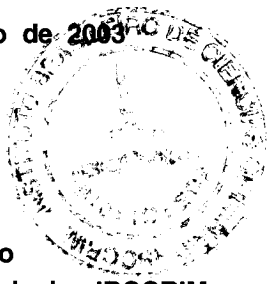
ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

45

Ano 11 • outubro-dezembro de 2003



Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Trimestral • Ano 11 • n. 45 • outubro-dezembro de 2003

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

© *Edição e distribuição da*

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: www.rt.com.br
e-mail: editorial.revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-702-2433
(ligação gratuita de segunda a sexta-feira das 8 às 17 horas)

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

Diagramação eletrônica e revisão: Oficina das Letras Apoio Editorial S/C Ltda.
CNPJ 03.391.911/0001-85
Impressão e acabamento: Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0001-52

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Depois de mais de dez anos de construção científica de um direito penal mais justo e democrático, a Revista Brasileira de Ciências Criminais vive uma fase de reformulação gráfica.

O resultado do aprofundado estudo desenvolvido já poderá ser visto em seu próximo número. A Revista contará com nova capa e nova diagramação interna, de modo a tornar sua leitura, sempre muito enriquecedora, mais agradável.

Nessa etapa de renovação, que acompanha a modernização de todo o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, é de grande importância a contribuição de novos colaboradores.

Reforçamos, assim, que a Revista continua sendo um veículo aberto para todos aqueles que desejem expressar suas idéias e opiniões.

A Diretoria

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 46 • janeiro-março • 2004

• La "línea maginot" en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el principe
Álvaro P. Pires

• A culpabilidade e sua exclusão no direito penal
Claus Roxin

• Obrigatoriedade do trabalho prisional, regime semi-aberto e trabalho externo em face da inexistência de colônia penal
João José Leal

• Sobre a "janela quebrada" e alguns outros contos sobre segurança vindos da América
Loïc Wacquant

• O Ministério Público e a investigação criminal
Luís Guilherme Vieira

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 7

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 Olvidando los delitos y las penas – Una interpretación de la filosofía penal de Alessandro Baratta – ANA MESSUTI 9

1.2 El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos: una visión de la realidad mexicana y de sus desafíos – CÉSAR BARROS LEAL 31

1.3 La violencia, el orden social y el control social penal – JUAN S. PEGORARO 46

1.4 Os recursos em processo penal: relevância e determinação tendo em vista a ordem jurídica constitucional e processual penal em Portugal – LUCIANA RODRIGUES KREMPEL 59

1.5 Derecho penal, ética y fidelidad al derecho: estudio sobre las relaciones entre derecho y moral en el funcionalismo sistémico de Günther Jakobs – LUIS MIGUEL REYNA ALFARO 96

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 Celeridade do processo, indisponibilidade da liberdade no processo penal e prescrição retroativa – GEÓRGIA BAJER FERNANDES DE FREITAS PORFIRIO 115

2.2 Lineamentos sobre a teoria da prevenção geral da pena – HIDEMBERG ALVES DA FROTA 134

2.3 Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal – MARCELO RODRIGUES DA SILVA 159

2.4 Da estrutura morfossintática dos tipos penais – TÚLIO LIMA VIANNA 186

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 Suspensão do processo e da prescrição no âmbito penal diante do parcelamento de débitos tributários e contribuições sociais – ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO 203

3.2 Algumas notas sobre a lavagem de ativos – JANICE AGOSTINHO BARRETO ASCARI 215

3.3 Responsabilidade penal das pessoas jurídicas – RAFAEL MAFEI RABELO QUEIROZ 224

4. CRIMINOLOGIA

4.1 Estudo médico-legal da morte violenta de menores na região de Guarulhos-SP – LUIZ AIRTON SAAVEDRA DE PAIVA 245

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1 Inquérito policial e o Ato Normativo 314 – PGJ/CPJ – ORLANDO MIRANDA FERREIRA 257

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.1 Modernidade, intolerância e resistência – ANNIE DYMETMAN 269

7. HISTÓRIA DO DIREITO

7.1 Um capítulo esquecido na história da criminologia no Brasil: Paulo Egídio e a sociologia criminal em São Paulo – MARCOS CÉSAR ALVAREZ 283

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1 Jurisprudência Comentada

8.1.1 Deficiência de defesa. Atuação do defensor que prejudicou o acusado no Júri. Apelação da defesa sem razões recursais. Júri anulado – Algumas considerações sobre a ampla defesa – ALEXANDRA SZAFIR 293

8.1.2 O Supremo Tribunal, o *habeas corpus* e o exercício da advocacia ou: a sulcagem da terra e a colheita dos frutos – EDUARDO PIZARRO CARNELÓS 307

8.2 Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 315

9. RESENHAS

9.1 BAYLEY, David H. *Padrões de policiamento*. São Paulo: Edusp, 2001 – Resenha por: ERIN MAMI SUZUKI 339

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 344

COLABORADORES

ALEXANDRA SZAFIR
Advogada.

ANA MESSUTI
Advogada pela Universidade de Buenos Aires, Argentina. Especialista em Filosofia do Direito pela Universidade de Roma, Itália. Funcionária das Nações Unidas em Viena. Professora colaboradora do Instituto Vasco de Criminologia.

ANNIE DYMETMAN
Mestre em Sociologia e Teoria Sociológica pela Universidade de Haifa, Israel. Doutora em Sociologia Política pela Universidade de São Paulo. Professora de Sociologia da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu.

CÉSAR BARROS LEAL
Procurador do Estado do Ceará. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério de Justiça do Brasil, da Academia Brasileira de Direito Criminal e da Sociedade Americana de Criminologia. Ex-Conselheiro Científico do ILANUD. Vice-presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia.

EDUARDO PIZARRO CARNELÓS
Advogado criminal. Coordenador consultivo da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB/SP. Membro da Comissão Nacional de Defesa das Prerrogativas da OAB e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa.

ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO
Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região.

ERIN MAMI SUZUKI
Bacharelanda em Ciências Sociais na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência no Programa Cepid – Centro Integrado de Pesquisa, Inovação e Difusão da Fapesp.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO
Advogado. Mestrando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.

GEÓRGIA BAJER FERNANDES DE FREITAS PORFIRIO
Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal.

HIDEMBERG ALVES DA FROTA
Bacharelando em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas.

JANICE AGOSTINHO BARRETO ASCARI
Procuradora Regional da República.

JUAN S. PEGORARO

Professor Titular de Sociologia do Sistema Penal da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, Argentina. Investigador do Instituto de Investigações Gino Germani da Universidad de Buenos Aires, Argentina. Director da *Revista de Ciencias Sociales*. Diretor do Programa de Estudos de Controle Social do Instituto Gino Germani.

LUCIANA RODRIGUES KREMPEL

Advogada. Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal e de Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

Advogado. Bacharel em Direito e Licenciatura na Universidade de San Martin de Porres, em Lima, Peru. Mestrando em Ciências Penais na Universidade Nacional Mayor de San Marcos, em Lima, Peru.

LUIZ AIRTON SAAVEDRA DE PAIVA

Médico legista Classe Especial da SSP-SP. Mestre em Medicina Legal pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Doutorando do Departamento de Patologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Professor Adjunto de Medicina Legal do curso de Direito da Universidade de Guarulhos.

MARCELO RODRIGUES DA SILVA

Pós-graduado *lato sensu* em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, do Centro de Estudos Penais e Criminológicos Instituto Manoel Pedro Pimentel, da Associação dos Advogados de São Paulo. Advogado criminalista.

MARCOS CÉSAR ALVAREZ

Doutor em Sociologia pela Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Estadual Paulista – Campus Marília. Pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo.

ORLANDO MIRANDA FERREIRA

Delegado de Polícia e Professor da Academia.

RAFAEL MAFEI RABELO QUEIROZ

Mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Advogado. Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.

TÚLIO LIMA VIANNA

Professor de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

OLVIDANDO LOS DELITOS Y LAS PENAS – Una interpretación de la filosofía penal de Alessandro Baratta

ANA MESSUTI

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Lenguaje – 3. Hermenéutica – 4. Sentido común – 5. Ideología – 6. Crítica – 7. Denuncia – 8. Desvelamiento – 9. El "mundo de la vida" – 10. Ironía-phronesis – Para concluir.

Resumen: En este trabajo se intenta analizar la dimensión filósofica de la criminología de Alessandro Baratta. Se profundizan ciertos aspectos de su obra que permiten una visión más trascendente de la misma. La intención es demostrar que lo que Baratta nos ha dejado es mucho más que una nueva teoría criminológica: es una reflexión sobre el delito y la pena que nos abre una perspectiva para ir liberándonos de las constricciones a las que estuvo sujeto y sigue sujeto el pensamiento penal.

Palabras-clave: Lenguaje – Hermenéutica – Sentido común – Ideología – Crítica – Phronesis – Denuncia.

1. Introducción

Extraño título para un artículo destinado a recordar. Quienes contribuimos a esta obra homenaje estamos recordando y ayudando a recordar, con nuestra contribución, a quien ha sido Alessandro Baratta.

Una de las formas de recordar a alguien es leer sus escritos, lo que en realidad es una forma de revivirlos, de darles vida en nuestro pensamiento. En toda lectura hay una elección previa a la lectura misma. Escogemos unos textos y no otros en busca del pensamiento del autor que sentimos más cercano, más afín. En este caso, en que nos hallamos ante un pensamiento muy variado y rico, los textos abren muchos caminos. He optado, y de esa opción personal es expresión el presente artículo, por aquel camino que me permitiría entretejer un diálogo entre Alessandro Baratta y otros autores, intentando señalar coincidencias que pusieran de manifiesto la dimensión filosófica del pensamiento de Baratta sobre el derecho penal. Pero también me he propuesto formular una interpretación (mi interpretación) de la criminología crítica de Baratta que articulara varias de sus propuestas en un enfoque hermenéutico del mundo penal.

Una de las preocupaciones de Baratta ha sido poner en relación el discurso penal con la filosofía del derecho. Y creo que de la conciencia de esta relación derivan muchas de sus consideraciones sobre el tema penal.

"El derecho penal es una filosofía". Con esta frase de Bettiol comienza su artículo "Filosofía y derecho penal". En ese texto Baratta recuerda: "Los primeros impulsos fundamentales a los cuales se debe la formación de la tradición del derecho penal, tal como ésta se consolidó en la escuela clásica sobre todo a través de la obra de Carrara, provinieron de filósofos como Beccaria, Filangieri y Romagnosi, o bien de juristas que partían de un riguroso planteamiento filosófico...".[1] Señala que en las etapas fundamentales del pensamiento penal italiano, a partir de la Ilustración, se observa un profundo vínculo entre la elaboración científica y la reflexión filosófica (desde Beccaria hasta la Escuela Positiva). La moderna ciencia del derecho penal nace como filosofía. En realidad la historia del pensamiento penal puede describirse como un proceso que va desde una filosofía del derecho penal hacia una fundamentación filosófica de la ciencia del derecho penal. Este proceso se expresa en el tránsito de una concepción filosófica hacia una concepción jurídica, pero fundada filosóficamente, del delito, la responsabilidad penal, la pena.

