modos de vida, o oficial e o interno-informal, rende ensejo, naturalmente, ao surgimento de conflitos, os quais terão de ser solucionados por meio de processos de acomodação" (1991:19-20).

Nesse sentido, a equipe do Gitep, ao propor como objeto de pesquisa uma perspectiva sobre o processo social de inserção e assimilação dos funcio-

Indicativos de alerta similares, conforme nosso suporte bibliográfico, podem ainda ser encontrados em Gizlene Neder (1994), Eugenio Raúl Zaffaroni (1998), Zygmunt Bauman (1998), Fernanda Spainer Amador (2000) e Laurindo Dias Minhoto (2000).

nários de presídios (agentes penitenciários[3]) na estrutura institucional carcerária, partindo de uma hipótese preliminar que vislumbrava a existência de uma especial e característica forma de socialização daqueles por parte do ambiente e sistema social penitenciário, assim o fez buscando como fundamentação referencial o chamado processo de prisionalização do apenado recluso no sistema penitenciário, inicialmente nominado por Donald Clemmer de prisionização,[4] cujo conceito se assemelha ao significado sociológico da assimilação e também ao de processo de socialização.

Com efeito, apresentadas nossas instigações e inquietações iniciais, avançamos agora na apresentação, análise e discussão da pesquisa e de seus resultados, na perspectiva de "fragmentos" em destaque.

2. A pesquisa em seus fundamentos e em seus aspectos metodológicos

2.1 Dos fundamentos teóricos da pesquisa

Ao se propor identificar e analisar a inserção dos funcionários de presídios (sobretudo dos agentes penitenciários) no sistema social carcerário, bem como os efeitos dessa inserção, compreendendo a instituição carcerária como um ambiente social peculiar e específico, a presente pesquisa, em sua fundamentação teórica, como já mencionado, partiu inicialmente da identificação, já comprovada por trabalhos científicos, do processo de prisionalização do ambiente carcerário sobre os membros de seu grupo recluso – presos provisórios e presos condenados – compreendido este processo como uma especial socialização pela assimila-

3. Neste texto usaremos de forma indistinta os termos "funcionários de presídios" e "agentes penitenciários"; contudo o primeiro termo é mais abrangente e o segundo, conforme a estrutura de cada Sistema Penitenciário em espécie (no Brasil a partir dos Estados da Federação), mais restrito em termos de categoria de funcionários.

4. A bibliografia pertinente ao tema vem consignando de forma indistinta os termos *prisionização* e *prisionalização*.

ção de hábitos, padrões de comportamento e valores sociais específicos do ambiente carcerário, eis que produzidos no sistema social que é gerado a partir das características organizacionais da instituição.

A partir de tal compreensão a pesquisa priorizou o questionamento acerca da existência de um similar processo especial de socialização produzindo efeitos, desta vez, sobre os membros da categoria profissional que atua mais diretamente vinculada ao ambiente e ao sistema social carcerário, ou seja: os agentes penitenciários.

Em síntese, pois, e também se trabalhando com uma perspectiva do conhecimento empírico da realidade penitenciária, no que tange às dinâmicas e processos de interação social, assim se constituiu o problema proposto:

Os agentes penitenciários, como membros da instituição carcerária que se vinculam e atuam diretamente no ambiente prisional, em face das características organizacionais da instituição penitenciária, restam por assimilar e incorporar hábitos, padrões de comportamento e valores sociais específicos e peculiares que se desenvolvem no interior da organização, experienciando um processo similar ao da prisionalização dos reclusos?

Diante de tal problema as hipóteses lançadas corresponderam, no momento do projeto, à afirmação e à negação do conteúdo do questionamento.

A fundamentação teórica da pesquisa, que em síntese apresentaremos a seguir, adotou os seguintes postulados:

a) a importância das organizações na sociedade moderna, como tipos de unidades sociais, e a perspectiva de compreensão dessas em suas estruturas, características e dinâmicas típicas;

b) o reconhecimento do ambiente penitenciário como uma instituição total e estruturada no modelo típico de organização (portanto racional e burocrático);

c) que à penitenciária, pelo ordenamento jurídico atual, são atribuídos basicamente dois objetivos organizacionais: punir e recuperar os membros do grupo apenado que a ela se encontra vinculado;

d) as características totais da organização penitenciária tendem a tornar incompatíveis seus objetivos organizacionais, numa perspectiva de que ambos sejam simultaneamente realizados;

e) a prisionalização (como um processo social em especial decorrente das características institucionais totais da penitenciária, já verificada no que pertine ao grupo recluso, e, portanto, em perspectiva tendencial aos demais grupos que se vinculam a tal ambiente).

A partir de tais postulados viabilizou-se a admissão preliminar da hipótese de que o indivíduo (agente penitenciário) que ingressa na penitenciária – organização e instituição total (Goffman, 1990) – está a ingressar num ambiente e sistema social diferente daquele existente fora dos limites da instituição; o que lhe impõe, portanto, a incorporação de valores, hábitos de conduta, usos, vocabulários, códigos etc., que são peculiares àquela estrutura social. Ao ingressar, pois, num contexto assim diverso e com tais características, o indivíduo (agente penitenciário) passa (também) por um novo processo de interação social, o chamado processo de prisionalização.

2.2 Aspectos metodológicos da pesquisa

Quanto aos aspectos metodológicos gerais tratou-se de uma pesquisa empírica a partir do método indutivo, utilizando-se um formulário que priorizou perguntas fechadas e escaladas.

O formulário foi aplicado diretamente pelos pesquisadores da equipe do Gitep no segundo semestre de 2000, em entrevistas individuais com os funcionários do Presídio Regional de Pelotas. Dos 33 funcionários lotados no estabelecimento penitenciário à época, por motivos que foram considerados relevantes pela equipe de pesquisadores, três deixaram de ser entrevistados, constituindo-se, assim, o universo da pesquisa quanto aos dados coletados em 30 funcionários; sob tal referencial foram calculados os percentuais que se apresentam como resultados.

O formulário foi dividido em quatro blocos (unidades): o primeiro voltado à coleta de dados gerais (idade, sexo, escolaridade, estado civil, tempo de carreira no sistema penitenciário etc.); o segundo priorizou dados que pudessem alimentar análises pertinentes à discussão do papel social correspondente ao *status* de agente penitenciário; o terceiro priorizou dados que viabilizassem a identificação de alterações nos padrões de comportamento e hábitos dos pesquisados no decorrer da experiência de trabalho como funcionários de presídios; o quarto, por fim, enfocou a coleta de dados que permitissem análises sobre a intensidade e sofrimento na perspectiva da absorção institucional.

Com esta estrutura, por meio do formulário, buscou-se a obtenção de dados que pudessem oportunizar, com suficiente grau de credibilidade e confiabilidade científica, uma conclusão ao final da pesquisa pela validade (probabilística) da resposta afirmativa ou negativa ao problema proposto. Para tal buscou-se uma correlação dos dados com os conteúdos dos chamados "fatores universais de prisionalização", na forma exposta por Thompson: aceitação de um papel inferior, acumulação de fatos concernentes à organização da prisão; o desenvolvimento de novos hábitos no comer, vestir, trabalhar, dormir; adoção de linguajar local (gíria); o reconhecimento de que nada é devido ao meio ambiente, quanto à satisfação de necessidades; eventual desejo de arrumar uma boa ocupação (1991:24).

3. Apresentação e discussão dos dados

Neste tópico, destacaremos alguns dos dados obtidos pela pesquisa a partir da aplicação dos formulários.[5] Procederemos também algumas análi-

5. O formulário de pesquisa envolveu 51 questionamentos em seus quatro blocos. Os dados obtidos foram analisados a partir de 37 tabelas. Aqui apresentaremos não a totalidade dos dados, mas alguns destaques, ora apenas por meio da referência aos resultados constantes das tabelas que estão na redação completa da pesquisa, ora por meio da reprodução das próprias tabelas originais (apenas com a alteração da numeração em relação ao texto completo),

ses e discussões dos dados apresentados, salientado aspectos relevantes dos mesmos, para, então, no tópico seguinte, ampliar a discussão em torno dos resultados da pesquisa.

3.1 A inserção (e absorção) no sistema penitenciário

Quanto ao tempo de profissão dos pesquisados junto a instituições penitenciárias, 28 pesquisados, correspondendo a 93,33% do universo, trabalham no Sistema Penitenciário há mais de 5 anos, sendo que apenas 2 (6,67%) trabalham há menos de 5 anos, mas, contudo, há mais de 3 anos.

Tal configuração do quadro dificultou, por um lado, uma das expectativas da pesquisa, que era verificar, por meio de cruzamentos de dados, se o tempo de "absorção" pelo ambiente social penitenciário, por meio do critério tempo de serviço, implicava num maior grau sensível dos possíveis efeitos de um "processo especial de socialização".

Não obstante isso o dado foi considerado relevante sobretudo na perspectiva de credibilidade de um resultado afirmativo ou negativo à hipótese da prisionalização do agente penitenciário, vez que nesse sentido há no universo pesquisado um significativo tempo comum de exposição e absorção pelo ambiente social penitenciário, como demonstram os dados coletados.

Já sob outro enfoque verificou-se que 90% dos pesquisados (27 agentes) não possuem qualquer outra atividade profissional fora do Sistema Penitenciário, o que indica a tendência de exclusividade do ambiente social penitenciário como espaço de atuação profissional dos pesquisados.[6]

ora, por fim, agrupados em novas tabelas, a fim de melhor dinamizar este texto em sua extensão e fôlego.

6. Há que se ressaltar que, não obstante 3 dos pesquisados (10% do universo) tenham respondido que possuem outras atividades fora do Sistema Penitenciário, esse dado deve ser relativizado, vez que (ainda que não oficialmente registradas no instrumento) estas atividades extra Sistema Penitenciário se referem ao que se pode considerar "mercado de trabalho

Com efeito (e ainda que algumas relativizações possam ser feitas, conforme nota), os dados coletados são significativos na comprovação do que empiricamente se verifica, ou seja: a preponderante, senão total, absorção do ambiente social penitenciário na vida profissional da categoria em exame.

3.2 Paradoxos e ambigüidades no papel social do agente penitenciário

A identificação clara de conflitos (paradoxos e ambigüidades), no que diz respeito ao "papel social" correspondente ao *status* de agente penitenciário, em especial no que é pertinente à correlação entre papel social esperado e papel social real (desempenhado) a partir da percepção dos próprios pesquisados, pode ser considerada um dos mais relevantes (e preocupantes) dados obtidos nesta pesquisa vez que, de imediato, nos conduz também ao sofrimento suportado pelos agentes penitenciários diante da necessidade de lidarem com tal conflito.

A análise, que se complementará com outros dados que serão adiante apresentados (item 3.3), é reveladora de questões a serem enfrentadas no que tange à própria valorização social e auto-estima da categoria profissional.

Os dados coletados serão apresentados em blocos de tabelas (expondo a questão feita e as opções de resposta), acompanhadas das análises preliminares procedidas pelo grupo de pesquisadores.

informal", inclusive porque ao funcionário público o exercício de outra atividade profissional com vínculo empregatício (à exceção do magistério) é vedado. Com certeza o sistema de plantões (24 horas de trabalho e 72 horas subseqüentes de folga, vigente à época da pesquisa e ainda hoje) favorece a inclusão de alguns dos agentes penitenciários em atividades que podem ser caracterizadas como do "mercado de trabalho informal", inclusive para a complementação da renda familiar.

Tabela 1 – Na sua opinião, o que a sociedade espera da pena de prisão:

Objetivo	*N. de entrevistados*	*Percentual*
Castigo	19	63,34
Prevenção de delitos	10	33,33
Recuperação	0	0
Resposta anulada	1	3,33
Total	30	100

Fonte: Pesquisa direta, 2000

Tabela 2 – Na sua visão, qual o principal objetivo da prisão:

Objetivo	*N. de entrevistados*	*Percentual*
Castigo	7	23,33
Prevenção de delitos	9	30
Recuperação	14	46,67
Total	30	100

Fonte: Pesquisa direta, 2000

O conflito entre o que o agente entende como a expectativa prioritária da sociedade em relação à pena de prisão e o que ele, pessoalmente, inclusive como funcionário especializado que se insere na execução dessa pena, atribui com objetivo principal da modalidade punitiva de privação da liberdade exsurge, pois, com clareza na análise comparativa dos dados constantes nas *Tabelas 1* e *2*.