"Lo que es interesante notar es que dos diversas visiones del mundo, dos enfoques filosóficos diversos del derecho penal condujeron, cada uno de ellos en forma coherente con las premisas adoptadas, a consecuencias diversas en relación con el sistema dogmático de la ciencia penal."[2] Baratta hace notar la imposibilidad lógica de que se encontraran la Escuela Clásica, que procedía deductivamente de un universal, que es el delito, como ente jurídico, y la Escuela Positiva, que procedía inductivamente del ente individual que es el sujeto. No sólo existía una gran distancia entre las dos visiones del mundo en cuyas premisas se basaban, sino que ambas visiones se excluían recíprocamente.[3] Por una parte el racionalismo naturalista, por otra el naturalismo empírico, expresaban una alternativa filosófica respecto de la acción humana y, por consiguiente, del comportamiento delictivo, que se traducía en la alternativa entre indeterminismo y determinismo.

Recuerda Baratta el divorcio entre la filosofía y la ciencia del derecho penal, provocado por la misma imposibilidad de concluir el debate interminable entre las Escuelas, y la consiguiente separación entre aspectos "jurídicos" y "metajurídicos" de la ciencia del derecho penal. Indica que de este "divorcio" en realidad fue más culpable la filosofía, que no supo dar mucho a la ciencia del derecho

(1) A. Baratta. "Filosofia e Diritto penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 49-1/29, Milán: Giuffrè, 1972.

(2) Idem, ibidem, p. 39.

(3) M. Heidegger. *La época de la imagen del mundo,* en *Caminos de bosque*. Madrid: Alianza Editorial, 2001. p. 63 y ss.

penal, pero también atribuye parte de culpa a la ciencia, que no supo preguntar mucho a la filosofía, con la ilusión de resolver por sí sola, o mejor dicho de anular, las cuestiones filosóficas que la teoría del delito y de la pena planteaba.

Vale la pena reflexionar sobre esta atribución de las respectivas culpas. Si bien Baratta se refiere a una crisis que tuvo lugar durante el primer decenio del siglo XX (concretamente la filosofía a la que se refiere es el idealismo gentileano, recogido en el derecho penal a través de la obra de Ugo Spirito), la "culpabilización" de la filosofía en general y de la filosofía del derecho en particular por su desinterés frente a los problemas que plantea el sistema penal encuentra fundamentos concretos durante el resto de ese siglo y comienzos del actual. Esa indiferencia de la filosofía del derecho respecto a los problemas penales refleja la indiferencia de la filosofía frente al mal y al sufrimiento.[4] En ambos casos, filosofía y filosofía del derecho, es el temor a dejarse contaminar por los sentimientos y emociones que estos temas entrañan, y el temor a una presunta pérdida del rigor que exige el pensamiento, lo que ha enmudecido a la filosofía frente a esos temas. Y es esa misma pretensión de rigor científico lo que ha llevado a la doctrina penal a separarse de la filosofía, pero también de todo lo que consideraba "metajurídico".

2. Lenguaje

Señala Baratta en la utilización del término "jurídico" una "fundamental aporía". Se pregunta: "¿cómo puede servir para algo sin que previamente se haya aclarado críticamente y, por lo tanto, filosóficamente su significado?".[5] Es decir, considera que no basta la aclaración del significado de un término para poder utilizarlo, sino que esa aclaración ha de manifestar una actitud crítica.

Podríamos decir que en esta frase expresa dos premisas en las que se apoya su reflexión: la importancia que asigna al análisis del uso del lenguaje y la adopción de una actitud crítica.

El reconocimiento de la importancia que asigna al lenguaje se observa en la definición misma que da de la "criminología crítica" y en los propios términos utilizados en dicha definición: "La etiqueta "criminología crítica" se refiere a un campo muy vasto y no homogéneo de discursos que, en el campo del pensamiento criminológico y sociológico jurídico contemporáneo, tienen en

(4) En ese sentido L. Pareyson observa que cuando la humanidad estaba saliendo del abismo del mal y del sufrimiento en que se había precipitado durante la segunda guerra mundial, en la que se había tocado lo que califica de punto culminante de la maldad, precisamente en ese momento tuvieron gran éxito filosofías empeñadas en problemas técnicos de extrema abstracción y sutileza, como el positivismo lógico y la filosofía analítica, formas de pensamiento insensibles a la problemática del mal y del sufrimiento. *Ontologia della libertà*. Turín: Einaudi, 1995. p. 156.

(5) Op. cit., en la nota 1, p. 30.

común una característica que los distingue de la criminología "tradicional": la nueva forma de definir el objeto y los términos mismos de la cuestión criminal".[6] Es decir, es la nueva forma de "definir" lo que caracteriza un pensamiento que refleja una verdadera revolución copernicana en el pensamiento penal. En ese sentido, G. Vattimo, recordando a Nietzche, dice que en el contexto de su pensamiento la transformación revolucionaria de las relaciones sociales sólo puede ser eficaz si las estructuras de dominio son demolidas allí donde tienen sus raíces más resistentes, en la "gramática", es decir, en el corazón mismo de las categorías que ordenan nuestra experiencia elemental del mundo.[7] Todo lo humano debemos hacerlo pasar por el lenguaje.[8]

Gadamer recuerda la definición clásica propuesta por Aristóteles: el hombre es un ser vivo dotado de *logos*, que se ha mantenido bajo la fórmula: el hombre es un animal racional. Es decir, el hombre es el animal capaz de pensar. Gadamer recuerda a Aristóteles: "los animales tienen la posibilidad de entenderse entre sí mostrándose recíprocamente lo que les causa placer, para buscarlo, y lo que les produce dolor, para evitarlo. La naturaleza no les ha dado más. Sólo los seres humanos poseen, además, el *logos* que los capacita para informarse mutuamente sobre lo que es útil y lo que es dañino, y también lo que es justo y lo que es injusto".[9] Es el pensamiento expresado en el lenguaje el que nos indica lo que debemos y no debemos hacer. "La palabra *logos* no significa sólo pensamiento y lenguaje, sino también concepto y ley".[10] El análisis del discurso jurídico penal que propone Baratta con el "paradigma de la definición"[11] también trasciende el sentido corriente de "lenguaje" y se sitúa en el contexto de todo lo que denota la palabra *logos*. Las categorías configuradas en las definiciones son categorías normativas. Definen en la medida en que rigen. Pero para regir, definen. Reflejan una determinada forma de pensar el mundo, pero también recrean el mundo que piensan y definen.

Baratta adopta como punto de partida de una reflexión crítica sobre el sistema penal una reflexión crítica sobre el discurso penal. Cuando decimos una reflexión "crítica" sobre el discurso, queremos decir una toma de conciencia de la presencia e influencia del discurso. Porque, como señala Gadamer, corresponde al lenguaje "un auto-olvido esencial". Y: "Cuanto más vivo es un acto lingüístico es menos consciente de sí mismo".[12] Por ello, la reflexión sobre el

(6) A. Baratta. *Criminología Crítica y Crítica del derecho penal*, siglo veintiuno editores, México, 2001. p. 223.

(7) G. Vattimo. *Le avventure della differenza*. Milán: Garzanti, 1988. p. 6.

(8) H. G. Gadamer. *Verdad y método*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998. vol. II, p. 152.

(9) Idem, ibidem, p. 145.

(10) Idem, ibidem, p. 147.

(11) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, cap. VII, p. 83 y ss.

(12) Idem, ibidem, p. 149-150.

discurso penal no es una reflexión cuya necesidad se plantee naturalmente como un primer paso de un método de interpretación. Ha de ser introducida mediante una decisión deliberada como condición preliminar, porque normalmente se parte del lenguaje sin tomar conciencia de él. Ahora bien: "El pensamiento sobre el lenguaje queda siempre involucrado en el lenguaje mismo. Sólo podemos pensar dentro del lenguaje, y esta inserción de nuestro pensamiento en el lenguaje es el enigma más profundo que el lenguaje propone al pensamiento".[13]

No obstante, si no podemos pensar fuera del lenguaje, podemos pensar dentro del lenguaje común los lenguajes que corresponden a los distintos saberes. Es decir podemos pensar, sin renunciar al lenguaje, lo que haría imposible nuestro pensamiento, los lenguajes especializados desde un punto de vista externo a esos lenguajes. Uno de esos lenguajes es el discurso jurídico. Baratta propone un análisis del lenguaje que emplea el discurso jurídico. Su punto de partida no son los problemas a los que pretende responder y que plantea el sistema penal, sino el discurso mismo en el que se expresan esos problemas. Es una verdadera reflexión filosófica porque no da por supuesto nada. Ni siquiera la existencia de los problemas. No hay problemas, sino definiciones de problemas. O situaciones que son definidas como problemas. Por eso cuestiona la perspectiva de la criminología tradicional que intenta investigar las causas de fenómenos que no serían objeto de su investigación si la propia criminología no los hubiese definido como merecedores de su atención. "Una investigación de las causas no es procedente respecto de objetos definidos por normas, convenciones o evaluaciones sociales e institucionales".[14] Dice que si se aplica a objetos de ese tipo un conocimiento causal-naturalista (propio de la ciencia, cabe agregar) se produce una "reificación" de los resultados de las definiciones. Es decir, olvidamos las definiciones como verdaderas "causas" de la presencia de los objetos en nuestro pensamiento, y damos a éstos una existencia independiente. Afirma: "La "criminalidad", "los criminales" son sin duda alguna objetos de este tipo: "resultan impensables sin la intervención de procesos institucionales y sociales de definición, sin la aplicación de la ley penal por parte de instancias oficiales..."[15] En el marco de esos procesos de definición, denuncia la formación de un verdadero círculo vicioso: se define el derecho penal como un instrumento que tutela los intereses vitales y fundamentales de las personas y de la sociedad pero, al mismo tiempo, se definen como vitales y fundamentales los intereses que son tomados en cuenta por el derecho penal.[16] Es nuestra lectura de los comportamientos lo que los "hace" o no "desviados". Es nuestra interpretación la que decide.

(13) Idem, ibidem.

(14) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 224.

(15) Idem, ibidem.

(16) A. Baratta. "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica". *Pena y Estado* 1/42, 1991; publicado también en la *RBCCrim* 5/5, ano 2, São Paulo, 1994.

3. Hermenéutica

Encontramos en Baratta una coincidencia con la filosofía hermenéutica del derecho, cuando se pregunta por la relación entre la norma y la situación concreta. En ese sentido, recordamos que "(e)l punto de partida del modelo hermenéutico está constituido por la relación entre norma y caso vital, entendida como la recíproca y progresiva puesta en correspondencia (...) de los dos elementos, norma y caso, que originariamente pertenecen a los dos planos diversos, del deber ser y del ser".[17] Baratta describe esta "progresiva puesta en correspondencia" cuando dice: "Cada enunciado prescriptivo deja al intérprete un campo más o menos amplio de incertidumbre respecto de su significado. Este campo se colma a través de procedimientos interpretativos y de los varios tipos de discurso sobre el significado de las normas, en los cuales esos procedimientos se pueden reagrupar".[18] Y explica que hablar del significado de una norma "es hablar en términos abstractos, porque el significado de un enunciado, al margen del pensamiento de su autor y de sus intérpretes, es una abstracción. De hecho, fuera del proceso concreto de la comunicación (en el que se coloca el nivel pragmático del discurso) los enunciados no tienen e*ste* o *aquel* significado determinado, sino una *posibilidad* de significar...".[19]

Se podría trazar un paralelo entre esta "posibilidad de significar" y lo que G. Zaccaria llama "carga de potencialidad" del fenómeno jurídico. "La hermenéutica jurídica focaliza su atención no en el derecho entendido como dato que ha de interpretarse, sino en el derecho que ha de descubrirse y reformularse

(17) F. Viola, G. Sacaría. *Diritto e interpretazione, Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma-Bari: Editori Laterza, 1999, p. 186. Para una perspectiva hermenéutica de la filosofía del derecho, véase también: G. Zaccaria. *L'arte dell'interpretazione – Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Padua: Cedam, 1990; G. Sacaría. *Questioni d'interpretazione*. Padua: Cedam, 1996; *Ermeneutica e filosofia analitica, due concezione del diritto a confronto,* a cura di Mario Jori, Turín: G. Giappichelli Editore, 1994; A. Osuna Fernández Largo. *Hermenéutica jurídica: En torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Universidad de Valladolid, 1992, p. 101; *Il problema della fedeltà ermeneutica,* a cura di V. Mathieu y L. Paoletti, Roma: Armando Editore, 1996; *Diritto giustizia e interpretazione*, Annuario Filosofico Europeo, a cura di Jacques Derrida e Gianni Vattimo, Bari: Laterza, 1998; y de Paul Ricoeur. *Le Juste (*1995) y *Le Juste 2* (2001), ambos en París: Ediciones Esprit.

(18) A. Baratta. "A proposito di 'essere' e 'dover essere' nella scienza giuridica. Osservazione sul carattere prescrittivo e sulla controllabilità dei discorsi dei giuristi". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 44-3/485, Milán: Giuffré, 1967. En este texto hace una clasificación de las normas jurídicas en normas objeto y normas resultado. Las primeras serían los enunciados prescriptivos que son objeto de los procedimientos de interpretación (que comprenden definiciones, clasificaciones, inducciones etc.); las segundas son los enunciados resultantes del procedimiento de interpretación. Explica que se trata de dos normas distintas pero vinculadas hermenéuticamente, p. 486 y ss.

(19) Idem, ibidem.

en cada caso".[20] Esta referencia a una interpretación que se formula en cada caso, especialmente esta referencia a cada caso, supone la apertura a la posibilidad de significados diversos. Se rompe así la dicotomía entre ser y deber ser, establecida precisamente para combatir la incertidumbre que conlleva la posibilidad, y se reconoce la influencia de la posibilidad en el significado mismo de la norma. Es decir, la norma no tiene un significado único sino varios significados posibles. Estos significados no obedecen al capricho del intérprete sino a la variabilidad y contingencia de las situaciones de hecho a las que la norma se aplica.

Es un principio básico de la hermenéutica jurídica el reconocimiento de que la norma abstracta tiene una estructura necesariamente incompleta, que se completa en el proceso de decisión del caso al que es aplicada. Baratta también señala que "cada aplicación se traduce en una más o menos sensible precisión o transformación del significado de la norma".[21] Dice que si admitimos que los casos concretos no son nunca idénticos entre sí y que los elementos de una clase, en cuanto resultado de una abstracción, jamás son idénticos a los hechos concretos asimilados a la clase, se comprenderá que este continuo proceso de asimilación de los hechos concretos a modelos abstractos se traduce continuamente en una modificación del significado de la norma.

En ese sentido la relación no tiene sólo una dirección sino dos direcciones: norma –caso concreto, caso concreto– norma. La norma cuyo sentido incompleto se completa cuando se la pone en relación con el caso concreto también atribuye sentido a los elementos del caso concreto. En realidad no hay caso concreto sin norma que lo defina. "Desde el momento en que la norma no se presenta al margen del procedimiento concreto de interpretación, y que las circunstancias de hecho pueden ser determinadas sólo con respecto a los enunciados jurídicos, se establece un círculo hermenéutico entre comprensión de las normas y comprensión de las circunstancias de hecho...".[22] Baratta se remite a Hassemer diciendo que la imagen más clara para describir la relación entre interpretación y aplicación es la de la espiral ascendente. Esta imagen –dice– refleja el elevarse y el precisarse del significado de la norma, la cual "mientras atribuye connotaciones a los hechos que subsume, se enriquece de las connotaciones de estos hechos".[23]

Sin embargo, desde una perspectiva hermenéutica, la aplicación adquiere un sentido mucho más amplio que la mera relación: norma – caso concreto.

Desde esa perspectiva, "toda comprensión es interpretación y toda interpretación es aplicación".[24] Y encontramos que Baratta dice también que "el

(20) G. Sacaría. "Dimensioni dell'ermeneutica e interpretazione giuridica". *Il problema della fedeltà hermeneutica*. Roma: Armando Editore, 1998. p. 147.

(21) A. Baratta, op. cit., en la nota 18, p. 501.

(22) F. Viola, G. Zaccaria, op. cit., en la nota 17, p. 187.

(23) A. Baratta, op. cit., en la nota 18, p. 501.

(24) F. Viola. "Critica della ermeneutica alla filosofia italiana del diritto". *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*. Turín: G. Giappichelli

nexo entre interpretación y aplicación es tan estrecho que solamente una abstracción metodológica nos permite separar los dos procedimientos".[25] En efecto, cuando describe el proceso de definición y "etiquetamiento" (*labelling*) muestra un claro ejemplo de la coincidencia entre interpretación y aplicación. La realidad queda configurada según la aplicación a esa realidad de la interpretación-comprensión. Y la aplicación a esa realidad de determinados conceptos presupone determinada interpretación-comprensión de esa realidad, que luego será objeto de interpretación en función de esos conceptos.

El definir es comprender interpretando de determinada manera y aplicando determinados conceptos escogidos a la realidad que nos interesa. El proceso de definición se desarrolla separando y reagrupando los fenómenos de la vida social según determinada interpretación. Fenómenos que en la vida social no se presentan agrupados ni separados en modo alguno. O bien, que podrían ser agrupados y separados de otra forma si se aplicara otra interpretación. Baratta señala que las situaciones administradas por el sistema de justicia penal constituyen un universo de eventos heterogéneos y con límites móviles: "... el sistema penal puede ser interpretado sociológicamente como un aglomerado arbitrario de objetos heterogéneos (comportamientos punibles) que no tienen otro elemento en común más que el de estar sujetos a la respuesta punitiva".[26] A pesar de lo cual, el sistema penal realiza una operación de "homogeneización" que le permite dar la misma respuesta a una serie de situaciones distintas.

Y se pregunta: "¿Qué tienen en común, más allá del hecho de estar sujetos a una respuesta punitiva, 'delitos' tan diferentes entre sí como, por ejemplo, el aborto, el funcionamiento ilegal de las instituciones del Estado, la injuria entre particulares y la gran criminalidad organizada, los pequeños hurtos y las grandes infracciones ecológicas, las calumnias y los atentados contra la salud en el trabajo industrial?". "¿Cómo se puede aceptar la pretensión de un sistema, como lo es el penal, de responder con los mismos instrumentos y los mismos procedimientos a conflictos de tan vasta heterogeneidad?".[27]

También en otro texto formula una pregunta similar: "¿Cómo es posible considerar como homogéneas formas de la criminalidad 'tradicional', como por ejemplo las lesiones contra el patrimonio, la integridad física y el honor de una

Editore, 1996. p. 102. Aclara que la aplicación no tiene lugar solamente cuando nos encontramos frente al caso concreto que se ha de regular, sino siempre que debemos adaptar un discurso hecho a un discurso por hacer, es decir, cuando se deben superar las diferencias de contexto. No adopta una posición de dominio, externa al lenguaje, porque el sentido y el significado pertenecen al lenguaje mismo. Hay que sustituir la teoría de los niveles del lenguaje por la de los contextos de aplicación, p. 103 y ss.

(25) A. Baratta, op. cit., en la nota 18, p. 501.

(26) A. Baratta. *Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*. Doctrina penal, Buenos Aires, 1987. p. 623-650.

(27) Idem, ibidem.

persona, por una parte, y, por la otra, las fenomenologías de la 'nueva criminalidad' propia de una sociedad post-industrial, como los delitos ecológicos, la corrupción administrativa, los riesgos tecnológicos, el tráfico de estupefacientes, la inseguridad del transporte urbano o la transmisión del Sida?".[28] Y explica que su único denominador común es el de haber sido previstas en un determinado momento histórico y en una sociedad determinada como objetos de intervención del sistema penal. Denomina esto "universalidad del fenómeno criminal", y dice que la "universalidad del contenido" de la criminalidad presupone la homogeneidad de los valores y de los intereses ofendidos por la criminalidad.[29]

No obstante, también se da un proceso de heterogeneización, porque se han establecido definiciones "separando fragmentos de clases de fenómenos sociales homogéneos, reagrupables en función de la misma negatividad social, es decir del ataque a los mismos bienes o intereses de importancia social".[30] Se trata de una "heterogeneización" que es también reductora: "El sistema penal, utilizando las nociones de criminalidad y de pena como puntos naturales de referencia, tiende a reducir en forma fragmentaria y artificial la identificación de las zonas de negatividad social y de necesidades individuales y comunitarias que pueden justificar o postular una intervención institucional".[31] Tal reducción supone un privilegiar algunos tipos de situaciones socialmente negativas dentro de una esfera homogénea y aplicarles la etiqueta de criminalidad.

4. Sentido común

"Este privilegiamiento" –aclara– "tiene un importante efecto ideológico, el de alejar de la conciencia común todas las demás situaciones que entrarían en la misma esfera de negatividad social".[32] Y da el ejemplo del carácter selectivo que tiene el concepto de violencia del sentido común. Sólo una parte relativamente pequeña de la violencia queda comprendida en la definición corriente de violencia criminal. Fuera de ella queda la mayor parte de las violencias ejercidas por los hombres con respecto a sus semejantes, así como las ejercidas por el sistema social (tanto en forma de acción cuanto de omisión) con respecto a los individuos que lo integran. Tras dar varios ejemplos dice: "Pensemos en las condiciones de

(28) A. Baratta. "La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales". *RBCCrim* 29, São Paulo: RT, 2000. p. 35, nota 28.

(29) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 121.

(30) Idem, ibidem, p. 224.

(31) Idem, ibidem, p. 236.

(32) A. Baratta. "Problemi sociali e percezione della criminalitá". *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense, IV, Criminologia e societá*. Milán: Giuffrè, 1987. p. 265.

subalimentación en las que se encuentra una gran parte de la población mundial, sobre todo por la lógica distorsionada de la economía planetaria. Si pensamos en todo esto nos damos cuenta de que la "violencia criminal" no es más que una parte microscópica de este universo de violencia en el que viven los hombres".[33]

Baratta denuncia la función de fortalecimiento del sistema penal que cumple el sentido común. Dice que "no sólo el pensamiento jurídico se presenta, por cuanto concierne a las categorías con las cuales opera, como estrictamente ligado al sentido común, sino que el sistema jurídico como tal funciona de modo que entre los procesos de definición formal y los procesos de definición y de reacción informal no se da verdaderamente una solución de continuidad".[34] El sentido común, afirma, no hace sino reflejar la concepción tradicional de la criminalidad. Y podríamos agregar que no hace nada más (ni nada menos) que servir de eco a lo estatuido, de forma tal que le da la resonancia de una sabiduría ancestral, como el coro de la tragedia griega. L. Pareyson observa: "Por un lado, como sentido adecuado, es decir, como facultad de juzgar rectamente, desearía identificarse con la misma universalidad de la razón; pero por otro lado, como patrimonio común de ideas, de juicios, de creencias, no puede no identificarse con la conciencia colectiva de un grupo o de un período históricamente determinado".[35] Agrega que su naturaleza desequilibrada se debe a esta duplicidad entre lo universal y lo histórico. El sentido común, en su inmediatez, no hace preguntas. En ese aspecto se diferencia del pensamiento filosófico, que consiste en un constante e infatigable preguntar. Gracias a esta aceptación sin preguntas la imagen del mundo creada por el derecho no es cuestionada. La pena y el sufrimiento que provoca se aceptan como un dato natural, como un mal inevitable, pero que se considera un bien en la medida en que garantiza cierta seguridad.