Com efeito, na *Tabela 1*, não obstante uma resposta ter sido considerada nula no processo de tabulação dos dados, verifica-se que os pesquisados consideram que a sociedade espera com prioridade a realização da função retributiva da pena, o castigo do apenado (63,34% das respostas), enquanto 33,33% dos pesquisados entendem que a expectativa social se destina com prioridade à função de prevenção dos delitos pela pena. Nesse sentido 96,67% dos pesquisados,

em sua percepção, não consideram que a sociedade priorize como função da pena de prisão a "ressocialização" do apenado (o que então se constituiria um efeito secundário da punição prisional).

Já na *Tabela 2*, quando a questão diz respeito à opinião pessoal do pesquisado, os dados são diferentes. O menor percentual é registrado justamente na opção "castigo" (23,33%), enquanto o maior é registrado na opção "ressocialização" (46,67%). Existe, pois, uma significativa inversão na ordem de prioridades.

Por meio de tais dados pode-se inicialmente suscitar algumas reflexões, hipóteses e análises que, entretanto, poderão ser complementadas com os dados constantes nas tabelas seguintes. Não obstante isso algumas questões já lançamos de imediato.

Será a expectativa da sociedade na pena de prisão, tal qual apresentada na *Tabela 1* e, portanto, assim percebida pelos pesquisados, o elemento determinante de suas práticas no ambiente penitenciário? E assim num sentido de atender prioritariamente a expectativa social do que a sua própria? Ou poderá ser tal imputação de expectativa social um mecanismo de defesa dos agentes para justificarem a natureza prioritária de suas práticas?

Independente das respostas que podem ser propostas a tais questionamentos, o que de imediato se vislumbra é, sem dúvida, o conflito em que se insere o agente penitenciário em termos de sua expectativa quanto às finalidades da prisão e aquela expectativa que ele – consciente ou inconscientemente – percebe como de origem na sociedade.

Tal conflito se converte, também indubitavelmente, em elemento de pressão sobre as práticas concretas do agente no ambiente penitenciário, sobretudo quando reconhecemos que os objetivos organizacionais das instituições penitenciárias são múltiplos e contemplam tanto a punição como a ressocialização do apenado, não olvidando também os efeitos de prevenção que se podem, em hipótese, extrair da penalidade.

Tal é o que se verifica também a partir dos próximos dados que passaremos a expor, vez que nos permitem uma análise mais direta sobre a compreensão do conteúdo do papel social do agente penitenciário na percepção dos próprios, como pesquisados, assim como a avaliação destes na perspectiva de sua contribuição, pessoal e profissional, para o atingimento dos objetivos organizacionais imputados à instituição penitenciária como elemento do sistema penitenciário.

Tabela 3 – Como agente penitenciário suas atividades se dirigem prioritariamente a:

	N. de entrevistados	*Percentual*
Manter a disciplina e segurança	17	56,67
Contribuir para o tratamento e recuperação do preso	13	43,33
Total	30	100

Fonte: Pesquisa direta, 2000

Tabela 4 – Na sua visão, quanto estas atividades contribuem para que o Sistema Penitenciário atinja seu principal objetivo:

	N. de entrevistados	*Percentual*
Contribuem muito	9	30
Contribuem pouco	14	46,67
Contribuem muito pouco	7	23,33
Total	30	100

Fonte: Pesquisa direta, 2000

Pela *Tabela 3* se verifica que na percepção dos agentes penitenciários seu papel se direciona com prioridade às atividades voltadas à garantia da disciplina

e da segurança (56,67% das respostas), o que se pode considerar que vincula o papel social do agente com preponderância aos aspectos de contenção e ordem no ambiente penitenciário, que podem ser entendidos como mais atinentes aos fins retributivos e preventivos da punição, ainda que se deva também considerar que disciplina e segurança podem, segundo enfoques específicos, adquirir uma conotação de finalidade (re)educativa. Entretanto, neste último aspecto é que se concentra a opção de 43,33% dos pesquisados.

Tal percepção do conteúdo do papel social do agente penitenciário, quando contrastada com a opção e compreensão pessoal dos pesquisados sobre a função prioritária da pena de prisão (*Tabela 2*), a qual é preponderantemente exposta como não retributiva, contribui para que se analisem os dados constantes da *Tabela 4*. Nestes o que se percebe é que 70% dos pesquisados não consideram suas atividades como de maior relevância contributiva para que o Sistema Penitenciário realize seu objetivo prioritário, dividindo-se assim esse percentual: 46,67% entendem que as atividades do agente penitenciário contribuem pouco e 23,33% entendem que contribuem muito pouco.

Pode-se, pois, já a partir destes dados cogitar-se da demonstração de uma afetação, em sentido negativo, na auto-estima profissional dos agentes penitenciários quando inseridos na estrutura e dinâmicas da organização penitenciária, vez que relativa seria sua contribuição aos objetivos maiores da organização.

Nesse sentido, não raras vezes, os agentes penitenciários são comparados a meros "cães de guarda", como se com tal grosseira metáfora lhes fosse imputado tão-somente a tarefa de contenção física e disciplinar dos apenados. Em termos mais recentes, o próprio discurso privatizante e tecnológico do Sistema Penitenciário alega que os "novos" dispositivos de segurança e controle podem reduzir, senão eliminar, a necessidade dos agentes penitenciários.

3.3 (Des)Valorização profissional

Ainda no que tange à valorização social e à auto-estima da categoria profissional outros dados demonstraram-se relevantes (e preocupantes) a partir da pesquisa.

Nesse sentido os pesquisados foram questionados sobre a percepção que possuem em relação ao grau de valorização que (como agentes penitenciários) recebem de diversos grupos que estão de forma mais direta ou indiretamente vinculados às funções que eles desempenham, ou seja: sociedade; juízes; promotores de justiça; advogados; presos; administração penitenciária; Susepe – Superintendência dos Serviços Penitenciários – Órgão do Estado do Rio Grande do Sul ao qual estão diretamente vinculados os agentes penitenciários; equipes técnicas: CTC – Comissão Técnica de Classificação – e EOC – Equipe de Observação Criminológica – como equipes que atuam no Sistema de Execução Penal; e os próprios agentes penitenciários.

O formulário de pesquisa trabalhou com os seguintes graus de valorização: valoriza muito; valoriza; não valoriza, nem desvaloriza; desvaloriza; desvaloriza muito. Contudo, para uma análise geral dos dados coletados entendemos ser pertinente agrupar os graus de valorização em três faixas: faixa de valorização (reunindo as opções valoriza muito e valoriza), faixa de indiferença (opção não valoriza, nem desvaloriza) e faixa de desvalorização (reunindo as opções desvaloriza e desvaloriza muito), constituindo-se, assim, a tabela abaixo (Tabela 5), sem, entretanto, que em se adotando tais faixas nos olvidemos de reflexões que considerem as opções de forma isolada.[7]

7. No texto completo do relatório da pesquisa os dados referentes a cada segmento foram apresentados em tabelas específicas (Tabelas 15 a 23) e, não obstante a discussão aqui apresentada reproduza a então feita, não constou a Tabela que ora apresentamos, agrupando as faixas de valorização numa única exposição.

Tabela 5 – A valorização do agente penitenciário, em sua percepção:

	Faixa de valorização (em %)	Faixa de indiferença (em %)	Faixa de desvalorização (em %)	Soma das faixas de indiferença e desvalorização (em %)
Sociedade	26,67	43,33	30	73,33
Juízes	36,67	50	13,33	63,33
Promotores	50	46,67	3,33	50
Advogados	50	30	20	50
Presos	40	20	40	60
Administração Penitenciária	53,34	26,67	20	46,67
Susepe	16,66	30	53,34	83,34
Equipes Técnicas	36,67	43,33	20	63,33
Agentes Penitenciários	50	33,33	16,67	50

Fonte: Pesquisa direta, 2000

Com efeito, do conjunto dos dados o que destacamos inicialmente é que:

Na percepção dos agentes penitenciários o grupo do qual obtém maior valorização, no critério de faixa de valorização, é o da administração penitenciária (com 53,34% das opções reunidas), sendo também neste referente encontrado o maior percentual de respostas "valoriza muito" (16,67%).

Nenhum outro grupo superou o percentual de 50% de valorização, mesmo com a utilização do critério de faixa de valorização. Sob tal critério, em ordem decrescente de percentual de valorização, assim expressam os dados: promotores de justiça, advogados e agentes penitenciários (todos com 50% das opções); presos (40%); juízes (36,67%); equipes técnicas (36,67%); sociedade (26,67%, destacando-se aqui que não houve nenhuma opção no sentido de que a sociedade valoriza muito o agente penitenciário); e, Susepe (16,66%).

Esses dados já nos permitem observar que os agentes penitenciários sentem-se mais valorizados pelos membros daqueles grupos que deles mais de-

pendem, a salientar: administração penitenciária, promotores de justiça, advogados, presos, seja tal dependência por critérios de necessidade de apoio ou prestação de serviços ou mesmo aliada a identificações de postura em relação aos fins da pena, como, por exemplo, uma cogitada identificação entre a postura acusatória e de fiscalização dos promotores de justiça com as atividades de disciplina e segurança dos agentes.

Também os dados nos permitem vislumbrar que quanto menos presentes no ambiente penitenciário são os membros dos grupos, menor é a percepção de atribuição valorização. Assim, os juízes podem ser considerados mais distantes que os promotores de justiça, as equipes técnicas em raros casos possuem contato cotidiano com o ambiente prisional (e pode haver ambigüidade na percepção do papel dessas no sistema).

O dado pertinente à Susepe deve ser analisado com cautela, vez que é este o órgão "patronal" com o qual a categoria se choca quanto a reivindicações salariais e atinentes a condições de trabalho.

No que tange à sociedade o dado indica a percepção por parte dos agentes das visões estereotipadas que o senso comum lhes imputa.

Surpreende, de certa forma, o dado pertinente ao próprio grupo de agentes penitenciários, que indica não haver, inclusive em nível interno da categoria, um superior sentimento de valor e estima, com o risco do próprio agente reproduzir os estereótipos sociais em relação aos colegas de profissão.

Na faixa de desvalorização os dados tendem a uma inversão, com algumas peculiaridades.

Adotando o critério da faixa, portanto, os agentes sentem-se mais desvalorizados pela Susepe (53,34%), seguido este grupo pelos presos (40%), e pela sociedade (30%), advogados e equipes técnicas registram 20% das opções na faixa, sem contudo terem registrado opções isoladas na resposta "desvaloriza muito". Os percentuais mais baixos na faixa estão entre os promotores de justiça (3,33%) e os juízes (13,33%), sendo que ambos também não registram opções isoladas na

resposta "desvaloriza muito". Em relação ao grupo dos agentes a faixa registra 16,67% das opções, todas na resposta desvaloriza.

Entendemos como de especial relevância os dados pertinentes à faixa de indiferença, todos elevados, em alguns casos atingindo isoladamente 50% das opções de resposta, como no referente aos juízes.

Assim, a indiferença é o grau de valorização indicado como recebido pelos agentes penitenciários em 46,67% das respostas relativas aos promotores de justiça, 43,33% das referentes às equipes técnicas e à sociedade, 33,33% das pertinentes aos próprios agentes penitenciários, 30% das opções relacionadas aos advogados e à Susepe, 26,67% em referência à administração penitenciária e 20% das respostas no critério dos presos.

Por fim, se considerarmos que a faixa de indiferença somada a faixa de desvalorização podem representar indicativos de afetação, em sentido negativo, da auto-estima dos agentes penitenciários, o que nos parece perfeitamente possível, teremos então dados contundentes no sentido da demonstração de que a categoria profissional atua sob a constante pressão de níveis insuficientes de valorização que lhe são atribuídos pela quase totalidade dos grupos que se vinculam à questão penitenciária, o que indubitavelmente afetará a auto-estima dos agentes penitenciários.

Nesse sentido, pois, adotando-se esse critério de soma da faixa de indiferença com a faixa de desvalorização, verifica-se que os agentes penitenciários percebem-se insuficientemente valorizados pela sociedade em 73,33% das opções de resposta, pelos juízes e pelas equipes técnicas no percentual de 63,33% dos pesquisados, pelos presos em 60% das opções, pelos promotores de justiça, pelos advogados e pelos próprios colegas agentes em 50% das respostas.

A menor fonte de insuficiente valorização é a administração penitenciária, com 46,67% das opções, na soma das faixas, em contraste com a Susepe, que aparece como a maior fonte de insuficiente valorização entre todos os grupos de referência questionados, atingindo o percentual de 83,34% das respostas, quando somadas as faixas.

Não obstante se possa alegar que este ou aquele grupo valoriza mais ou desvaloriza menos os agentes penitenciários, sobretudo adotando-se critérios em que as opções isoladas de respostas do questionário são somadas, o que nos parece de fundamental importância enquanto um dado que exsurge da presente pesquisa é o fato de que a categoria dos agentes penitenciários se constitui como uma categoria profissional que não se percebe suficientemente valorizada por nenhum daqueles grupos aos quais está mais diretamente vinculada.

Some-se o acima exposto com os demais dados apresentados, sobretudo nas tabelas anteriores, quando indicam elementos capazes de demonstrar conflitos na relação do papel social do agente penitenciário com o objetivo organizacional prioritário imputado pelos discursos sociais e jurídicos às instituições do Sistema Penitenciário, e ter-se-á com clareza a demonstração de que uma maior atenção deve ser dada pelas instâncias acadêmicas e tecnocráticas no desenvolvimento teórico e prático da questão penitenciária no que esta pertine aos funcionários de presídios.

3.4 Modificação de hábitos e comportamentos

Os dados que se referem a este item podem ser considerados como indicadores objetivos da hipótese de um "processo especial de socialização" (prisionalização) ao qual se submetem os agentes penitenciários, vez que permitem análises de identificação de alterações em padrões de comportamento e hábitos dos pesquisados no decorrer da experiência de trabalho como funcionários de presídios. Como já mencionado, as questões que buscaram a coleta desses dados tiveram por base o conteúdo dos chamados *fatores universais de prisionalização*, como exposto por Thompson (1991).

Dos dados coletados destacamos, e no que se refere às alterações de comportamento dos pesquisados que podem ser interpretadas como desenvolvimentos de novos hábitos, o que segue:

a) na exigência de disciplina de terceiros, alteração em 60% dos pesquisados, sendo que 46,67% manifestaram que tal alteração foi no sentido de um maior rigor disciplinar e 13,33% no sentido inverso;

b) na perspectiva de auto-imposição de maior rigor quanto ao horário de suas atividades, alteração em 40% dos pesquisados;

c) quanto à forma de vestir, em 13,33% dos pesquisados;

d) quanto à forma de falar, em 53,33% dos pesquisados, destacando-se aqui observações feitas no sentido de que mesmo aqueles que afirmam não terem alterado o linguajar declaram que "se cuidam" para não adotar a "gíria penitenciária".

Salientamos, ainda, que a coleta desses dados específicos foi precedida de uma questão genérica na qual a indagação foi formulada sobre mudanças gerais nos comportamentos dos pesquisados sem, contudo, que fossem sugeridos quaisquer hábitos ou comportamentos específicos como conteúdo da mudança. Essa questão obteve 73,33% de respostas afirmativas, totalizando 22 dos 30 pesquisados.

3.5 Acumulação e absorção: sofrimento em decorrência do ambiente

Na verificação desse fator de prisionalização entendeu-se que se concentram sobretudo as situações e elementos decorrentes de sobrecargas emocionais e físicas originadas pelo contato absorvente dos agentes penitenciários com o ambiente organizacional penitenciário, bem como os efeitos, também físicos e emocionais (estes em termos de sensações, sentimentos e da própria saúde mental dos pesquisados), resultantes dessas sobrecargas.

Assumida tal orientação parece-nos adequado destacar, de imediato, que 73,33% dos pesquisados (portanto 22 agentes penitenciários) declaram que se sentem sobrecarregados de atividades durante seus horários de plantão, ou seja, no período de contato direto com o ambiente penitenciário.

Este dado se revela ainda mais contributivo quando associado a outros de caráter mais intenso no que se refere a sensações e sentimentos.

Nesse sentido apresentamos as Tabelas 6 e 7:

Tabela 6 – Quando você está em seu ambiente de trabalho você se sente*:

	N. de entrevistados	*Percentual**
Seguro	6	20
Inseguro	14	46,67
Ansioso	19	63,33
Vigiado	12	40
Tranqüilo	6	20
Livre	2	6,67
Sem liberdade	10	33,33
Total de respostas	69	

Fonte: Pesquisa direta, 2000
(*) Questão de múltipla escolha

Tabela 7 – Quando você está fora de seu ambiente de trabalho você se sente*:

	N. de entrevistados	*Percentual**
Seguro	15	50
Inseguro	7	23,33
Ansioso	4	13,33
Vigiado	3	10
Tranqüilo	20	66,67
Livre	18	60
Sem liberdade	1	3,33
Total de respostas	68	

Fonte: Pesquisa direta, 2000
(*) Questão de múltipla escolha

O contraste dos dados constantes das Tabelas 6 e 7 (sentimentos e sensações quando estão dentro ou fora do estabelecimento penitenciário) são esclarecedores no sentido de demonstrarem uma predominância dos sentimentos e sensações típicos de tensionamento e situações de perda de liberdade por parte dos pesquisados quando em suas rotinas de trabalho. A insegurança, a ansiedade, a sensação de estar sendo vigiado, o próprio sentimento de perda da liberdade foram significativamente mencionados.

De forma trágica (porque não pode ser irônica) tais sensações se confundem e encontram correlação com aquelas que são experimentadas pelos membros do grupo recluso após o ingresso destes nos ambientes totais penitenciários.

Os efeitos de tais sobrecargas e acumulações podem ser buscados em sintomas de desajustamento e afetação da sociabilidade, no desenvolvimento de doenças psicossomáticas, numa dimensão abrangente do estresse, entre outras situações que são suficientemente verificadas no universo pesquisado. Nesse sentido, após ingressarem no Serviço Penitenciário:

a) 86,67% dos pesquisados (26 agentes) declaram que passaram a desconfiar mais das pessoas;

b) 43,33% (13 pesquisados) manifestaram que passaram a ter mais dificuldades para estabelecer novas relações de amizade;

c) 36,67% (11 pesquisados) registram que passaram a ter problemas no relacionamento com cônjuge ou companheiro(a).

Também 50% dos pesquisados manifestaram que após ingressar na carreira de servidor penitenciário desenvolveram alguma doença e em igual percentual foram as respostas no sentido de dores físicas.

E aqui destaque-se que as dores físicas e doenças mencionadas espontaneamente pelos pesquisados, tais como: dores de cabeça, braços, estômago, na coluna ou mesmo no corpo todo; artrite, tendinite; pressão alta; tensão; estresse; insônia; torcicolo; alergias e doenças de pele; hipertensão; azia constante; gastrite;

anemia; pneumonia; entre outras, enquadram-se como decorrentes (também) de situações de sobrecargas e acumulações físicas e emocionais.

4. Dos encarcerados sem pena: prisionalização e sofrimento dos agentes penitenciários

Como principal resultado que os dados coletados por meio desta pesquisa (aqui sucintamente apresentados e discutidos nos destaques desses fragmentos) nos permitem concluir está o reconhecimento da existência de um "processo especial de socialização", similar àquele denominado de prisionalização, ao qual são submetidos os agentes penitenciários, funcionários de presídios, como uma decorrência do contato absorvente que estes possuem, pela suas rotinas de trabalho, com o ambiente organizacional penitenciário, cuja estrutura e dinâmicas típicas e características permitem seu enquadramento na noção de instituições totais, como apresentada por Goffman (1990).

Nesse sentido acrescentamos que tal "processo especial de socialização", inclusive no que tange aos agentes penitenciários, tem sua gênese na própria estrutura típica das instituições penitenciárias, sendo, pois, inerente às dinâmicas que serão verificadas a partir da consolidação do sistema social penitenciário no interior de cada estabelecimento concreto.

Trata-se, assim, de um processo social que, não obstante de menor intensidade que o experimentado pelo membro do grupo recluso da organização, constitui-se como inevitável. Logo, mesmo existindo a possibilidade de minimização de seus efeitos nocivos e perversos, não deixarão estes de serem verificados na hipótese de permanência e vigência da estrutura organizacional penitenciária.

Mas, para mais além do desvelar da prisionalização do agente penitenciário, o que também entendemos que esta pesquisa nos permitiu descortinar – ainda que de forma inicial, e portanto preliminar (a requerer aprofundamentos) – foi a existência de outra (ou, mais uma) "perversidade" do Sistema Punitivo

Penitenciário (capitaneado pelo Estado Moderno), ou seja: o encarceramento "sem pena" – seja na acepção jurídico-legal de punição formal, seja mesmo no seu significado de piedade e compaixão – inclusive daqueles que se expõe para ao próprio Estado servir.

5. Considerações finais

A pesquisa que deu origem a estes "fragmentos", além da demonstração empírico-científica da existência "de um processo especial de socialização" (prisionalização) produzido pelo ambiente organizacional penitenciário que recai também sobre os agentes penitenciários, como funcionários de presídios, a partir do contato absorvente desses com tal instituição total, verteu-se numa importante fonte de dados dimensionadores dos rumos a serem adotados na perspectiva de enfrentamento crítico e científico da questão social punitiva, sobretudo no que tange ao sistema de execução da pena privativa de liberdade e, neste, como maior especificidade ainda, no que concerne aos efeitos de tal sistema sobre os diversos grupos sociais que ao mesmo se vinculam.

Os dados coletados resultaram num amplo, mas preliminar diagnóstico de tópicos a serem explorados em futuras pesquisas que venham não só aprofundar a discussão em torno da prisionalização dos funcionários de presídios (ou outras profissões e funções vinculadas ao ambiente prisional), como também questões específicas que se inserem nessa mesma temática, como perspectivas de continuidade, ampliação ou desdobramento deste trabalho.

Nesse sentido, apenas a título exemplificativo, destacamos estudos tópicos referentes: à questão etária dos funcionários dos presídios, vez que nossos próprios dados estão a indicar uma categoria profissional relativamente jovem, ao menos no universo pesquisado (53,33% na faixa de 30 a 39 anos, ou ainda 43,34% na faixa dos 29 aos 36 anos, ou mesmo 90% com idade inferior a 45 anos), e que, portanto, tenderá a se manter por significativo lapso tem-

poral num contato absorvente com o ambiente organizacional penitenciário em face de suas carreiras profissionais; a estudos de gênero; ao enfoque do universo familiar dos agentes penitenciários; entre outros aspectos não menos importantes.

Com efeito, muitas são as linhas de pesquisa e trabalho que se estão a impor no trato da questão dos funcionários de presídios.

Contudo, para que se avance, imperioso é se reconhecer que o Sistema Penitenciário é um fenômeno complexo dentro de uma sociedade complexa. Disto decorre, em primeiro lugar, que sua apreensão e enfrentamento se perfaz, sobretudo no sentido de sobre o mesmo se produzir um conhecimento científico e crítico que aponte inclusive para a resolução de seus antagonismos (que quiçá estejam vinculados a sua abolição como elemento do sistema punitivo), por um olhar multi, inter e transdisciplinar dos campos e conhecimentos científicos, sem o qual o complexo fenômeno social em atenção será sempre desvelado de forma parcial e, portanto, de insuficiente contributividade.

Decorre ainda da admissão da complexidade do Sistema Penitenciário o reconhecimento de que todos os seus aspectos e dimensões deverão ser objeto de enfrentamento científico, não mais se sustentando a validade de que sobre o mesmo recaiam olhares que se contentem tão-somente com a perspectiva de enfoque privilegiadora de apenas um de seus grupos sociais (os reclusos ou apenados), ou mesmo das questões jurídicas que a estes afetam.

Com efeito, a clareza propiciada pela presente pesquisa, na perspectiva de admissão da perversidade do Sistema Penitenciário num sentido de direcionamento não só de exclusividade ao apenado (o oficialmente encarcerado), mas também no sentido de direção aos demais membros dos grupos que ao ambiente organizacional penitenciário se vinculam, e destes sobretudo aos funcionários de presídios, nos permite dizer, como equipe de pesquisadores (e assim não obstante as eventuais posições pessoais particularizadas quanto ao mérito da vigência – manutenção ou não – de um sistema punitivo de privação da liberdade), que não

nos é mais legítimo olvidar o enfrentamento da questão penitenciária a partir do reconhecimento de sua complexidade.

E, nesse sentido, que se igualmente não nos é mais legítimo aceitar passivamente a sentença de que é a "prisão um mal necessário", para que se reformule tal concepção temos que admitir a possibilidade de que alguma lição, socialmente válida, há que ser buscada na experiência humana a partir das instituições penitenciárias, mesmo que tal lição nos aponte insistentemente para o equívoco de tal experiência.

Mas para isso outras portas deverão se abrir.