En esta búsqueda de seguridad Baratta encuentra una de las bases de la construcción dogmática del edificio penal. Observa que "en el contexto de la política criminal, el sustantivo "seguridad" lo encontramos muy frecuentemente acompañado de un adjetivo: seguridad *nacional, pública, urbana.* La seguridad asume siempre, en este uso, connotaciones colectivas: no se trata propiamente de la seguridad de los derechos de las personas, independientemente del grupo social al que pertenezcan, sino de la seguridad de la nación, de la comunidad estatal, de la ciudad".[36] Y más adelante agrega: "el adjetivo 'estrangula' al sustantivo (...). Decir que un Estado, una comunidad o una ciudad son seguras, es usar una expresión genérica que podría designar la situación de todas las personas en el interior de aquel espacio. Pero, en el estado actual de las cosas, tal uso de los términos genéricos tiene un carácter puramente ideológico. Ello se deriva de un modo de pensar selectivo, largamente representado en la opinión

(33) Idem, ibidem, p. 266.

(34) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 98.

(35) L. Pareyson. *Verità e interpretazione*, Biblioteca di filosofia di Mursia, Milán, 1971. p. 214.

(36) Op. cit., en la nota 28, p. 29 y ss.

pública, así como en el discurso jurídico (...). El resultado es que la mayor parte de los titulares de derechos y la mayor parte de los territorios de riesgo son excluidos de *la economía de la seguridad*".[37] Y aclara que en realidad el espacio al que se refiere la seguridad pública es un espacio determinado, seleccionado según criterios que revelan la ideología dominante. Esa ideología revela a su vez el vínculo entre el sentido común, expresado en la opinión pública, y el discurso del sistema penal, expresado en las normas. "Las definiciones oficiales y aquellas del sentido común se pueden considerar como el resultado de una comunicación *ideológica*, entendida como una comunicación funcional para la reproducción de las relaciones de poder existentes".[38]

5. Ideología

Baratta dice: "Nosotros no consideraremos la imagen ideal que el sistema propone de sí mismo únicamente como un *error* de parte de los operadores y del público, sino que le atribuiremos el estatus de una *ideología*".[39]

Y confirma el carácter intrínsecamente ideológico que atribuye al derecho cuando dice: "El elemento ideológico no es contingente sino inherente a la estructura y a la forma de funcionamiento del sistema penal, así como éste, en general, es inherente a la estructura y al funcionamiento del derecho abstracto moderno".[40] Sin pretender detenernos en la historia del concepto de ideología, cabe recordar que desde su nacimiento, a fines del siglo XVIII, fue perdiendo su connotación inicial de "conocimiento de la formación de las ideas a partir de las cuatro facultades elementales del pensamiento: sensibilidad, memoria, juicio, voluntad".[41] M. Horkheimer dice que la historia de la palabra "ha dejado una huella en el sentido de que no evoca una realidad espiritual independiente, autónoma, sino una forma espiritual que depende de algo que no es espiritual, de la materia".[42]

L. Pareyson indica que a lo largo de las diversas acepciones que ha recibido el término "ideología" en su relativamente breve historia han prevalecido dos características que pueden atribuirse al pensamiento ideológico: su historicidad

(37) Ibidem, p. 31. Hace referencia a la situación de riesgo en la que se encuentran mujeres y niños en el espacio doméstico, la privación de derechos económicos y sociales de la cual son víctimas sujetos pertenecientes a grupos marginales considerados precisamente como "peligrosos" para el concepto de seguridad de la opinión pública y del sistema penal. Incluso la juventud es considerada un factor de riesgo.

(38) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 235. Incluso habla del estereotipo de la "criminalidad del sentido común". Op. cit., en la nota 28, p. 31.

(39) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 228.

(40) Idem, ibidem, p. 229.

(41) Enciclopedia Garzanti di Filosofia, 1995.

(42) M. Horkheimer. *Studi di filosofia della società, ideologia e potree*. Turín: Einaudi, 1981. p. 58.

y su pragmaticidad.[43] Este autor considera que son características propias de lo que llama "pensamiento expresivo", que contrapone al "pensamiento reflexivo". ¿Qué entiende por pensamiento expresivo? Un pensamiento que se limita a expresar su propia época, que es a la vez el retrato y el instrumento de su época. Son "filosofías" por un lado inseparablemente conexas a la situación histórica de la que nacen y en la que viven (historicidad) y por otro lado deseosas de potencia, es decir, de eficacia en el mundo histórico (pragmaticidad).[44] Se puede encontrar una coincidencia con Baratta en su consideración del derecho penal como ideología. En cuanto a la conexión con la situación histórica, la característica que Pareyson denomina historicidad, Baratta dice: "El derecho contribuye a asegurar, reproducir y aun legitimar (...) las relaciones de desigualdad que caracterizan a nuestra sociedad...".[45] En cuanto al deseo de eficacia en el mundo histórico, la característica que Pareyson denomina "pragmaticidad", Baratta dice: "no sólo las normas del derecho penal se forman y aplican selectivamente, reflejando las relaciones de desigualdad existentes, sino que el derecho penal ejerce también una función activa, de reproducción y de producción, respecto a las relaciones de desigualdad".[46] Para Pareyson el pensamiento técnico es pensamiento sólo en apariencia, porque su aparato conceptual no tiene otro valor fuera del expresivo e instrumental –histórico y técnico–; por lo tanto, no conoce ni revela nada, sino que solamente expresa situaciones temporales y sólo sirve como instrumento.[47] Este carácter instrumental, meramente técnico, del pensamiento ideológico le impide avanzar más allá de su contexto histórico, de los límites que le impone la ideología que sustenta. El aspecto instrumental y técnico del pensamiento ideológico se refleja en lo que Baratta denomina "razón tecnológica", a la que contrapone la "razón crítica". Dice: "La razón tecnológica encuentra un límite natural en cuanto a su forma de poder concurrir a la resolución de contradicciones del sistema; considerando como irracional la contradicción entre los efectos deseados y no deseados del sistema, ella no se encuentra en posición sino de estudiar los últimos desde el punto de vista de los primeros y permanece por ello en el interior de la ideología penal".[48] Es decir, es incapaz de ofrecer alternativas, soluciones que salgan de los márgenes establecidos por la realidad encuadrada y recreada ideológicamente.

6. Crítica

Fiel a su propuesta de adopción de un punto de vista externo, que permita salir del círculo vicioso en el que gira el sistema penal tradicional, Baratta pos-

(43) L. Pareyson, op. cit., en la nota 35, p. 93.

(44) Idem, ibidem, p. 94.

(45) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 229.

(46) Idem, ibidem, p. 173.

(47) L. Pareyson, op. cit., en la nota 35, p. 129.

(48) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 229.

tula, como alternativa a la razón tecnológica, la razón crítica. Ésta asume como objeto de estudio la ideología jurídica, y ofrece una perspectiva desde el exterior del mundo penal.[49] ¿Qué significa crítica? "Del griego *kritiké téchne* (arte del juzgar)",[50] indica un examen que no se limita a aceptar los datos transmitidos, sino que se propone verificar racionalmente su credibilidad. En el primer prefacio a la Crítica de la razón pura, Kant dice que el juicio maduro de la edad moderna no se contenta ya con un saber aparente: "es, por una parte, un llamamiento a la razón para que de nuevo emprenda la más difícil de sus tareas, a saber, la del autoconocimiento...". Y en la nota: "Nuestra época es, de modo especial, la de la crítica. Todo ha de someterse a ella. Pero la religión y la legislación pretenden de ordinario escapar a la misma. La primera a causa de su santidad y la segunda a causa de su majestad".[51]

Baratta somete a crítica el discurso expresado en la legislación penal, y cabría interpretar que, aunque abogue por una perspectiva externa, la criminología crítica es una criminología que expresa una crítica de sí misma, que se critica a sí misma. Baratta dice: "Sobre la base del nuevo paradigma la investigación criminológica tiene la tendencia a desplazarse de las causas del comportamiento criminal hacia las condiciones a partir de las cuales, en una sociedad dada, las etiquetas de criminalidad y el estatus de criminal son atribuidos a ciertos comportamientos y a ciertos sujetos, así como hacia el funcionamiento de la reacción social informal e institucional (proceso de criminalización)".[52] La que se desplaza es la misma investigación criminológica, es decir, desplaza el objeto de su atención, pone en tela de juicio los conceptos de los que se ha venido sirviendo, intenta un juicio sobre su método de reflexión, explica las condiciones a partir de las cuales ha utilizado sus conceptos. La criminología crítica desplaza su atención desde su objeto hacia la forma en que ella misma define su propio objeto. Por consiguiente se vuelve hacia sí misma, "emprende la más difícil de todas las tareas, la del autoconocimiento". Y en ese sentido podríamos decir que Baratta postula una "crítica de la razón penal".[53]

(49) Agrega: "no constituye una perspectiva de racionalización (del sistema penal), sino más bien una perspectiva racional de superación del sistema penal". A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 230.

(50) Enciclopedia Garzanti di Filosofia, 1995.

(51) E. Kant. *Crítica de la razón pura*. Madrid: Alfaguara, 2002. p. 9.

(52) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 225.

(53) Tal vez el pensamiento de Baratta pueda relacionarse con el de algunos autores del movimiento *Critical Legal Studies*, concretamente con la corriente denominada *trashing* (criticar duramente, destrozar), que se propone desvelar el mensaje orientado políticamente y oculto en el discurso jurídico. El *trasher* intenta hacer ver cómo el discurso ha transformado la contingencia en necesidad y revela interpretaciones alternativas reprimidas. Para un panorama, véase El movimiento *Critical Legal Studies,* Madrid, Tecnos, 1996; A. Carrino. "Roberto M. Unger e i Critical Legal Studies" en *Filosofi del Diritto Contemporanei, a cura di Gianfranco Zanetti*, Milán: Raffaello Cortina Editore, 1999.

Lo opuesto a una actitud crítica es una actitud dogmática, que acepta determinadas verdades sin ponerlas en tela de juicio. Refiriéndose al pensamiento dogmático, M. Saavedra dice que "confía en determinadas verdades y las acepta sin cuestionarlas, bloqueando la búsqueda de su enjuiciamiento racional".[54] El juicio crítico, como pensamiento antidogmático, no confía en nada, no acepta nada sin haberse preguntado una multitud de preguntas. Quien asume una actitud crítica asume una actitud de sospecha y de duda.

Analizando la teoría crítica, Horkheimer dice que esa teoría, a diferencia de la teoría tradicional, tiene por objeto los hombres como productores de la totalidad de sus formas históricas de vida. Señala que las condiciones de la realidad no se presentan como datos fácticos que basta calcular y constatar, sino que revelan la actividad humana.[55] Es la presencia de la actividad humana la que relativiza los presupuestos, la que hace nacer la duda, la que permite los interrogantes, la que abre el camino al pensamiento crítico. Éste constituye auténtica reflexión filosófica porque no acepta ningún dato preestablecido, nada que cierre la posibilidad del interrogar.