Bibliografia

AMADOR, Fernanda Spainer. "Trabalho, sofrimento e violência: o caso dos policiais militares". In: SARRIERA, Jorge Castellá (Coord.). *Psicologia comunitária: estudos atuais.* Porto Alegre: Sulina, 2000.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal:* introducción a la sociología jurídico-penal. 5. ed. México: Siglo Veinteuno, 1998.

BAUMAN, Zigmunt. *Holocausto e modernidade.* Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão:* causas e alternativas. São Paulo: Ed. RT, 1993.

BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. *Dicionário Crítico de Sociologia.* São Paulo: Ática, 1993.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo.* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. *Execução penal crítica:* tópicos preliminares. Pelotas: Educat, 1999.

_____. *Prisão e Estado:* a função ideológica da privação de liberdade. Pelotas: Educat, 1997.

_____. *Privatização penitenciária e trabalho do preso.* Pelotas: Educat, 2000.

———. (Coord.); BARROS, Ana Luisa Xavier; LOPES, Carmen Lúcia Alves da Silva; OLIVEIRA, Sinara Franke de. "A prisionalização do agente penitenciário: um estudo sobre encarcerados sem pena", *Cadernos de Direito*, Pelotas: Educat, n. 6, 2001.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime.* Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ETZIONI, Amitai. *Organizações modernas.* 8. ed. São Paulo: Pioneira, 1989.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* 11. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

_____. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos.* 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1990.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade:* a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas penitenciários.* São Paulo: Ed. RT, 1992.

NEDER, Gizlene. *Violência & cidadania.* Porto Alegre: Fabris, 1994.

PAIXÃO, Antônio Luiz. *Recuperar ou punir?* Como o Estado trata o criminoso. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1991.

SÁ, Alvino Augusto de. "Prisionização: um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade". *RBCCrim*, São Paulo: Ed. RT, n. 21, 1998.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas:* deslegitimación y dogmatica jurídico-penal. 2. reimp. Buenos Aires: Ediar, 1998.

4. O Direito em Ação

4.1 Parecer

Estelionato praticado por advogado no exercício da função

Sérgio Salomão Shecaira
Professor associado de Direito Penal na USP.
Ex-Presidente e Conselheiro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Vice-Presidente do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal – AIDP.
Membro da Academia Brasileira de Ciências Criminais.

Sumário: 1. Dos fatos – 2. Da consulta – 3. Das respostas apresentadas: 3.1 Escorço histórico e diagnóstico prévio; 3.2 Natureza jurídica do delito de estelionato; 3.3 Da opinião a ser expendida. Notas conclusivas.

H.N.M., ilustre advogado militante no foro de São Paulo, apresentou-me cópia integral da *ação ordinária declaratória cumulada com indenização por perdas e danos materiais*, processo de autos n., em trâmite pela __ Vara Cível da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, que H.C. S.A. promove em face de O.N. Advogados Associados S.C., N.J.O.N., L.A.B., V.S.M., T.R.M., Q.C.P.C., L.S.D, A.C.M.D.M., L.S.S., C.M., R.F.J., D.H.P.T., K.H., V.N. e M.T.D.J., solicitando minha opinião sobre a eventual existência de fato tipificado no ordenamento penal positivo brasileiro, especialmente no que concerne ao

Capítulo "Do estelionato e outras fraudes" (Título II, Capítulo VI, do Código Penal brasileiro).

Informa-me, ainda, que utilizará este parecer para instruir pedido de abertura de inquérito policial contra as pessoas físicas envolvidas nos fatos narrados na ação civil supramencionada.

Por uma questão de método, exporei sucintamente os fatos principais que geraram a discussão, fixando, em seguida, os pontos controversos acerca dos quais sou consultado em distintos tópicos, e, afinal, buscarei responder cada qual dos quesitos propostos, não sem antes fazer um breve escorço histórico e doutrinário sobre a temática proposta.

1. Dos fatos

Conforme a documentação que nos é apresentada, as empresas H. S.A. Indústria e Comércio e C. Indústrias Reunidas S.A., antecessoras da empresa H.C. S.A. Indústria e Comércio, em 04.02.1997, firmaram com O.N., F. & A. – Consultoria Jurídico-Empresarial (atualmente denominada O.N. Advogados Associados S.C.) dois contratos de prestação de serviços, com os seguintes objetos:

a) *Levantamento e compensação de créditos tributários*

Por este primeiro instrumento, à consultoria contratada cabia "proceder a um levantamento global de todos os créditos tributários previdenciários e demais contribuições sociais e afins existentes na contratante": a sociedade de advogados apresentaria à H.C. S.A. relatório acerca dos créditos tributários por ela apurados – a serem posteriormente utilizados na compensação de tributos –, ficando prevista a incidência do percentual de 14% (quatorze por cento), "sobre o benefício auferido e efetivamente aproveitado", como remuneração pelos serviços prestados.

b) *Administração de passivo tributário e assessoria tributária*

Este instrumento foi dividido em duas partes. A primeira, denominada "divisão não contenciosa – assessoria na área tributária", previa que a contratada

laboraria no intuito de "maximizar a economia lícita de tributos, por meio de um planejamento fiscal arrojado e voltado para resultados, bem como por meio de remédios judiciais assegurar o não pagamento ou a postergação de pagamento de determinado tributo". A segunda, chamada "divisão contenciosa", previa que a sociedade de advogados atuaria na "solução de litígios na área do direito tributário: compensações, repetição de indébito, não pagamento de tributos inconstitucionais", defesas em autos de infração, elaboração de pareceres na área tributária e "administração do passivo tributário" – esta última, especificamente, objetivando "a redução dos acréscimos indevidos (multa, juros e correção monetária) e postergação do prazo de pagamento do devido por meio de medidas administrativas e judiciais, referente a tributos em atraso com ou sem procedimentos administrativos ou judiciais, bem como aos que forem gerados em razão da assessoria descrita no item 1 (um) ('divisão não contenciosa – assessoria na área tributária')".

Os serviços contratados no segundo instrumento seriam remunerados mediante o pagamento de R$ 2.200.000,00 (dois milhões e duzentos mil reais), a serem pagos em 100 (cem) parcelas mensais de R$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), restando avençado, ainda, o pagamento do montante correspondente a 6% (seis por cento) sobre o benefício auferido na atuação nos casos de "contencioso tributário, judicial ou administrativo".

A empresa vítima, consoante deflui dos documentos que nos são apresentados, contratou com a O.N. Advogados Associados S.C. visando a obter uma assessoria legal tributária altamente especializada, ante as dimensões de seus negócios e atividades, e em face das complexas exigências legais do ordenamento pátrio. A estratégia e os resultados oferecidos pela sociedade de advogados contratada, portanto, vinham ao encontro das necessidades de planejamento e administração tributária da empresa.

Dispondo de uma equipe de profissionais altamente experimentada e qualificada, deveria a O.N. Advogados Associados S.C. realizar a "análise e o levantamento de todos os créditos fiscais possíveis, não apropriados pelo contri-

buinte", objetivando "detectar possíveis créditos que a empresa não tenha lançado por diversas razões, tais como: a) dúvida na interpretação de regulamentos; b) impedimento legal ou inconstitucional por parte do Fisco, com reconhecimento judicial do direito ao crédito; ou, c) simples não aplicação de possibilidades de créditos já previstos na legislação e suas alterações". A "experiência de anos de atuação nessa área" estaria a credenciar a contratada a "afirmar que esse trabalho, invariavelmente sempre, resulta no encontro de créditos fiscais não aproveitados", ressaltando os advogados que "esses créditos, mesmo os mais antigos, estão sujeitos à correção monetária e juros de 1% ao mês".

Destarte, a O.N. Advogados Associados S.C., por seus profissionais, analisaria, levantaria e apresentaria à H.C. S.A. os créditos fiscais por esta não apropriados – segundo uma avaliação legal –, passíveis de serem utilizados na compensação e conseqüente diminuição da incidência tributária sobre suas atividades, promovendo a defesa da empresa contratante nos casos de litígios judiciais, inclusive os advindos dos procedimentos de apropriação e compensação dos créditos tributários apurados.

Os documentos que foram submetidos a nossa apreciação, entretanto, trazem notícias de que a apropriação e posterior compensação de grande parte desses créditos fiscais ter-se-ia dado com base em "diversas 'teses' com remotas e discutíveis chances de êxito em caso de questionamento das autoridades fiscais". A H.C. S.A. foi orientada por O.N. Advogados Associados S.C. a se "apropriar e compensar créditos expressamente vedados na intrincada legislação tributária, fundamentados na interpretação distorcida e ilegal das normas fiscais", utilizando inclusive "procedimento sem qualquer previsão legal e contrário à disciplina de atualização de créditos tributários", de forma a superestimar os valores desses créditos. E, segundo sugerem os ilustres patronos da H.C. S.A. na esfera cível, teria esta sido orientada de tal maneira porque os honorários profissionais da O.N. Advogados Associados seriam calculados no percentual de 14% (quatorze por cento) "sobre o benefício auferido e efetivamente aproveitado" pela contratante.

Assim ocorreu com relação à "exclusão de créditos extemporâneos da base de cálculo do IRPJ e da CSSL",[1] procedimento cuja viabilidade jurídica é questionada nos autos da já mencionada ação civil. Esses créditos, levantados pelos profissionais da O.N. Advogados Associados S.C., seriam "todos oriundos de 'teses' mirabolantes e com chances remotas de êxito, na hipótese de questionamento das autoridades fiscais", o que é afirmado com base em dois pareceres sobre a matéria.

A consultoria B.C., contratada pela H.C. S.A. para verificar os efetivos resultados dos serviços prestados por O.N. Advogados Associados S.C., bem como as dimensões do passivo da empresa, chegou às seguintes conclusões:

1. Quanto à "atualização dos valores compensados" a título de créditos extemporâneos:

"Os valores registrados em conta do passivo e do resultado equivalem ao valor efetivamente compensado, sem o acréscimo posterior de encargos moratórios, os quais serão imputados pelas autoridades fiscais no caso de uma autuação".

2. Quanto aos aspectos contábeis dessas compensações:

"Conforme os princípios de contabilidade geralmente aceitos, o registro de créditos tributários caracteriza-se como o reconhecimento de um ativo contingente. Nesse caso, o efetivo reconhecimento contábil deveria estar vinculado à existência de decisão transitada em julgado em favor da sociedade. Seu registro consiste em débito em conta de ativo (crédito tributário) e crédito no resultado do período. Não obstante tal disposição, já que a sociedade, com a assistência de assessores legais, efetivamente se utilizou de diversos créditos tributários, o re-

1. Crédito extemporâneo, consoante definido na petição inicial da ação proposta pela H.C. S.A. em face da O.N. Advogados Associados S.C., "é o direito pecuniário do contribuinte em face do Fisco, que não foi aproveitado no tempo correto, ou seja, imediatamente após sua aquisição. Esta situação pode decorrer de inúmeras causas, desde o pagamento indevido de tributos, até o desconhecimento da intrincada legislação tributária, que concede incontáveis créditos aos contribuintes em função da natureza de cada operação, sobretudo no sistema da não-cumulatividade do IPI e do ICMS, definidos respectivamente no inc. IV do § 3.º do art. 153, e no inc. I do § 2.º do art. 155, ambos da CF".

conhecimento de tais créditos deveria ter impactado o resultado do exercício da sociedade e não o passivo. Resumidamente, tem-se:

a) ao registrar, nos anos de 1998, 1999 e 2000, os créditos tributários de ICMS e IPI efetivamente utilizados a crédito da conta de custo (CPV) no resultado, a sociedade promoveu uma distorção em seu custo. O lançamento contábil deveria ter sido a crédito da conta de ICMS sobre vendas e IPI sobre vendas, que são contas redutoras de receita. Assim, o efeito de tais lançamentos, no resultado, teria sido um incremento da conta de receita líquida.

b) esses créditos de ICMS e IPI, deve-se ressaltar, foram excluídos na apuração do lucro tributável para fins de cálculo do IRPJ e da CSL. Tal exclusão não encontra respaldo na legislação, tendo gerado, assim, uma contingência de aproximadamente R$ 6,0 milhões (sem multa e juros) de IRPJ e CSL;

c) registro da conta de passivo, nos anos de 2001 e 2002, é inadequado, porquanto, conforme acima descrito, tal lançamento deveria ter sido efetuado à conta de resultado. O registro em conta de passivo resultou na não tributação desses créditos pelo IRPJ e pela CSL, gerando também uma possível contingência de IRPJ e CSL de aproximadamente R$ 7,0 milhões (sem considerar multa e juros)".

3. Especificamente, quanto à apropriação e compensação de créditos de ICMS:

3.1 *Majoração de alíquota de 17% para 18%* e *cálculo fora de sua base*:

"Diante do exposto, tendo em vista: a) a posição da Fazenda Estadual; b) o cenário atual da jurisprudência sobre a matéria; e c) a interpretação do art. 166 do CTN, em razão da qual faz-se necessário distinguir a inconstitucionalidade da cobrança efetuada pelas autoridades e o direito à recuperação dos valores indevidamente recolhidos, entendemos que as chances de êxito da sociedade, em discussão judicial acerca da legitimidade dos créditos em questão, são remotas".

(...)

"Ante o acima exposto, pode-se concluir que procedendo à compensação dos valores em questão, a sociedade se expõe ao risco de sofrer autuação fiscal,

hipótese em que o montante de ICMS indevidamente compensado seria cobrado com acréscimos moratórios e penais."

3.2 *Exclusões do frete nas importações*:

"Pela análise das disposições constantes na LC 87/96, tem-se que o frete, quando efetuado pelo remetente ou por sua conta e ordem e cobrado em separado, deve ser incluído na base de cálculo do ICMS. Dessa forma, em uma primeira análise não haveria fundamentos jurídicos para suportar os créditos apropriados pela sociedade.

Nesse contexto, ao utilizar créditos dessa natureza a sociedade expõe-se ao risco de autuação fiscal, caso em que somarão ao montante do tributo devido acréscimos moratórios e penais.

Diante de uma autuação fiscal a sociedade poderá defender-se administrativa e/ou judicialmente, sendo remotas as chances de êxito na esfera administrativa. Por seu turno, embora não haja ainda um posicionamento jurisprudencial sobre o tema em questão, entendemos serem também remotas as chances de êxito da defesa judicial de tais créditos".

3.3 *Refeições, material de consumo e material de segurança:*

"A escrituração e o aproveitamento desses créditos são vedados pela legislação do ICMS sendo que o Poder Judiciário tem se posicionado no sentido da constitucionalidade da limitação ao direito ao crédito nesses casos.

Nesse contexto, ao utilizar créditos dessa natureza a sociedade expõe-se ao risco de autuação fiscal, caso em que somarão ao montante do tributo devido acréscimos moratórios e penais.

Diante de uma autuação fiscal a sociedade poderá defender-se administrativa e/ou judicialmente, sendo certo que são remotas as chances de êxito de tais defesas".

3.4 *Material intermediário e material de embalagem:*

"Ao proceder à correção monetária dos créditos em questão a sociedade se expõe ao risco de sofrer uma autuação fiscal, hipótese em que o montante de ICMS indevidamente compensado seria cobrado com acréscimos moratórios e penais".

3.5 *Correção monetária sem matéria-prima:*

"A discussão em questão é em tudo semelhante àquela tratada no item anterior, de forma que lhe são aplicáveis os mesmos comentários".[2]

3.6 Quanto ao "ativo imobilizado", há problemas quanto à correção monetária dos créditos, conforme já se descreveu anteriormente em outros casos análogos, o mesmo ocorrendo em relação a "combustíveis lubrificantes e manutenção de veículos".

4. Especificamente, quanto à apropriação e compensação de créditos de IPI:

4.1 *Material intermediário e material de embalagem:*

"Dessa forma, ao se proceder à correção monetária dos créditos escriturais de IPI a sociedade se expõe ao risco de autuação fiscal, hipótese em que se teria a incidência de acréscimos moratórios e penais.

Nesse caso, a sociedade poderia questionar a autuação administrativa e/ou judicialmente, podendo-se afirmar que, tendo em consideração a posição do STF e do STJ, as chances de êxito em tal questionamento são remotas".

4.2 *Ativo imobilizado:*

"A escrituração e o aproveitamento dos créditos são vedados pela legislação do IPI.

Assim sendo, ao utilizar créditos dessa natureza a sociedade expõe-se ao risco de autuação fiscal, caso em que se somarão ao montante do tributo devido acréscimos moratórios e penais.

Diante de uma autuação fiscal a sociedade poderá defender-se administrativa e/ou judicialmente, sendo certo que são remotas as chances de êxito da defesa administrativa, e que as poucas decisões do Poder Judiciário sobre a matéria não reconheceram o direito à apropriação dos créditos em questão, a qual só poderia ter sido realizada com respaldo em decisão judicial."

2. "Ao proceder à correção monetária dos créditos em questão a sociedade se expõe ao risco de sofrer uma autuação fiscal, hipótese em que o montante de ICMS indevidamente compensado seria cobrado com acréscimos moratórios e penais".

5. Especificamente, quanto à apropriação e compensação de créditos de INSS:

5.1 *Contribuição SAT:*

"Desta forma, uma vez compensados os créditos decorrentes da discussão em questão, há o risco de que a sociedade seja autuada pelas autoridades fazendárias, salvo se possuir decisão judicial que respalde tal procedimento.

De toda forma, as chances de êxito da sociedade na discussão administrativa ou judicial da presente questão são remotas".

5.2 *Salário-educação:*

"Ante o exposto, tendo havido compensação dos créditos relativos aos valores em questão, a sociedade se expõe ao risco de ser autuada pelas autoridades fazendárias, salvo se possuir decisão judicial que respalde tal procedimento.

De toda forma, as chances de êxito da sociedade na discussão administrativa ou judicial da presente questão são remotas".

Outro parecer especializado, da lavra da conhecida e reputada consultoria tributária B&M Consultores e Advogados, concluiu, em síntese, que as teses adotadas pela O.N. Advogados Associados para efetuar os levantamentos de créditos e compensações tributárias tinham remotas chances de êxito na hipótese de questionamento por parte das autoridades fiscais.

Por conseguinte, conforme verte desses arrazoados e pareceres, as teses utilizadas por O.N. Advogados Associados S.C. na orientação da H.C. S.A., visando à apropriação desses créditos extemporâneos, são insustentáveis e *temerárias* – algumas até mesmo ilegais – o que se verifica em relação às relativas ao IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), ao Finsocial, à contribuição ao SAT e ao ICMS, em apertada síntese, pelas seguintes razões:

a) "inexistência de qualquer decisão judicial para comportar a tomada do crédito (...), sem a qual referidos valores são totalmente indevidos e ilegais", porquanto "tais teses se fundamentam em argumentos de constitucionalidade/ilegalidade de leis e atos normativos", cabendo, destarte, "somente à autoridade judicial – no exercício do controle de constitucionalidade difuso

– (...) autorizar a restituição ou compensação de tributo recolhido com fundamento na lei ofensiva à Constituição". De acordo com os ilustres advogados signatários da petição inicial da ação cível anteriormente mencionada, essas conclusões decorrem dos princípios constitucionais da "legalidade, isonomia e devido processo legal".

b) Ante a equivocada "forma de correção dos créditos tomados, a qual é capaz de, por si só, derruir qualquer chance de êxito da autora no procedimento adotado", eis que foi superestimada pela sociedade de advogados O.N.

c) Ante o procedimento ilegal de excluir os créditos tributários extemporâneos da base de cálculo do IPRJ e da CSSL, gerando enorme contingência fiscal para a empresa, que "poderá ser facilmente questionada pelas autoridades fiscais".

É de se ressaltar que as referidas operações poderão, ainda, ser contestadas pelas autoridades competentes, cobrando-se da H.C. S.A., além dos juros de mora, multas penais, em virtude dos procedimentos que teriam sido adotados sob a orientação dos representantes da O.N. Advogados Associados S.C.

Observamos, também, que a leitura da documentação que me é fornecida revela que, em distintas oportunidades, ao ser questionada acerca da viabilidade de apropriação dos referidos créditos extemporâneos, a O.N. Advogados Associados S.C., por seus representantes legais, afirmou *o grau de risco reduzido* de tais operações, as quais teriam trazido à empresa *uma significativa e confortável liquidez de caixa, além de outros benefícios contábeis e fiscais*. Consta também dessa volumosa documentação a sugestão, dada por O.N. Advogados Associados S.C. à H.C. S.A., para que continuasse a "utilizar os créditos extemporâneos (saldos), considerando que os riscos são confortáveis, como também incluir a correção Selic", eis que, "em análise as compensações efetuadas pela empresa e créditos apurados, ainda não aproveitados, concluímos que os procedimentos adotados por Vossas Senhorias foram estritamente conservadores, haja vista que os créditos aproveitados, em sua maioria, possuem grau de risco mínimo, sendo plenamente possível e recomendável a compensação para pagamento ou amortização de débitos

tributários vencidos e vincendos", concluindo por sugerir "seja mantido o procedimento da compensação, nos moldes e formas orientados por nosso escritório, haja vista o elevado valor de crédito existente na contabilidade financeira da empresa, passível de compensação nos moldes da legislação vigente que, atualmente, prevê a compensação como forma de extinção da obrigação tributária, para pagamento ou amortização de débitos tributários vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, ainda que não sejam da mesma espécie ou destinação constitucional" (cf. cópia autenticada de correspondência firmada pelo Sr. N.J.O.N., datada de 20.03.2003). Mencione-se, também, outra conclusão, encartada no anexo a essa correspondência, segundo a qual "o direito da empresa em proceder a compensação é incontestável e deve ser exercido, razão pela qual entendemos que os créditos tributários da empresa devem ser utilizados para quitação ou amortização de seu passivo tributário, haja vista que os mesmos, possuem, em sua maioria, *grau de risco mínimo*, conforme suprademonstrado e, o não aproveitamento poderá gerar prejuízos irreparáveis a contabilidade financeira da empresa".

Portanto, a H.C. S.A., em razão da conduta profissional dos representantes da O.N. Advogados Associados S.C., teria experimentado inúmeros prejuízos, fatos esses que, nas próximas linhas, analisaremos sob a ótica da responsabilidade penal.

2. Da consulta

Dois são os pontos sobre os quais meu pronunciamento é solicitado. Ambos dizem respeito à eventual prática de delito de estelionato. Sou indagado se é possível, ao menos em tese, a prática do delito, nas figuras de *induzir* e/ou *manter* alguém em erro mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento, mediante contrato de prestação de serviços jurídicos firmado com uma empresa por advogados.

Expostas as questões, objetiva e sucintamente, passo a respondê-las:

3. Das respostas apresentadas

3.1 Escorço histórico e diagnóstico prévio

As relações multiformes do mundo econômico moderno e contemporâneo, cujo surgimento e complexidade se devem ao fenômeno da industrialização, propiciaram a proliferação de novas modalidades de criminalidade. As grandes descobertas das ciências alteraram o papel do homem no próprio universo. Em decorrência do surgimento de novas tecnologias, os modos de produção tornaram-se progressivamente mais complexos e escalonados. A industrialização da produção permitiu a criação de novos ambientes e realidades, destruindo os antigos. E, ao longo desses anos de intensa evolução, paralela e conseqüentemente, surgiram também novos tipos de ilícitos patrimoniais, entre os quais os fundados na sagacidade e na argúcia dos que se prevalecem de um prévio conhecimento para o engano e a conseqüente lesão de interesses de terceiros.

No plano das relações humanas, quem melhor descreve o fenômeno em tela é o "Pai da Sociologia", Émile Durkheim, autor, entre outras obras, de *As regras do método sociológico* e *Da divisão do trabalho social*. Explicando suas idéias, Durkheim criou novos conceitos, como "consciência coletiva", "solidariedade orgânica" e "solidariedade mecânica", "sociedades arcaicas" e "sociedades contemporâneas".

"Consciência coletiva" é o conjunto de crenças e sentimentos comuns à média dos membros de uma sociedade.[3] Tal definição comporta, de acordo com cada uma dessas sociedades, maior ou menor extensão ou força. Nas "sociedades arcaicas", em que se verifica uma maior solidariedade (denominada por Durkheim "solidariedade mecânica"), a "consciência coletiva" abrange a maior parte das consciências individuais. É importante, aqui, abrir um pequeno parêntese para explicar a diferença estabelecida pelo autor entre as "sociedades arcaicas" (ou primiti-

3. DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Carlos Alberto R. de Moura. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 25. (Coleção Os Pensadores.)

vas) e as "sociedades contemporâneas" (ou diferenciadas). Às primeiras, é típica a solidariedade mecânica, a qual pode ser caracterizada pela semelhança, pois os homens que a integram diferem pouco uns dos outros – membros de uma mesma coletividade, eles se assemelham porque possuem os mesmos sentimentos, os mesmos valores, reconhecem os mesmos objetos como sagrados. Esta sociedade tem coerência porque os indivíduos ainda não se diferenciaram. Na realidade, os integrantes dessa sociedade, a rigor, não podem ser considerados epistemologicamente como *indivíduos*. Dentro de um clã todos são, por assim dizer, intercambiáveis, pois o indivíduo não vem, historicamente, em primeiro lugar. "A tomada de consciência da individualidade decorre do próprio desenvolvimento histórico. Nas sociedades primitivas, cada indivíduo é o que são os outros; na consciência de cada um predominam, em número e intensidade, os sentimentos comuns a todos, os sentimentos coletivos."[4] De fato, somente a partir do Iluminismo é que vamos encontrar o conceito histórico de indivíduo, daí por que, não de outra forma, é que se consubstanciou a pena aplicável ao infrator, não podendo ultrapassar os limites pessoais para atingir a família, o clã, a comunidade etc.; é o que se denominou princípio da personalidade das penas.