De ello se deduce cuán fundamental para el pensamiento filosófico–crítico es la secularización.[56] Como dice Vattimo, la secularización de la filosofía se convierte en la filosofía de la secularización. Solamente tenemos ante nosotros aquello que hemos recibido de la transmisión histórica: formas, lenguajes, valores, errores, que nos ha dejado la humanidad del pasado.[57] Es algo que hemos recibido, que nos ha sido dejado, no algo que nos haya sido impuesto, que no tengamos otra alternativa que aceptar. Por ello es posible la crítica. En realidad la secularización del pensamiento es la condición de posibilidad de la crítica. El reconocimiento de la naturaleza "humana, demasiado humana" de las normas que rigen la conducta.

7. Denuncia

La razón crítica postulada por Baratta se manifiesta en la crítica del derecho penal como derecho que reproduce, bajo la apariencia de una estricta igualdad

(54) M. Saavedra. "Il giudice fra dogmatica giuridica e critica del diritto en Ars interpretandi". *Annuario di Ermeneutica Giuridica*, Raggionevolezza e Interpretazione, Padua: Cedam, 2002. p. 173.

(55) M. Horkheimer. Teoria critica, Scritti 1932-1941 (II), Turín: Einaudi, 1974. p. 185.

(56) Marx, con respecto a la religión: "El fundamento de la crítica irregliosa es: *el hombre hace la religión;* la religión no hace al hombre"; y cuando más adelante habla del "desenmascaramiento del autoextrañamiento humano": "La crítica del cielo se convierte con ello en la crítica de la tierra, la crítica de la religión en la crítica del derecho, la crítica de la teología en la crítica de la política". *Introducción a la crítica de la filosofía del derecho de Hegel*, Escritos de juventud, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1965. p. 71-72.

(57) G. Vattimo. *Etica dell'interpretazione*. Turín: Rosenberg & Sellier, 1989. p. 34.

ante la ley, las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad. "El sistema penal del control de la desviación revela, así como todo el derecho burgués, la contradicción fundamental entre igualdad formal de los sujetos de derecho y desigualdad sustancial de los individuos...".[58] En varios textos califica al derecho penal como "derecho desigual por excelencia". Esta desigualdad, dice, no significa simplemente una desigual distribución de los "estatus" de criminal entre los individuos, sino la respuesta desigual a las situaciones negativas y a los problemas sociales homólogos.[59] La igualdad formal denunciada por Baratta es una igualdad que refuerza, cubriendo o ignorando, la desigualdad sustancial. Es evidente que cuando Baratta se refiere a la desigualdad sustancial, se está refiriendo a la desigualdad entre los individuos pertenecientes a distintas clases sociales. En este sentido la crítica de Baratta sigue la orientación de la crítica marxista.[60] Sin embargo, mientras que la crítica marxista se ha centrado principalmente en el contrato civil, la crítica de Baratta se centra en el control de la desviación. En este terreno, la desigualdad se traduce en las diversas posibilidades que tienen los individuos de ser definidos y controlados como "desviados".[61] A ese respecto es interesante la referencia que hace a la consideración de la criminalidad como un "bien negativo".[62] Es decir, un bien que se distribuye en forma desigual según los diversos factores sociales y económicos.

Sin embargo, de una lectura más detenida resultan, en forma paralela a la igualdad formal y desigualdad sustancial, dos tipos de desviación, que podríamos denominar análogamente desviación sustancial y desviación formal. La segunda sería la resultante de las definiciones normativas, entendiendo por ello todas las definiciones estatuidas o arraigadas en el sentido común, mientras que la primera sería sinónimo de diversidad. Frente a esta última Baratta postula una actitud positiva. Dice: "Si se adopta un concepto positivo y no sólo negativo de desviación, podrá decirse que la sociedad igualitaria es aquella que deja el máximo espacio a la desviación positiva". Y aclara: "Porque en este sentido positivo, desviación quiere decir diversidad".[63] Desde el punto de vista filosófico, el reconocimiento de la diversidad, que supone el reconocimiento de la multiplicidad, coincide con una visión hermenéutica de la realidad. Ésta se distin-

(58) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 171.

(59) Idem, ibidem, p. 238.

(60) Baratta considera que para el desarrollo del discurso de la criminología crítica, y en particular para la construcción de una teoría materialista (económico-política) de la desviación, el empleo de instrumentos conceptuales y de hipótesis teóricas que tienen su fuente en la obra de Marx puede ser de gran importancia, op. cit., en la nota 6, p. 165-166.

(61) A. Baratta. "Criminologia critica e politica criminale alternativa". La *Questione Criminale*, anno III, n. 3, Boloña: Il Mulino, 1977. p. 340; en español en el Apéndice de la op. cit., en la nota 7, p. 221.

(62) Idem, ibidem, p. 345.

(63) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 221.

gue de una visión metafísica, "que privilegia categorías unificadoras, soberanas, generalizadoras (...) que manifiesta una inseguridad y un *pathos* de base al que reacciona con un exceso de defensa".[64] La coincidencia entre metafísica y pensamiento penal tradicional se vuelve más clara si se considera, como lo hace G. Vattimo, que el pensamiento metafísico es un pensamiento "violento". Ambos, metafísica y discurso penal, imponen una visión reductora de los fenómenos del "mundo de la vida".[65] Reniegan de la multiplicidad, de la contingencia y de la inseguridad.

8. Desvelamiento

Por ello es esencial, para combatir esa violencia encubridora de la multiplicidad real, proceder al desvelamiento de ese encubrimiento.

"El desvelamiento es lo que da valor epistemológico a la crítica, o sea al razonamiento que apunta a explicar el por qué de la realidad criticada. Por esa razón la crítica aporta racionalidad al pensamiento y a las acciones humanas."[66]

En Baratta, el desvelamiento también adquiere el sentido de desvelamiento del "mundo de la vida" bajo el velo del universo penal creado en el "laboratorio del derecho". Denuncia la "colonización del mundo de la vida"[67] por las categorías creadas en el laboratorio del derecho. "Concretas situaciones conflictivas encuentran en el proceso penal un laboratorio de transformación *teatral*, en el cual ellas son transcritas en una puesta en escena preordenada y los actores comprometidos en roles estandarizados".[68] Se establece así una distancia entre el drama existencial que los individuos viven o han vivido en una situación real determinada de la vida y la representación de este drama en "el teatro del derecho" por los sujetos-actores. El drama se desarrolla en el escenario que el sistema penal ha montado, desvinculando también a los actores de las personas reales que personifican. Baratta señala, respecto del autor del delito, "la gran distancia que puede mediar desde el punto de vista temporal, entre el autor implicado en el conflicto real y el procesado o condenado en el papel que el proceso le asigna".[69] Encontramos así en su discurso el factor "tiempo".[70]

(64) G. Vattimo, op. cit., en la nota 7, p. 8.

(65) Corresponde al término *Lebenswelt* utilizado por E. Husserl.

(66) M. Saavedra, op. cit., en la nota 54, p. 174. Con respecto a ese aporte de racionalidad, Marx: "La crítica no es una pasión del cerebro, sino el cerebro de la pasión", op. cit., en la nota 58.

(67) La expresión acuñada por J. Habermas.

(68) A. Baratta. *La vida y el laboratorio del derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal,* en Doxa, Alicante,1988. p. 277; también en Capítulo Criminológico 16, Maracaibo, 1988. p. 69-92.

(69) Idem, ibidem, p. 279.

(70) Respecto del empleo del tiempo en el derecho penal de la Grecia antigua, L. Gernet. *Anthropologie de la Grèce antique*. París: F. Maspero, 1976. p. 267 y ss. Respecto

También en relación con el autor del delito denuncia la distancia entre la realidad y la construcción hecha en el laboratorio del derecho en cuanto a la atribución de la responsabilidad. En este laboratorio, el comportamiento individual se presenta "como una variable independiente respecto de la situación. La determinación de la responsabilidad está en efecto subordinada a esa independencia y al grado de ésta".[71] En el mundo real, al contrario, el comportamiento individual se presenta como una variable dependiente, lo que significa que no podemos comprender la situación partiendo del comportamiento individual, sino que, a la inversa, podemos comprender éste partiendo de aquélla.

9. El "mundo de la vida"

El drama del derecho penal, lamentablemente, no se limita al que se refleja en las normas ni al que se desarrolla en el teatro procesal. Las normas y las sentencias que resultan del proceso tienen una incidencia directa en la realidad social real, no la construida por el sistema penal. No porque el derecho penal haya creado su propio universo, el universo del "mundo de la vida" ha dejado de existir. Existe y recibe y sufre las consecuencias de la actuación enmarcada en las normas y sancionada en el proceso. Una actuación que ha sido prevista y destinada a un universo que no es el que la recibirá y sufrirá. Un universo que no existe. Gadamer expresa claramente esta falta de inocuidad de la actuación judicial cuando dice que es evidente que la emisión concreta de un juicio en una cuestión jurídica no sea una proposición teórica, sino un "hacer cosas con las palabras".[72] Y agrega: "Cabe afirmar en ese sentido que toda aplicación de una ley rebasa la mera comprensión de su sentido y crea una nueva realidad".[73]

La crítica de Baratta se centra en esa relación entre los dos mundos, en la incidencia del mundo normativo en el mundo real. Por ello su reflexión no se agota en la adopción del *labelling approach*. En efecto, critica una adopción de este enfoque que no se extienda "a la distribución del poder de definición y de reacción en una sociedad, a la desigual distribución de este poder y a los conflictos de intereses que están en el origen de este proceso".[74] E incluso llega a señalar que el mínimo común denominador de la perspectiva que denomina criminología crítica está dado por la presencia, junto a la "dimensión de la definición" de la "dimensión del poder".[75]

al tiempo como pena, me permito remitir a mi texto "El tiempo como pena", Buenos Aires: Campomanes Libros, 2001.

(71) A. Baratta, op. cit., en la nota 68, p. 279.

(72) H. G. Gadamer, op. cit., en la nota 8, vol. II, p. 301. En esa versión la expresión se ha traducido: "resolver cosas con palabras".

(73) Idem, ibidem, p. 301.

(74) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 225.

(75) Idem, ibidem.

En la crítica que Baratta formula respecto del derecho penal liberal se nota la intención de un cambio más profundo del que éste ha operado. En efecto, dice que el derecho penal liberal ha sido un "intento de la modernidad por limitar y regular la pena, pero ella permanece en el marco de una reacción premoderna y sólo cambian las formas de sufrimiento".[76] Y postula pasar de una política criminal alternativa a una alternativa a la política criminal.

Este postulado no es meramente un juego de palabras, es una invitación concreta a salir del circuito penal-criminológico. En efecto, afirma: "La relativización del momento penal como técnica de construcción y de resolución de problemas sociales significa ante todo su integración en una perspectiva extrapenal más compleja de reconstrucción de los problemas en vista a una respuesta adecuada y orgánica a éstos".[77] Con respecto a los problemas hace notar que son susceptibles de construcciones diferentes y alternativas, de las cuales puede derivar una estructura interpretativa y una respuesta institucional o social independiente de la óptica penal.

También con respecto a la percepción misma de los conflictos sociales propone interrumpir la lectura de los mismos en el código binario crimen/pena y "emancipar el quehacer político" de la "cultura de lo penal", para lo que pide un esfuerzo conjunto de la fantasía de los juristas y de la imaginación colectiva tendiente a una radical relectura de las necesidades humanas y de las situaciones de riesgo.[78]

Cuando Baratta postula la búsqueda de una interdisciplinariedad externa, está postulando una ampliación del horizonte del intérprete que le permita reconocer la "movilidad de los confines y la heterogeneidad del universo de los comportamientos criminalizados".[79] Su pensamiento es ante todo un desvelamiento de la enorme diversidad de fenómenos que se cubren con el mismo manto de la pena. Y, abandonando la metáfora, es la demostración de la enorme diversidad de problemas a los que se responde con la misma respuesta. Ya se había referido a esa relectura, esa nueva interpretación, es decir, ese encontrar un sentido nuevo al discurso jurídico penal cuando dijo que "para evitar que la construcción artificial de la realidad en el proceso penal traiga más consecuencias, todavía más negativas, sobre la realidad misma, o sea, sobre la existencia del individuo y sobre la sociedad, o al menos para limitar las consecuencias negativas, la única posibilidad es, por el momento, que los actores implicados en el drama procesal, especialmente los juristas, adquieran y desarrollen una conciencia adecuada sobre la distancia que separa al artefacto jurídico de la realidad".[80]

(76) A. Baratta, op. cit., en la nota 28, p. 47.

(77) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 239.

(78) Idem, ibidem, p. 42-45.

(79) Idem, ibidem, p. 35.

(80) A. Baratta, op. cit., en la nota 68 p. 285.

10. Ironía-phronesis

Esta conciencia adecuada, basada en el reconocimiento del carácter artificial del mundo del derecho, se relaciona con un nuevo *sentido* que el drama adquiere para cada uno de los actores "si le son aseguradas las condiciones para ver, antes que la realidad social a través de los artefactos de la justicia, los artefactos de la justicia a través de la realidad social".[81] Este nuevo "sentido" coincide con la introducción de una "opción crítica" en el modo de vivir la experiencia procesal. Recuerda Baratta una obra de Bertolt Brecht en la que los actores son el público de ellos mismos. "Recitan y se ven recitar; son actores del teatro que saben ser, ante todo, actores de la vida".[82] Tendría lugar así "una transformación del *sentido* en el que el drama procesal es vivido en la percepción y en la experiencia de los actores implicados. La vida entraría en el proceso, de este modo, a través de la *ironía*. Ironía significa vivir viéndose vivir".[83] Esa ironía, Baratta explica, es la conciencia dramática que convierte a los actores en partícipes críticos de la vida social. Esta participación crítica supone un consenso previo que constituye su presupuesto social. En la comunicación "irónica" se da una desfiguración del sentido pero con la seguridad de que el interlocutor entiende lo que con esa desfiguración se quiere decir. Lo que Baratta pide a los actores de la experiencia procesal cuando habla de ironía es que consideren que lo que hacen en el tribunal es similar a lo que harían en el teatro si representaran una obra. Que consideren que así como en el teatro la obra que representarían no sería la única obra posible, la forma de encarar el proceso tampoco es la única forma posible de encararlo. Gadamer dice que el uso de la ironía puede constituir una "labor hermenéutica extraordinariamente ardua" y recuerda que muchas veces se ha dicho que "el tomar algo en sentido irónico no es sino un acto de desesperación del intérprete".[84]

No creo que en la propuesta de Baratta el empleo del término trasunte una actitud de desesperación. Considero que, si bien puede percibirse algo parecido a la resignación, la finalidad de esa actitud es una toma de conciencia como fase previa de un cambio. En ese sentido, la ironía que propone tiene mucho de sabiduría. El recitar viéndose recitar, el vivir viéndose vivir, nos recuerda el *saberse* del que habla Aristóteles. Conforme a Gadamer, el *saberse* "se determina precisamente porque contiene su aplicación completa y porque confirma su saber en la inmediatez de cada situación dada".[85] Aparece en el marco del análisis de la *phronesis*. Esta expresión clave para la filosofía práctica de Aristóteles también lo es en el contexto de la filosofía hermenéutica. Son muchas las definiciones que podemos citar: la virtud hermenéutica fundamental, la

(81) Idem, ibidem, p. 287-288.

(82) Idem, ibidem, p. 288.

(83) Idem, ibidem.

(84) H. G. Gadamer, op. cit., en la nota 8, vol. II, p. 335.

(85) H. G. Gadamer, op. cit., en la nota 8, vol. I, p. 393.

racionalidad que preside la praxis, la autorresponsabilidad racional, la responsabilidad razonable. Todas estas expresiones, que aparecen en el examen que hace Gadamer de la *phronesis,* nos van acercando a la idea de visión clara. En realidad consiste en un saber de lo particular, de lo concreto (sin confundirse, sin embargo, con una percepción de los sentidos). Consistiría en un ver las cosas con claridad. Pero también significa deliberación prudente. En varias ocasiones se ha traducido como "prudencia" (reflejo de la traducción latina *prudentia*). Pero quiere decir mucho más de lo que suele denotar el sentido corriente de esta palabra. La *phronesis* tiene por objeto lo contingente, revela una capacidad de adaptarse a la situación concreta, una inteligencia crítica. En realidad, la mejor forma de definir la virtud es indicar a quien posee la virtud, al *phronimos.* Y serlo no supone solamente actuar como se debe, sino con lo que se debe, cuando se debe y donde se debe.[86]

Baratta revela una actitud "prudente" cuando nos explica en qué consiste la "opción crítica" que propone. "Propongo llamar 'opción crítica' a esta actitud que permite vivir la experiencia al interior del sistema de justicia penal siendo consciente de sus artefactos necesarios, para usarlos en modo tal de limitar los efectos negativos y los costos sociales del sistema".[87] Es una actitud prudente porque no postula el abandono sin más de los artefactos: "Los artefactos del Derecho no son menos necesarios para un Derecho más justo y humano de cuanto no sean operantes en los ordenamientos existentes". Y agrega: "Con todos sus defectos, el formalismo procesal, aplicado a un correcto régimen acusatorio y garantista, tiene la virtud de contener, en lugar de ampliar, la desigualdad de poder entre las partes que intervienen en el proceso penal".[88] Ya había expresado esta posición garantista al abordar la perspectiva de la contracción y de la superación del derecho penal: "la contracción o "superación" del derecho penal debe ser contracción y superación de la pena antes de superación del derecho que regula su ejercicio".[89] Su enfoque es prudente porque advierte del peligro que sería caer en la trampa "de cesar en la defensa del régimen de las garantías legales y constitucionales que regulan el ejercicio de la función penal en el Estado de Derecho".[90]

No obstante, no es suficiente calificar su posición de garantista. Su garantismo no es meramente negativo, es decir, de defensa y protección frente al ejercicio abusivo del poder punitivo, "poder punitivo que continúa revelándose como un veneno que alimenta la violencia del Estado y de la sociedad",[91] sino positivo. En efecto, Baratta define el garantismo no sólo "como límite del sistema puni-

(86) P. Aubenque. *La prudence chez Aristote*. París: Quadrige/Puf, 2002.

(87) A. Baratta, op. cit., en la nota 68, p. 285.

(88) Idem, ibidem, p. 286-287.

(89) A. Baratta, op. cit., en la nota 6, p. 219.

(90) Idem, ibidem.

(91) A. Baratta, op. cit., en la nota 28, p. 38.

tivo, o sea como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino como *garantismo positivo*. Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos, también los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales)".[92] Es decir, distingue entre los derechos de prestación de protección (en particular contra agresiones de personas determinadas) y los derechos de prestación de garantía del ejercicio de *todos* los derechos que corresponden a todos: "derecho a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades: derecho a expresarse y a comunicarse, derecho a la calidad de la vida, así como el derecho a controlar y a influir en las condiciones de las cuales depende, en concreto, la existencia de cada uno".[93] Esta amplitud del horizonte que nos indica Baratta para interpretar el garantismo y, en consecuencia, el discurso penal sitúa al sistema jurídico como un elemento más de la "praxis".

Una de las definiciones de praxis que nos interesa es la que da Gadamer al referirse a la relación entre la hermenéutica y la filosofía práctica: "*Praxis* designa el conjunto de las cosas prácticas y por tanto toda conducta y toda autoorganización humana en este mundo, e incluye también la política y dentro de ella la legislación".[94] La praxis se encuentra entre los extremos del saber y del hacer. Constituye el ámbito de la filosofía práctica. Ésta no se ocupa de la mera aplicación práctica del conocimiento, sino de un conocimiento particular, sujeto a determinadas condiciones. "La correcta aplicación de nuestro saber y de nuestro poder reclama la razón".[95] Pero la "correcta aplicación" no tiene un sentido exclusivamente técnico. En la filosofía práctica se plantea muy particularmente el problema del "bien", por ejemplo, cuál es el mejor sistema de vida, cuál es la mejor constitución política.[96] En la elección razonada que ello supone, se ejerce la "racionalidad responsable".

¿Y en que consiste esta responsable racionalidad? En superar "la tentación dogmática que acecha en todo presunto saber (...) en buscar en las condiciones de nuestra existencia finita el fundamento de lo que podemos querer, desear y realizar con nuestra propia acción".[97]

Para concluir

Considero que la reflexión sobre el derecho penal y la criminología que nos ha dejado Alessandro Baratta manifiesta esa actitud propia del filósofo práctico,

(92) Idem, ibidem, p. 48.

(93) Idem, ibidem.

(94) H. G. Gadamer, op. cit., en la nota 8, vol. II, p. 313.

(95) Idem, ibidem, p. 316.

(96) H. G. Gadamer. *La ragione nell'etá della scienza,* il melangolo, Génova, 1999. p. 92.

(97) H. G. Gadamer, op. cit., en la nota 8 vol. II, p. 314.

esa racionalidad responsable que lo ha llevado, en busca de un sistema social y jurídico mejor, a criticar el dogmatismo penal y a postular una modalidad de acción que no perdiera nunca de vista las condiciones reales de nuestra vida social.

Lenguaje, hermenéutica, representación, sentido común, ideología, crítica, diferencia, praxis, *phronesis*, filosofía práctica, son conceptos que se nos han ido presentando en o a partir de la lectura de los textos de Baratta escogidos para este trabajo. No pretendo haber agotado con ellos todos los aspectos filosóficos de la criminología crítica de Alessandro Baratta, pero sí haber confirmado la dimensión filosófica de su reflexión. El breve recorrido realizado me ha ido llevando fuera del territorio penal, más allá de la lógica binaria delito-pena; me ha inducido a interrumpir una lectura del discurso penal para pasar a una radical relectura de las necesidades humanas y de las situaciones de riesgo.

Y sobre todo me ha llevado a la conclusión de que tal vez no sea legítimo hablar de "filosofía penal" de Alessandro Baratta, como había anunciado al principio, porque la filosofía de Alessandro Baratta es una filosofía que nos invita a adoptar una perspectiva que nos ponga en condiciones de liberarnos de lo penal. Una filosofía que no se agota en una reflexión crítica sobre lo penal, porque constituye una genuina filosofía práctica que nos indica caminos para ir "olvidando los delitos y las penas" y poder así sustituir la política criminal por una política integral de protección de todos los derechos.[98]

(98) A. Baratta, op. cit., en la nota 28.