Nas "sociedades contemporâneas", ao contrário das arcaicas, a diferenciação das profissões e a multiplicação das atividades industriais exprimem as características sociais que Durkheim define como causadoras da solidariedade orgânica. Essa diferenciação se origina na desintegração da solidariedade mecânica e vai se assemelhar aos órgãos – diferentes – de um organismo (social). Assim, nessas sociedades mais modernas, os indivíduos têm, cada qual, a liberdade de crer, querer e agir, conforme suas preferências. São sociedades baseadas no individualismo e em laços de dependência e de troca, criados por uma complexa diferenciação, funcional, na qual um número grande de instituições econômicas, políticas e culturais especializadas estavam envolvidas. Nas sociedades em que há so-

4. ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 298.

lidariedade orgânica há uma redução da esfera da existência que cobre a "consciência coletiva", um enfraquecimento das reações coletivas contra a violação das proibições e, sobretudo, uma margem maior na interpretação individual dos imperativos sociais. Dessa forma, "o que a justiça exige, numa sociedade primitiva, é fixado com exatidão minuciosa pelos sentimentos coletivos. Por outro lado, nas sociedades em que a divisão do trabalho é mais avançada, essa exigência só será feita de modo abstrato, por assim dizer universal. Num caso, a justiça é que tal indivíduo receba tal sanção precisa; em outro, que haja uma espécie de igualdade nos contratos e que cada um receba o que lhe é devido, que é definido de muitas formas, nenhuma das quais é isenta de dúvidas, e fixada de modo unívoco".[5]

O que nos parece importante nessa digressão inicial, para efeitos de nossa análise, é precisar que a diferenciação entre as pessoas criou uma espécie de abismo cultural de valores, conhecimentos, técnicas, saberes, todos voltados para o crescimento humano. Por outro lado, nada impede que tais técnicas e conhecimentos voltem-se para a simples prevalência de interesses escusos, na esfera econômica e patrimonial. O conhecimento particular, aliado a um interesse específico na prática de uma burla, pode dar ensejo à prática de uma figura típica patrimonial não amparada na violência. Não é por outra razão que o estelionato, como figura autônoma, só é adequadamente contemplado no Código Penal francês, instituído por Napoleão, em 1810.[6] Antes desse período, os crimes patrimoniais eram, sempre, realizados com violência à pessoa ou mediante a subtração fraudulenta. Hans von Hentig, citando Dante em sua obra máxima, destaca, outrossim, que o estelionato pode ser mais pecaminoso que a violência, revelando com isto um exato conhecimento do homem: "Sin embargo, como la estafa es pecado solamente de los hombres, desagrada mucho a Dios" (*Divina comédia*, "Infierno",

5. ARON, Raymond. *As etapas do pensamento*, op. cit., p. 301.

6. COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito penal:* parte especial. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 913.

vol. XI, p. 25-26).[7] Sem prejuízo de tais considerações preliminares, faremos um breve estudo dos antecedentes históricos do crime de estelionato.

Nas origens, o crime de estelionato aparece associado aos diversos tipos de fraude, seja no que concerne aos bens de consumo, seja no que diz respeito à moeda. Os ordenamentos da Antigüidade, marcados pela diretriz teocrática, nivelavam os *modus operandi* no apoderamento material ou ideal do patrimônio alheio. Eram comuns as confusões acerca da natureza defraudatória e falsária. Na mais antiga e abrangente legislação escrita que se tem notícia, o Código ditado por Hammurabi ao povo babilônico no século XVIII a.C., houve a preocupação de reprimir-se a fraude entre os povos da Mesopotâmia: "Se um mercador emprestou a juros cevada ou prata e (se) quando emprestou a juros, ele deu a prata em um peso pequeno ou a cevada em um *sutum* pequeno e quando recebeu, quis receber a prata (um peso grande) e a cevada (em um *sutum* grande), esse mercador perderá tudo que deu".[8] Da mesma forma o Código de Manu, da Índia, ao punir com esquartejamento o ourives que obrasse com fraude.

Na mesma linha de preocupações do Código de Hammurabi, a lei mosaica dedicou especial atenção à exploração da credulidade pública, bem como aos fraudadores das relações comerciais da época. Um dos livros do Pentateuco tem claramente a previsão desses dispositivos, quer no que concerne à fraude, como no que tange ao engodo: "Não levem na bolsa dois pesos diferentes, um mais pesado do que o outro, nem tenham em casa duas medidas diferentes, uma maior que a outra. Usem pesos e medidas certos, para que vocês vivam muito tempo na terra que o Eterno, o nosso Deus, lhes está dando" (Deuteronômio 25:13). No mesmo livro, encontramos a proibição dos falsificadores da verdade: "Não ofereçam os seus filhos em sacrifício, queimando-os no altar. Não deixem que no meio do povo haja adivinhos ou pessoas que tiram sortes; não

7. *Estudios de psicología criminal.* Madrid: Espasa-Calpe, 1972. p. 20.

8. BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi.* Petrópolis: Vozes, 1999. p. 112.

tolerem feiticeiros, nem quem faz despachos, nem os que invocam os espíritos dos mortos" (Deuteronômio 18:10-11).[9]

No direito romano primitivo não se conhecia a figura do estelionato. O próprio conceito de punição era diferente do moderno. Os delitos que lesavam a coletividade, também no direito romano primitivo, eram perseguidos pelo Poder Público. Assim era nos casos de traição à pátria, deserção, ofensa aos deuses etc. De outro lado, nesta mesma época, o Estado, por falta de organização eficiente dos Poderes Públicos, deixou a cargo do próprio ofendido a punição dos delitos que lesavam interesses particulares. Distinguem-se, então, delitos públicos (*delicta publica*) dos delitos privados (*delicta privata*). Os mais importantes delitos privados no direito romano clássico eram: furto, roubo, dano injustamente causado e injúria.[10] Nos últimos tempos da República, no entanto, o pretor Aquilio Galo introduziu no sistema geral de ações extraordinárias um tipo de repressão que corresponderia à ação modernamente denominada de dolosa (*dolus malus*). Na realidade, "nenhuma lei dispôs que a ação privada por causa de fraude punível, isto é, por causa de ardis (*stellionatus*), fosse transplantada para o direito penal; o transplante se fez naturalmente, em virtude das mesmas relações de correlação existentes entre o delito próprio do direito civil e o do direito penal. (...) Como a ação privada do estelionato era auxiliar e subsidiária no procedimento civil, a ação criminal era auxiliar e subsidiária no procedimento acusatório".[11] Assim, nas origens romanas do instituto, não se poderia identificar uma distinção ontológica entre a fraude civil ou de natureza penal. A distinção residia muito mais em razão da presença do dolo (*dolus malus*) com finalidades complementares a figuras não especificadas.[12] Dessa forma, todos os crimes que não se amoldassem a

9. *A Bíblia Sagrada*. Trad. na linguagem de hoje. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1988. p. 208 e 201, respectivamente.

10. MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 155-156.

11. MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano*. Trad. Pedro Dorado. Bogotá: Temis, 1991. p. 426.

12. COSTA, Álvaro Mayrink. Op. cit., p. 912.

qualquer outro crime patrimonial recebiam o nome de *stellionatus*, cujo nome é oriundo de *stellio*, expressão usada para designar um lagarto mosqueado, astuto e de cores variáveis.[13]

A ausência de uma sistemática e de uma técnica mais apurada do direito romano prolongou-se no caótico direito medieval, que continuou a enfrentar tais atos sem uma objetividade jurídica própria. É verdade que o direito germânico chegou a usar as expressões *Bedroch e Trüge* para identificar casos isolados, mas a completa identificação da figura sob comento só afloraria anos mais tarde. O reflexo dessa falta de técnica reflete-se na forma como as Ordenações do Reino definiam a atitude "*dos bulrões e inliçadores, e dos que se levantão com fazenda alheia.*

Bulrão e inliçador he aquelle, que specialmente hypotheca, ou obriga per fiança huma cousa a dous, não a tendo desobrigada do primeiro credor, não sendo a cousa bastante para satisfazer aos credores ambos.

E bem assi, o que vende a diversas pessoas pão, vinho, azeite, mel, sal, e outras cousas dante mão, promettendo pagar logo no primeiro anno de suas herdades, Vinhas, Olivaes, Colméas, ou Marinhas, affirmando a cada hum delles, que tudo aquillo haverá nellas o dito anno, não tendo taes propriedades, de que arrazoadamente possa haver o que assi vende".[14]

Somente no século XIX é que a figura do estelionato logra autonomia científica, tendo sua moderna origem vinculação com a expansão dos negócios, impulsionados pela forte industrialização que acometeu Inglaterra, França, Bélgica e outros países europeus. É exatamente com o Código francês de 1810 que se tem a tipificação da *Escroquerie*, prevista no art. 405 e assim vazada:

"Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manouevres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses

13. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro.* São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 2, p. 494.

14. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil:* evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980. p. 57.

entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'esperance ou la crainte d'un succès, d'un accidente ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer, ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un empresonnement d'un an moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de 3.600 F au moins et de 2.500.000 F au plus".

A influência da legislação francesa chega ao Brasil já em 1830, por conta do Código Criminal do Império, vindo a ser insculpida no art. 264 com o nome que conhecemos:

"julgar-se-ha crime de estellionato:

(...)

§ 4.º em geral todo e qualquer artificio fraudulento pelo qual se obtenha de outrem toda a sua fortuna ou parte della, ou quaesquer titulos".

O Código republicano de 1890, na mesma linha da legislação revogada, dispunha, no art. 338, sobre o "*Estellionato, abuso de confiança e outras fraudes*:

Julgar-se-á crime de estellionato:

(...)

§º Usar de artifícios para surprender a boa-fé de outrem, illudir a sua vigilancia, ou ganhar-lhe a confiança; e induzindo-o a êrro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito".

Atualmente, muitas legislações adotam a figura do estelionato, com diversos aperfeiçoamentos. Houve a separação científica das várias modalidades do crime de falso, daí por que se tem a autonomia científica do mencionado tipo proibitivo. O Código português, por exemplo, mesmo adotando o nome de *Burla*, não deixa de dispor de forma semelhante ao que temos entre nós:

"Art. 217. Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente

provocou, determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa".

A legislação italiana, na mesma linha de pensamento, em seu art. 640, define a figura da *Truffa*:

"Chiunque, con artifizi o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sè o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire centomila a due milioni".

O Código espanhol, em seu art. 248, também dá disposição semelhante, ao disciplinar a figura da *estafa*:

"Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno".

As legislações americanas acompanham, em grande parte, tais linhas de pensamento:

O art. 172 do CP argentino assevera:

"Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, comisión, empresa o negociación o valiéndose d cualquier otro ardid o engaño".

De forma muito semelhante ao que temos no Brasil, o Código colombiano, em seu art. 356, afirma que:

"*Estafa*. El que induciendo o manteniendo a otro en error, por medio de artificios o engaños, obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de uno a diez años y multa de un mil a quinientos mil pesos".

O Código chileno, em seu art. 467, o cubano no 334, e o paraguaio, no 396, têm disposições semelhantes.