1.2

EL SISTEMA PENITENCIARIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS: una visión de la realidad mexicana y de sus desafíos*

CÉSAR BARROS LEAL

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Seguridad e integridad de los internos: condiciones personales, profesionales y estructurales para la privación de la libertad – 3. Orden y transparencia: control interno y externo en las instituciones penitenciarias – 4. Notas conclusivas.

Resumen: Estudio sobre el ideario de los derechos humanos en el marco del sistema penitenciario mexicano. El autor señala la asimetría entre las leyes y la realidad y la importancia de una ejecución penal digna, fundada en la seguridad e integridad de los internos. Énfasis es dado al orden y a la transparencia como instrumentos de control de los penales, así como a la figura de los visitadores, del Ombudsman y del Procurador de Derechos Humanos.

Palabras-clave: Abandono – Sobrecupo – Violencia – Supervisión – Derechos humanos.

"Por grande que sea el delito / aquella pena es mayor." – MARTÍN FIERRO

1. Introducción

Delante de un escenario aquejado por el abandono, en muchos de los centros penitenciarios de México, hay quienes pregunten: ¿cómo hablar de derechos humanos de una masa anónima de asaltantes, homicidas, violadores, narcotraficantes y estafadores? ¿Cómo hablar de derechos humanos en ambien-

(*) Síntesis de tres ponencias impartidas por el autor en el taller "Sistema Penitenciario y Derechos Humanos", organizado por el Poder Ejecutivo de Baja California, Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (de San José, Costa Rica), en Tijuana, México, en los días 10 y 11 de diciembre de 2001.

tes de estufa, de cohabitación forzosa, superpoblados, en que se abusa de la prisión preventiva y se mantiene la etiqueta pública de "universidad del crimen", con arreglo a Alejandro H. Bringas y Luis F. Roldán Quiñones?[1] ¿Cómo hablar de derechos humanos en cloacas de todas las equivocaciones del aparato de Justicia, así representadas por Luis Rodríguez Manzanera,[2] para quien "la prisión, cuando es colectiva corrompe; si es celular enloquece y deteriora; con régimen de silencio disocia y embrutece, con trabajos forzados aniquila físicamente; y sin trabajo destroza moralmente?"[3] ¿Cómo hablar de derechos humanos en catedrales del miedo, descritas magistralmente por Antonio Sánchez Galindo, en "Narraciones Amuralladas", citando a Carrancá y Trujillo;[4] en lóbregas y obsoletas prisiones donde "el Estado se apropia de la vida del detenido",[5] en "microcosmos donde funge el poder disciplinario y se expresa la necesidad de recrear perpetuamente las relaciones sociales de dominación", según Elías Neuman";[6] en gayolas de odio donde se fomenta la despersonalización, la pérdida de autoestima, como muestran Cecilia Sánchez Romero y Mario Alberto Houed Vega?[7] ¿Cómo hablar de derechos humanos en sucursales del infierno, en maquinarias de aplastamiento del hombre, a que se refiere Alejandro Flores Guillermín;[8] en "engranaje(s) deteriorante(s) más que espacio(s) de humanización", conforme a Monica Granados Chaverri?[9] ¿Cómo hablar de derechos humanos en presidios vetustos, donde se cultiva el peor cáncer, que es el autogobierno, denunciado con vehemencia por Juan Pablo de Tavira,[10] y en donde impera la ley del hampa, de que nos habla Jorge Fernández Fonseca?[11] ¿Cómo hablar de derechos humanos

(1) BRINGAS, Alejandro H. y QUIÑONES, Luis F. Roldán. *Las cárceles mexicanas*: una Revisión de la Realidad Penitenciaria. México: Editorial Grijalbo, 1998. p. 17.

(2) MANZANERA, Luis Rodríguez. *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*. México: Porrúa, 1998. p. 9.

(3) MANZANERA, Luis Rodríguez. *Penología*. 2. ed. México: Porrúa, 2000. p. 218.

(4) GALINDO, Antonio Sánchez. *Narraciones amuralladas*. México: Impresos Chávez, 2001. p. 53.

(5) NEUMAN, Elías. *El Estado penal y la prisión-muerte*. Buenos Aires. Ediciones Universidad, 2001. p. 24.

(6) Idem, p. 152.

(7) ROMERO, Cecilia Sánchez y VEJA, Mario Alberto Houed. *La abolición del sistema penal: perspectivas de solución a la violencia institucionalizada.* Costa Rica: Editec, 1992. p. 18.

(8) GUILLERMÍN, Alejandro Flores. *Prólogo* apud BRINGAS, Alejandro H. y ROLDÁN, Luis F., p. 11.

(9) CHAVERRI, Monia Granados et alii. *El sistema penitenciario*: Entre el Temor y la Esperanza. México: Orlando Cardenas Editor, 1991. p. 20.

(10) TAVIRA, Juan Pablo de. *¿Por qué Almoloya? Análisis de un Proyecto Penitenciario*. México: Diana, 1995. p. 45.

(11) FONSECA, José Fernández. *La vida en los reclusorios*: Espeluznantes Sucesos Ocurridos en las Cárceles de México. México: Edamex, 1992. p. 67.

en prisiones-ghetto (como la Mesa), retratadas por Zaffaroni como "barrios pauperizados"?[12] ¿Cómo hablar de derechos humanos en sitios donde los presos, muchos de los cuales seropositivos o sidosos, son obligados a realizar huelgas de hambre, zurciéndose los lábios o los párpados, para poder disfrutar del trabajo externo y la libertad condicional, y donde "llega a los sentidos la peste de los excusados y la repulsión de las cocinas", tal y como atestigua Julio Scherer García?[13] ¿Cómo hablar de derechos humanos en inframundos en los que muchas veces la extorsión es institucionalizada, visto que se cobra por la asignación de los dormitorios y celdas, por la estafeta, las fajinas, las llamadas telefónicas, el uso de un televisor, el paso a la visita familiar, el paso a locutorios, la habitación de visita íntima, el acceso a servicios médicos, los exámenes criminológicos, el perdón por una falta cometida? ¿Cómo hablar de derechos humanos en jaulas de cemento dominadas por bandas rivales, donde se "pervierte, corrompe, degrada y embrutece... y se gradúa al profesional del crimen", según señala Evandro Lins e Silva;[14] en prisiones que son "el reflejo más impresionante de lo que es una sociedad", siendo que "es de ellas de las que esperamos, como dramático contraste, alcanzar lo que la propia sociedad no supo dar en su tiempo a quienes ahora están recluidos...", como apunta Sergio García Ramírez?[15] ¿Cómo hablar de derechos humanos en chironas de donde el cautivo sale "más corrupto y con valores más deturpados que cuando se vio sin libertad", en las palabras de Iris Rezende, ex Ministro de Justicia de Brasil?[16]

Permítanme citar de nuevo a Elías Neuman: "¿Cómo hablar de Derechos Humanos allí donde hemos decidido, por ley, sin posible rescate, conculcarlos al extremo? Se secuestra legalmente a hombres con el deliberado propósito de ejercer la vindicta y de segregarlos del mundo de los no delincuentes, y ello se instrumenta en una de las formas más alevosas de pérdida de identidad, de la estima social, familiar y propia, más obscena que se conoce...".[17]

Es evidente, a todas luces, que el problema es mucho más complejo que las preguntas anteriores dejan suponer. Las condiciones deplorables en que viven los penados, en un número expresivo de prisiones mexicanas (y aquí abro un paréntesis para registrar las islas de excepción, las islas de gracia en un mar de desgracia, ubicadas en algunos estados de una federación de múltiples realidades, y en donde se practica una administración responsable), en lugar de ser una

(12) ZAFFARONI, José Raúl. Apud BRINGAS, Alejandro H. y QUIÑONES, Luis F. Roldán, op. cit., p. 136.

(13) GARCÍA, Julio Scherer. *Cárceles*. México: Editorial Extra Alfaguara, 1998. p. 11.

(14) LINS E SILVA, Evandro. Apud BARROS LEAL, César. *Prisón: crepúsculo de una era*. México: Porrúa, 2000. p. 30.

(15) RAMÍREZ, Sergio García. Apud TAVIRA, Juan Pablo de, op. cit., p. 60.

(16) REZENDE, Iris. *Prisões e penas alternativas*. Ponencia impartida en el 1er Congreso sobre Ejecución de la Pena, en Fortaleza, el 24.09.1997. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1997. p. 7.

(17) NEUMAN, Elías, op. cit., p. 168.

negativa de esos derechos, es, al revés, el acicate de una lucha sin treguas, el desafío impostergable de los que, como nosotros, rechazan la vana iconoclastia de los heraldos del pesimismo y, creyendo en el futuro, encaran la ejecución de la pena como una cuestión prioritaria de ciudadanía y seguridad pública.

La cuestión principal que se plantea, en este exacto momento, es la siguiente: ¿cómo se explica que México, dotado de una legislación moderna, asentada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, en el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión y que aprobó en 1971 la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, conviva con un sistema carcelario en su mayor parte anacrónico? ¿Qué ocurrió con el ideario humanista responsable del Cefereso de Almoloya de Juárez y del cierre del Palacio Negro de Lecumberri? ¿Qué beneficios trajeron las lecciones de Alfonso Quiróz Cuarón, Sergio García Ramírez, Hilda Marchiori, Victoria Kent, Julia Sabido, Antonio Sánchez Galindo, Ruth Villanueva Castilleja, Juan José González Bustamante y tantos otros penitenciaristas renombrados?

Ahora bien. El gigantesco abismo entre el México legal y el México real, "la asimetría garrafal entre las leyes y las realidades, o mejor aún, entre la antinaturalidad de la prisión y la prístina ideología de esos derechos", en el lenguaje de Elías Neuman,[18] tiene origen no sólo en la ausencia de políticas públicas, así como en la tradición de indiferencia a los mandamientos de la ley, de desacato a las normas, constitucionales o no, lo que contribuye para el descrédito, la impunidad, y, en consecuencia, para el fortalecimiento del discurso de aquellos que, delante de la violencia omnipresente, la inseguridad generalizada, y bajo los aplausos de una sociedad sedienta de venganza, proponen el endurecimiento de la pena. Como sostiene Alfonso Zambrano Pasquel, "No es aventurado decir que determinados medios de comunicación provocan 'la alarma social' y el 'caos ciudadano', que se convierten en estereotipos manejados políticamente para dar nacimiento a las campañas de ley y orden, en las que se violan sistemáticamente los derechos humanos de los destinatarios de esas campañas antidelincuenciales?".[19] Como si dichas medidas (criticadas por Giuseppe Bettiol, que llamaba la atención para el reino del terror que se instaura cuando la ley rebasa los límites de la proporcionalidad[20]), tuviesen el poder mágico de disminuir la criminalidad, de refrenar la acción de infractores empedernidos, peligrosos, profesionales, generados muchas veces en el vientre de la sociedad, excluyente y criminógena.

(18) Idem, p. 146.

(19) PASQUEL, Alfonso Zambrano. *Derecho penal, criminología y política criminal.* Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 66.

(20) BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal.* Coimbra: Coimbra Ed., 1967. Apud BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas. Análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98.* São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3.