A evolução do referido instituto leva à inarredável conclusão de que o estelionato é crime de natureza patrimonial, cometido mediante fraude e que se

distancia, modernamente, do crime de falso. "O equívoco em identificar o crime de estelionato com a fraude consiste no fato de que a repressão penal não recai sobre a fraude propriamente dita ou induzimento em erro e, sim, sobre a locupletação ilícita ou a injusta lesão patrimonial."[15]

Grande parte da doutrina estrangeira e alguns importantes autores nacionais têm admitido a possibilidade de uma modalidade de fraude, conhecida entre nós como *estelionato judiciário*. Segundo tal corrente, a conduta é praticada fraudulentamente de forma a induzir o juiz em erro e é este que, por meio de uma sentença injusta, causará prejuízo à parte contrária ou a terceiro.[16] Entre nós, Nilo Batista, com a propriedade de sempre, asseverou que: "Para o estelionato judiciário – especialmente o cometido através do silêncio fraudulento – é, pois, importante, ainda que não decisivo, a pesquisa de um dever de verdade. Se admitirmos a existência de um dever legal de verdade para os litigantes, não poderá haver qualquer dúvida sobre a idoneidade da mentira ou do silêncio fraudulento para integrar um estelionato, desde que seus demais elementos se apresentem. (...) Na verdade, inadmissível e grotesco é supor que o foro seja um espaço no qual o dever – mesmo geral, mesmo moral – da verdade seja menos intenso ou distinto daquele que se exige nas relações sociais comuns".[17] Edgard de Magalhães Noronha relata um caso concreto no qual, cientemente, o credor executou o homônimo remediado de um devedor insolvente, conseguindo obter vantagem ilícita graças ao desleixo do advogado daquele.[18] Aqui, embora o enganado seja o magistrado, o prejudicado é aquele que viu seu patrimônio ser diminuído por ilegítima execução contra devedor solvente.

15. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 499.

16. CEREZO MIR, José. *Problemas fundamentales del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 254.

17. BATISTA, Nilo. "Estelionato judiciário". *RT* 638/258, dez. 1988.

18. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. vol. 2, p. 367.

3.2 Natureza jurídica do delito de estelionato

O art. 171 do Estatuto Repressivo brasileiro assim descreve a conduta de estelionato:

"Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa".

Como já se disse anteriormente, o estelionato é o crime patrimonial realizado mediante fraude: em vez da clandestinidade – típica do furto –, da violência física ou da ameaça intimidativa – típicas do roubo em suas figuras simples ou agravadas –, aqui o agente emprega o engano ou se serve deste para que a vítima, inadvertidamente, deixe-se espoliar. Não há "mais o assalto brutal e cruento, mas a blandícia vulpina, o enredo sutil, a aracnídea urdidura, a trapaça, a mistificação, o embuste". O latrocínio, a *grassatio* e a rapina foram sub-rogados pelo enliço, pela artimanha, pelo estelionato. (...) "O crescente intercâmbio das relações humanas trouxe a necessidade prática da confiança nas aparências; a boa-fé tornou-se indispensável ao êxito e incremento das transações, de modo que os astutos e fraudulentos vivem atualmente do mundo dos negócios como saltões dentro do queijo."[19]

Paulo José da Costa Júnior, Catedrático da Universidade de São Paulo e Professor da Universidade de Roma, obtempera que a conduta do estelionato se divide em duas fases: "num primeiro momento, a vítima é levada pela fraude ao engano; num momento subseqüente, o agente obtém, para si ou para outrem, vantagem indevida, causando ao ofendido um dano patrimonial correspondente. Do exposto se deduz a necessidade de um dúplice nexo causal: entre o meio

19. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. VII, p. 165.

fraudulento e o engano, entre o erro-engano (causa) e o proveito injusto (efeito)".[20] Na realidade, é absolutamente indispensável que a vantagem obtida, além de ilícita, decorra de erro produzido pelo agente, isto é, que aquela seja conseqüência deste. Não basta, portanto, a existência do erro decorrente da fraude, sendo necessário que da ação resulte vantagem contrária ao direito (ilicitude) e prejuízo patrimonial.[21]

A ação tipificada é a de obter vantagem ilícita em prejuízo alheio, *induzindo* ou *mantendo* alguém em *erro* (mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento). O erro consiste em uma representação mental que não corresponde à realidade. É a manifestação viciada da vontade. Dá-se por uma desconformidade entre a representação e a realidade, maculando, conseqüentemente, a manifestação do querer e da vontade da pessoa. Dada a existência de dois verbos, *induzir* e *manter*, deve-se entender a conduta delitiva como sendo tanto a em que o agente cria uma situação fática desvirtuada da realidade, quanto outra, em que consolida tal situação em que já se encontra a vítima, gerando nesta um estado de ânimo propício à concreção da vantagem ilícita objetivada por aquele.[22] Assim, na primeira hipótese, há a iniciativa de causar o erro, ao passo que na segunda modalidade impede-se que o lesado o descubra, por força do obrar astucioso que opera não revelando a verdade, quando o dever ético-jurídico o exigia. A relação entre o erro e o atuar deve ser basicamente causal, sendo que a sua essencialidade é medida em relação à circunstância determinante do prejuízo.[23]

O tipo objetivo do delito prevê basicamente três formas de execução: por meio do *artifício*, *ardil* ou de *qualquer outro meio fraudulento*. *Artifício* é toda astuta alteração da verdade, quer simulando o agente o que não existe (certas qualida-

20. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. vol. 2, p. 113.

21. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 3, p. 278.

22. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 502.

23. COSTA, Álvaro Mayrink. Op. cit., p. 925.

des pessoais, por exemplo), quer ocultando ou dissimulando a realidade existente (por exemplo, um estado de insolvência). É, pois, astúcia, esperteza, manobra que implica em engenhosidade.[24] Da mesma maneira que na figura anterior, o *ardil* é também artifício, esperteza, embora na forma de armadilha, cilada ou estratagema. Atua o agente sobre a inteligência ou sentimento da vítima, desvirtuando-se a realidade fática em torno daquilo que objetiva, persuadindo o sujeito passivo a acreditar que a falsa aparência lógica ou sentimental montada é verdadeira, levando-o, por conseguinte, a incorrer ou a permanecer em erro, com a conseqüente vantagem ilícita e lesão patrimonial.[25] Dois exemplos permitiriam bem identificar a distinção sutil entre as figuras. Por meio de um artifício, alguém, dizendo-se representante de uma instituição de caridade conhecida, fazendo referência ao nome de pessoas também conhecidas, que de fato dirigiriam a mencionada instituição, consegue coletar contribuição da vítima, embolsando-a. Noutra situação, desta feita mediante ardil, o agente prepara um local com a aparência de ser uma agência de venda de veículos, recebe o cliente (vítima), oferece-lhe o carro, recebe o dinheiro e, depois, desaparece.[26] Além da enumeração exemplificativa acima mencionada, a lei penal estabelece uma forma porosa genérica, entendida pela doutrina como interpretação analógica, que utiliza, a partir das formas expressas – artifício e ardil –, uma norma de extensão, denominada *qualquer outro meio fraudulento*. Dessa forma, qualquer conduta dolosa do agente, revestida de fraude, que tenha levado o sujeito passivo a incorrer ou a manter-se em erro, com a obtenção de vantagem patrimonial em prejuízo de terceiro, amolda-se tipicamente ao art. 171 do CP brasileiro.

O elemento subjetivo do crime de estelionato consubstancia-se na livre consciência e vontade de lesar a outrem mediante a utilização de meios fraudu-

24. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 576.
25. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 503.
26. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 576.

lentos. Há uma característica particular, no entanto, pois se reconhece um elemento subjetivo especial do injusto, consistente na intenção de obter lucro ou proveito indevido, não sendo suficiente a conduta com a mera finalidade de causar lesão patrimonial sem a aludida vantagem. É por isso que a doutrina estrangeira entende que "la estafa está dentro de los delitos patrimoniales llamados de 'enriquecimiento'. Este provecho debe ser la finalidad del autor al cometer el delito, por lo que es de extraordinaria importancia para la caracterización de la tipicidad, pues ésta, como en otros delitos patrimoniales, requiere un elemento subjetivo específico, el ánimo de lucro. Dentro del tipo subjetivo se requiere, además, el dolo, no siendo posible la comisión imprudente, dada la exigencia del ánimo de lucro. Este dolo debe abarcar o referirse a los elementos objetivos, es decir, al engaño, al error, a la disposición patrimonial y a la causación de un perjuicio".[27]

Uma das questões centrais para o tema que se propõe assinalar, neste passo, é o da aproximação existente entre o tema da fraude civil e a fraude penal. Ou, em outras palavras, existe um ilícito civil não coincidente com o ilícito penal? De fato há uma identidade perfeita, de modo e de finalidade, entre a fraude que integra o estelionato e o dolo que vicia os contratos de caráter econômico. Uma e outro estão enfeixados num mesmo conceito: malicioso engano, referido a uma locupletação injusta. A doutrina mais recente tende a asseverar que "fraude é fraude em qualquer espécie de ilicitude – civil ou penal –, repousando eventual diferença entre ambas tão-somente em seu *grau de intensidade*. Na fraude civil objetiva-se o lucro do próprio negócio, enquanto na fraude penal se visa o 'lucro' ilícito".[28]

Em realidade, a discussão do tema é bastante antiga, mostrando que na esfera dos negócios há uma distinção muito sutil entre a ilicitude civil e penal. O tema é abordado, com muita propriedade pelo consagrado Nélson Hungria. "A

27. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal:* parte especial. 11. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 368-369.

28. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 277.

ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o *dever jurídico*. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas 'sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-múndi'. No que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são uma rebeldia contra a ordem jurídica. Consistem ambos num fato exterior do homem, antijurídico, imputável a título de dolo ou culpa. A única diferença entre eles está na maior gravidade do delito penal, que, por isso mesmo provoca mais extensa e intensa perturbação social".[29] Assim, em uma aproximação inicial, há que se dizer inexistir uma diferença ontológica entre a fraude civil – passível de impugnação na esfera do direito extrapenal – e a fraude penal – passível de capitulação como o crime previsto no art. 171 do CP brasileiro. Evidentemente que, se diferença não houvesse, a própria essência do tipo proibitivo estaria a lhe causar uma fulminância quanto a sua existência. Se o legislador, em dado momento da evolução das relações sociais, houve por bem criar a figura do estelionato, é porque pretendia traduzir essa diferenciação de grau de intensidade. Mas como fazê-lo? É fundamental amparar as relações negociais não tanto pelo patrimônio individual daqueles que praticam negócios jurídicos contratuais, mas para que se proteja a liberdade de pactuação patrimonial. Ou, no dizer de Antolisei: "Da quanto si è detto si desume che lo scopo dell'incriminazione della truffa non è soltanto la protezione del patrimonio, ma anche *la tutela della libertà del consenso nei negozi patrimoniali*. Su ciò crediamo che nessun serio dubbio sia consentito".[30] É, pois, a liberdade negocial, em última instância, que se está a proteger, algo que, hoje, a doutrina brasileira está plenamente de acordo. O já mencionado Luiz Regis Prado assevera que: "O bem jurídico tutelado é a especial proteção do patrimônio em relação aos atentados perpe-

29. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. VII, p. 173.

30. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale:* parte speciale. 12. ed. Milano: Giuffrè, 1996. p. 337.

trados mediante fraude. E ainda, para alguns, a segurança, a fidelidade e a veracidade das relações jurídicas que gravitam em torno do patrimônio".[31] Assim, hoje não se discute quanto à possibilidade da prática de um fato delituoso por meio de um contrato, qualquer que seja ele, mesmo no de prestação de serviços no âmbito da advocacia. Novamente é a doutrina italiana a inspiradora do pensamento doutrinário pátrio: "L'inganno esercitato nella fase della formazione del negozio, ovvero anche in una sua fase precedente può condurre ad un atto di disposizione il cui momento conclusivo, foriero dell'ofesa con la cui verificazioni si consuma il delitto di truffa, attiene all'esecuzione del negozio. In simmetria, se a quell'inganno no segue l'atto di disposizione, si delinea un'ipotesi, nell'ordine del relativo giudizio di idoneità, di delitto tantato. È l'ipotesi nella qualle anche il tentativo di truffa si colloca in una prospettiva negoziale – l'avvenuta formazione del negozio – altrimenti incompiuta".[32]

Pondere-se, ademais, que nos últimos anos a evolução dos negócios permitiu vislumbrar uma clara mudança de concepção comercial, mas nada que permita abusar da boa-fé do terceiro nesse tipo de relação. Isto é, cabe à lei – especialmente à lei penal – compensar a disparidade de conhecimentos nas relações existentes entre os homens.[33] Não obstante tais considerações, ainda parecem oportunas as obtemperações de Hungria, quando reafirma o critério distintivo entre as diversas esferas de proteção do prejudicado: "A fraude civil é a que se dirige à constituição de um negócio jurídico e neste se concretiza, porque constitui a sua finalidade e contém em si a espoliação e o proveito em detrimento da vítima. A fraude só é punível quando a espoliação ou o proveito se realizam em qualquer outro ato ou fato, ou quando o negócio jurídico faz o papel de simples meio ou instrumento de execução, como qualquer outro artifício, ardil ou insídia, e não

31. Op. cit., p. 500.

32. AZZALI, Giampiero. "Prospettive negoziali del delito di truffa". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, 1998, anno XLI, p. 344.

33. ANTOLISEI, Francesco. Op. cit., p. 338.

o fim a que se dirija realmente a ação criminosa. Assim, se o negócio é o escopo a que se dirige e no qual se realiza a fraude, esta fica na órbita do direito civil; mas, se serve de mero instrumento e meio ao ato ou fato, inteiramente distinto, da espoliação ou do injusto proveito, transcende os confins do direito civil e entra na esfera do direito penal".[34]

Em face da estrutura típica do crime de estelionato, que prevê a figura daquele que *mantém* o outro em erro, até o silêncio pode ser considerado uma modalidade delituosa, se utilizado como meio fraudulento. É a estrutura omissiva, muito comum nas relações comerciais, em que um certo dever ético da verdade pode ser maculado pelo silêncio. É assim que, se um credor, após receber uma dívida de um devedor, não lhe emitir recibo de pagamento e, tempos depois, este último, esquecendo-se do pagamento efetuado, procura novamente o credor e paga-lhe, pela segunda vez, a mesma dívida, em face do silêncio do credor, poderá ser considerado autor de estelionato.[35]

A doutrina estrangeira também vê a figura delituosa nas hipóteses negociais, em que o fato se manifeste por meio do silêncio: "La contraprestación supone una convención que crea en la otra parte el deber jurídico de decir la verdad. El silencio y la ocultación adquieren así el carácter de un ardid omisivo. En la exposición de motivos se dice: El silencio y la ocultación juegan, pues, como el ardid propio de una estafa, ya que son directamente determinantes de un pago que no se haría si se supiera la verdad".[36] Tal postura, em diversos outros países, já tem a discussão assentada no que concerne à possibilidade de se admitir a ocorrência do estelionato negocial, por via do silêncio, caracterizando a conduta omissiva. E isto está pacificado por julgado da Corte Suprema da Espanha, conforme decisão de 16.03.1995: "en los citados 'contratos criminalizados', la jurisprudencia ha

34. Op. cit., p. 187.

35. HUNGRIA, Nélson. Op. cit., p. 202; PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 504.

36. FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969. t. VI, p. 42.

configurado la prueba del dolo (en este caso, el silencio sobre la intención de no cumplir la parte de la obligación implicaría el engaño sobre un elemento interno) sobre la base de que 'el contrato no revela en sí nada anormal en su perfección, pero que después de manifiesto por la conducta ulterior que sólo existió el propósito de engañar al otro contratante'".[37]

3.3 Da opinião a ser expendida. Notas conclusivas

A empresa H.C. S.A. Indústria e Comércio promove *ação ordinária declaratória cumulada com indenização por perdas e danos materiais* em face de O.N. Advogados Associados S.C. e outros, por ver-se induzida e mantida em erro pelos profissionais, fato este que lhe acarretou grave prejuízo financeiro.

Os advogados que compõem essa banca possuem um grande escritório, sediado num luxuoso edifício da A.S., em bairro dos mais privilegiados da Capital paulista.

A H.C. S.A., por seu turno, é uma empresa brasileira de médio porte, que vem, há tempos, lutando com dificuldades para se firmar no mercado, dadas as dificuldades decorrentes da abertura do mercado nacional, os altíssimos impostos e encargos que oneram sua produção e, sobretudo, a dura concorrência travada com as gigantes estrangeiras. Ao tempo dos fatos objeto deste parecer, a empresa padecia (como padece ainda), de alguns vícios de estrutura, como o de não possuir um departamento jurídico interno que pudesse atender às crescentes demandas advindas das complexas relações comerciais mantidas nas sociedades contemporâneas.

Na *análise e diagnóstico dos passivos tributários*, documento de f., integrante do processo civil de autos n., em trâmite pela __ Vara Cível da Capital, verifi-

37. PÉREZ DEL VALLE, Carlos. "La prueba del dolo en la estafa: comentario a la STS 393/1996, de 8 de mayo". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo I, jan.-abr. 1996, t. XLIX, p. 826.

ca-se a crítica segundo a qual: "Não existe um departamento jurídico na empresa que possa manter o controle dos processos judiciais em andamento. Esse trabalho é efetuado pelos assessores legais da sociedade. Em outras palavras, não há pessoal dentro da sociedade que possa interagir com os assessores legais, criticar e filtrar informações e reportá-las para os acionistas para que os mesmos possam tomar decisão" (f.).

Nos tempos que correm, cada vez mais a informação e o conhecimento são especializados. Conforme já tivemos oportunidade de mencionar, esse fenômeno é universal, tendo se acentuado, progressivamente, desde a Revolução Industrial e o Iluminismo. Mais recentemente, esse processo se acelerou com ainda maior agudez, devido ao fenômeno da "globalização".

Em nosso País, além de tudo isso, temos um ingrediente único: uma retrógrada versão da mais tradicional burocracia, que enseja e sustenta a existência de uma complexa e entrelaçada rede de normas, tornando inacessível ao leigo, pessoa comum, e mesmo àqueles que possuem um largo cabedal de conhecimentos empresariais, o discernimento sobre tópicos tão específicos de normas tributárias e financeiras. Não é por outras razões que as empresas se fazem circundar de assessores fiscais, contabilistas, estudiosos das ciências atuariais, conhecedores profundos dos direitos tributário, financeiro, comercial e constitucional. Esse corpo de profissionais (altamente especializados em seus específicos ramos de conhecimento) permite a realização de auditorias permanentes, visando à orientação adequada dos empresários para melhor buscarem – dentro da estrita legalidade – caminhos sustentáveis e consistentes de elisão fiscal.

Não é possível a ninguém, nem mesmo ao mais dedicado dos empresários, saber qual o caminho tecnicamente mais adequado a fazer trilhar uma empresa, sem o auxílio de profundos conhecedores dos meandros das legislações tributária e fiscal. Eis o que, indubitavelmente, as antecessoras da empresa vítima buscavam ao contratarem os serviços da O.N. Advogados Associados S.C. Uma relação de absoluta confiança se estabeleceu no momento dessa

contratação. Supunham as contratantes que os advogados contratados fossem colocar acima de qualquer coisa os interesses comerciais da empresa que buscava a assistência profissional.

Não poderiam imaginar, como de fato não imaginaram, que pudessem ser vítimas de manobras praticadas por profissionais da advocacia, consistentes na adoção de medidas absolutamente temerárias para a postergação e/ou o não pagamento de débitos fiscais, algumas das quais sem qualquer amparo legal. Assim, a empresa vítima que pretendia uma assessoria para otimizar recursos e buscar melhores caminhos, que propiciassem a obtenção de uma maior liquidez no concorrido mercado de nosso país, acabou por receber orientações que atendiam, precipuamente, aos interesses econômicos relativos a honorários advocatícios, vendo-se, ao final, lesada em seus objetivos iniciais pelas distorcidas orientações que recebeu.

A H.C. S.A., dessa forma, acabou por ser induzida a uma verdadeira armadilha legal, experimentando prejuízos contratuais, quando, em verdade, buscava uma vantagem licitamente prometida. Reproduzimos, aqui, novamente, a elucidativa lição de Nélson Hungria, para reafirmarmos que a utilização do contrato pode ser o instrumento utilizado para a realização de um ilícito de natureza penal – e não exclusivamente civil (a ação civil em curso pela 13.ª Vara Cível da Capital tem por objetivo, em última instância, ver dirimido o ilícito civil): "A fraude só é punível quando a espoliação ou o proveito se realizam em qualquer outro ato ou fato, ou quando o negócio jurídico faz o papel de simples meio ou instrumento de execução, como qualquer outro artifício, ardil ou insídia, e não o fim a que se dirija realmente a ação criminosa. Assim, se o negócio é o escopo a que se dirige e no qual se realiza a fraude, esta fica na órbita do direito civil; mas, se serve de mero instrumento e meio ao ato ou fato, inteiramente distinto, da espoliação ou do injusto proveito, transcende os confins do direito civil e entra na esfera do direito penal". Os contratos firmados deveriam visar ao atendimento de interesses da H.C. S.A. Entretanto, foram instrumentos de execução, como qualquer outro artifício ou ardil, de conduta ilícita para a obtenção da vantagem em benefício dos advogados contratados.

Pondere-se, outrossim, que uma empresa carente de um corpo jurídico fixo dificilmente poderia aquilatar, inicialmente, se os advogados que contratara procediam de maneira legal ou não. Vale dizer, a diferença de conhecimento, a distância dos saberes, a falta de capacidade da empresa para filtrar os procedimentos sugeridos por aquela associação de advogados, de aparência absolutamente respeitável, especialmente em uma área em que os conhecimentos são extremamente particularizados e especializados, fez com que a empresa H.C. S.A., durante alguns anos, quedasse inerte quanto a alguns dos procedimentos administrativos e até mesmo judiciais que lhe eram sugeridos. Assim foi que a empresa acabou por se enredar em uma trama perversa: compensava créditos sem amparo em lei, pagando por essa suposta vantagem; ao questionar tais compensações, recebia orientação para continuar a apropriar e compensar créditos expressamente vedados na legislação tributária. Note-se, ainda, como noticiado na ação cível, que a O.N. Advogados Associados S.C. tem contra si, somente no foro de São Paulo, 82 (oitenta e duas) ações cíveis, decorrentes de contratos rompidos e que, à semelhança do caso em comento, foram lesivos a empresas de diferentes portes, induzindo-as a acreditar que obteriam vantagens lícitas com os seus sugeridos procedimentos temerários, quando não *contra legem*. E ao ser a sociedade de advogados instada a se manifestar sobre a dúvida que então pairava no horizonte da empresa H.C. S.A., afirmou, taxativamente, que o risco de prejuízo da continuidade dos procedimentos, como inicialmente sugerido, era "mínimo". Aconselhou-a, pois, a continuar fazendo os procedimentos esdrúxulos que inicialmente havia aconselhado, o que acabou por causar-lhe ainda mais prejuízos.

Dessa forma, entendo que o conjunto das ações praticadas pelos advogados pertencentes a O.N. Advogados S.C. *subsumem-se à figura típica prevista no art. 171 do CP brasileiro.*

Houve a *fraude penal*, consubstanciada nos procedimentos contrários à lei, aconselhados durante a vigência contratual, que conduziram a empresa H.C. S.A. a *prejuízos* vultosos.

A empresa foi *induzida* a *erro*, falsa compreensão da realidade, posto não ser possível, ao tempo da pactuação contratual – especialmente porque não possuía um Departamento Jurídico interno – supor que alguns dos procedimentos sugeridos não tinham qualquer embasamento jurídico-legal.

Os *riscos* desnecessários que a empresa correu eram sabidos pelos advogados, por conhecerem perfeitamente as determinações legais e as orientações dos Tribunais Superiores, algo que seria perfeitamente compatível com uma associação advocatícia com tal porte e estrutura, e eram *anteriores* ao aconselhamento efetivado.

A empresa foi *mantida* em erro, pois quando indagou de seus advogados sobre as dúvidas existentes quanto aos procedimentos adotados, eles insistiram naqueles aconselhamentos.

Tais aconselhamentos produziram, no âmbito da contratação do escritório de advocacia, *prejuízo* à empresa, decorrente de compensações indevidas e procedimentos contábeis contrários à lei, só identificáveis *a posteriori* pelas vítimas.

Os procedimentos revestiram-se de *artifício* e *ardil*. A fraude consubstanciou-se, pois foi criada uma situação em que se alterava a verdade dos fatos, astuciosamente, ainda produzindo-se uma cilada, um estratagema, para a empresa, que necessariamente deveria crer na verdade de um escritório de advocacia de grande porte na cidade. Pondere-se que a função do advogado, segundo diretiva constitucional, é essencial à realização da Justiça e esta deve se realizar com o sentido ético que se demanda aos causídicos, por terem eles um especial compromisso com a verdade.

Enfim, em face de tudo o quanto acima se disse, entendo ter havido *estelionato* nas modalidades de *induzir* e de *manter* a vítima em *erro*, causando-lhe substancial *prejuízo* mediante *artifício* e *ardil*, produzindo *vantagem ilícita* para os advogados contratantes.

É o meu parecer, que submeto às doutas considerações de V. Sa.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2004.