Es esencial tener en cuenta que la cuestión de los derechos humanos del presidiario no pasa sólo por un tratamiento más digno y por la supresión, intramuros, de la violencia física, síquica y sexual. No, no. Es mucho más. Pasa por el combate a la miseria, por la generación de empleos, por la oferta de vivienda, de saneamiento, de escolaridad; pasa por la construcción de una sociedad más equitativa y justa, que dé atención a la población indígena; pasa por un nuevo concepto de seguridad pública, indisociable del desarrollo humano, fundamentado en la participación ciudadana; pasa por una reforma profunda del sistema penal y, en particular, de la ejecución de la pena, con la aplicación gradual de las alternativas penales. Defender los derechos humanos del preso, casi siempre analfabeto y pobre, el erizo, es proveerle, en presidios equipados, informatizados, alimentación apropiada e instalaciones higiénicas. Es preservar el estado de salud física y mental de los condenados, alienados, enfermos mentales, presos provisorios o sentenciados por deudas, incluyendo tratamiento de VIH/Sida, tuberculosis y dependencia química. Es garantizarle trabajo, como enunciado por el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, trabajo ese con derecho a la remisión parcial de la pena, ofrecido al recluso en la medida de sus aptitudes, capacitación laboral para la labor en libertad y posibilidades del reclusorio. Es propiciarle educación, que no tendrá sólo carácter académico sino también cívico, higiénico, artístico, físico y ético. Es asegurarle la clasificación prevista en ley, requisito fundamental para demarcar el inicio de la ejecución científica de la pena privativa de libertad y despliegue lógico del principio de la proporcionalidad de la pena. Es fortalecer los consejos técnicos interdisciplinarios, para la mejor aplicación del sistema progresivo, la aplicación de medidas de preliberación etc. Es apoyar el proceso de supervisión penitenciaria de que participan programas de protección de derechos humanos. Es prestar asistencia moral y material al excarcelado, víctima del etiquetamiento, apoyándolo en el penoso itinerario de reincorporación a la vida libre. Es brindar cursos de formación y actualización al personal directivo, administrativo, técnico y de custodia, teniendo en mente lo que enseña Cuello Calón: "Ni los programas de tratamiento más progresivos, ni los establecimientos más perfectos, pueden operar una mejora del recluso sin un personal a la altura de su misión",[21] siendo pertinente la observación de Antonio Labastida Díaz y Ruth Villanueva Castilleja de que "el personal penitenciario resulta insuficiente en la mayoría de las instituciones y al no existir una adecuada selección del mismo se obstaculiza el cumplimiento del tratamiento de readaptación social, situación que se agudiza ante la falta de una profesionalización de la carrera penitenciaria".[22] En nuestro libro "Prisión: Crepúsculo de una Era", añadimos: "La capacitación del personal es uno de los pilares de la administración penitenciaria. Los debates sobre el futuro

(21) CALÓN, Cuello. Apud BUJÁN, Javier Alejandro y FERRANDO, Víctor Hugo. *La cárcel mexicana. Una perspectiva crítica*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. p. 97-98.

(22) DÍAZ, Antonio Labastida y CASTILLEJA, Ruth Villanueva et alii. *El sistema penitenciario mexicano*. México: Instituto Mexicano de Prevención de Delito e Investigación Penitenciaria, 1996. p. 35.

de las prisiones no pueden desconocer ni tampoco minimizar su importancia, tan bien acentuada por el Prof. José Arthur Rios: 'Lo que constituye el carácter moderno de una prisión no es el edificio ni el equipo o el cronograma bien definido, sino la calidad del personal que lo administra. Podemos afirmar sin hesitación que, de los cuatro elementos de un programa de renovación carcelaria, o sea, filosofía, disposiciones legales, establecimiento adecuado y personal, es este último que va a decidir el éxito de las nuevas medidas que serán implantadas'".[23]

Todo ello, dígase con énfasis, a fin de que la prisión venga a ser el lugar de cumplimiento de una pena que es de privación de libertad y no de dignidad, una agencia terapéutica y no un antro de perversión.

Es oportuno tener presente la amonestación de Antonio Sánchez Galindo, en *Manual de Conocimientos Básicos para el Personal de Centros Penitenciarios*, editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos: "El penitenciarismo moderno establece que la pena impuesta por un juez o un tribunal no debe ser un castigo, *sino* un medio para que el delincuente tenga la posibilidad de reestructurar su personalidad dañada o insuficiente para vivir en sociedad, y no sólo no vuelva a causar daño, sino además haga bien y sea productivo".[24]

Es de vital importancia, además, el papel de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, "organismo público creado para la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el orden jurídico mexicano, cuya principal labor es la de atender a las quejas que le sean presentadas respecto de acciones y omisiones en que incurran las actividades con motivo de sus funciones y en perjuicio de cualquier persona".[25] A la CNDH, mediante su Programa sobre el Sistema Penitenciario y Centros de Internamiento, toca promover el respeto a los derechos humanos de los encarcelados, tratando de achicar la distancia entre la teoría y la práctica.

Hay que considerar, por otra parte, que los derechos humanos están en un plano superior al Estado, al poder público y, por ello, su protección no debe limitarse a la acción estatal, sino contar con la ayuda de la sociedad civil organizada, a quien incumbe cobrar su reconocimiento y supervisar su implementación, con vistas al pleno ejercicio de la ciudadanía.

Si, por un lado, como sabemos, el desacato a los derechos humanos ha sido recurrente a lo largo de la historia de los países latinoamericanos – y México no es una excepción –, por otro lado se impone, en un instigante desafío, la participación efectiva de la sociedad en la persecución de los valores más elevados de la justicia, la solidaridad y la paz social

(23) BARROS LEAL, César, op. cit., p. 54-55.

(24) GALINDO, Antonio Sánchez. *Manual de conocimientos básicos para el personal de centros penitenciarios*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1990. p. 33. Apud BRINGAS, Alejandro H. y QUIÑONES, Luis F. Roldán, op. cit., p. 26.

(25) *Competencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en los centros de reclusión del país*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995. p. 5.

En artículo publicado en el número 2 de esta Revista, cito las palabras del Lic. Carlos Federico Barcellos Guazzelli, defensor público:

"La lucha por la humanización de las penas, privativa de libertad o alternativas, surge como el mayor desafío, no sólo para los operadores del Derecho Penal – entre ellos, de forma especial, aquellos encargados de la atención jurídica a los condenados –, como a toda la sociedad; o, por lo menos, para sus segmentos preocupados con la democratización y la efectivación de la ciudadanía. Para esos, esa lucha pasa obligatoriamente por la afirmación y concreción de los derechos humanos, incluso del ciudadano (pues así se debe considerarlo) procesado, condenado o preso. Sólo el respeto a estos derechos, en el plano real, puede conferir algún sentido a la pena – algún sentido que rebase, por supuesto, la mera represión, tanto más cruel, como socialmente inocua, o, aún, contraproducente."[26]

En otro artículo, publicado en el número 14 de la *Revista del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia de Brasil*, menciono a la señora Julieta González Irigoyen, quien me regaló en Tijuana, en 1999, su libro *La Civilización en la Sombra*. De él guardo en el archivo de mi memoria la frase: "la esperanza es una palabra cargada de porvenir",[27] una bella y cautivante manifestación de fe, de optimismo, que me hizo recordar a Sergio García Ramírez, en el prólogo a la cuarta edición del "Manual de Prisiones":

"El hombre – me parece – es lo que resta, magnífico, cuando su espíritu vuela por encima de la fatiga, la ambición, la soberbia, el fracaso, el éxito. Algunos dirán que esto sólo sucede en la muerte. No lo creo así; ocurre en la vida y es la vida misma."[28]

2. Seguridad e integridad de los internos: condiciones personales, profesionales y estructurales para la privación de la libertad

He viajado por innúmeros países del mundo, del occidente y del oriente, y visitado decenas de prisiones cerradas, de máxima o media seguridad, semiabiertas y abiertas, algunas modernas, donde se ofrecen distintas opciones laborales, así como atención material, social, educacional, médica y jurídica,

(26) GUAZZELLI, Carlos Frederico. "O desafio da assistência jurídica aos encarcerados". Texto Mimeografado. Apud BARROS LEAL, César. "Direitos do homem e sistema penitenciário (enfoque da realidade brasileira)". *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 2/76. Organizada por Antonio Augusto Cançado Trindade y César Oliveira de Barros Leal, ano 2, 2001.

(27) IRIGOYEN, Julieta González. *La civilización en la sombra: História, razón y pensamiento poético*. Tijuana, México: Editorial Aretes y Pulseras, 1999. p. 79. Apud BARROS LEAL, César. "Os cárceres mexicanos: uma visão panorâmica". *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça do Brasil* 1-14/73, jul. 2000 a dez. 2000.

(28) RAMÍREZ, Sergio García. *Manual de prisiones (la pena y la prisión)*. 4. ed. México: Porrúa, 1998. p. IX.

en ambientes donde prevalece el respeto a los derechos humanos de los encarcelados. He visitado, asimismo, en la geografía del dolor, prisiones ruinosas, hostiles, atiborradas, como gran parte de las prisiones latinoamericanas, en donde los presos, muchos con enfermedades virales o de piel, tísicos, leprosos, son víctimas de golpizas sistemáticas, de agresiones sexuales, viven sin ninguna privacía, sin cualquier actividad educativa o deportiva, aprenden el arte de las estafas y de los atracos, se vuelven adictos, son arrojados a menudo a celdas de castigo y se callan cuando presencian un homicidio; prisiones donde presos purgan una pena superior a la fijada en la condena y se adjetiva la violencia a ultranza, comandada por reclusos o custodios que perpetúan intramuros las relaciones de poder.

Estoy convencido – y he dejado claro líneas arriba y en muchos escritos – que la prisión, encarada en sus albores como un triunfo sobre la pena de muerte y las penas corporales, se transformó, independientemente de su estructura física y de la atención que pueda brindar a la masa carcelaria, en un ambiente nocivo, criminógeno.

Este convencimiento, sin embargo, no me conduce a una actitud de pesimismo en cuanto al futuro de las cárceles, no me autoriza proponer que se crucen los brazos ante el extraordinario reto que se impone de ofrecer mejores condiciones a los detenidos y salvaguardar sus derechos como seres humanos y ciudadanos.

Si, por un lado, entiendo que la prisión debe ser encarada como *ultima ratio*, como un mal necesario que debe restringirse a los criminales violentos, a los peligrosos – ya que para los demás conviene sean aplicados los substitutivos penales, sin duda mucho menos dispendiosos y mucho más humanos, capaces de garantizar su reincorporación a la sociedad, en la medida en que no los alejan del trabajo, de la familia, del grupo social a que pertenecen –, por otro lado entiendo también que no es más posible prolongar el abandono del sistema penitenciario, no es más posible permitir que la prisión sea – a causa del hacinamiento, de la inasistencia, del autogobierno, del desinterés en cuanto a la valoración de su personal –, un núcleo de perfeccionamiento del crimen.

¿Qué hacer, entonces, para mejorar el sistema penitenciario, para amparar los derechos humanos de miles de hombres que habitan las cárceles? ¿Qué hacer para garantizar la seguridad y la integridad de los internos? ¿Qué hacer para brindar las mínimas condiciones personales, profesionales y estructurales para la privación de la libertad?

En primer lugar, es necesario reempezar. Y cuando digo reempezar lo hago con los ojos puestos en la historia del penitenciarismo de México. Regreso a 1967 cuando, según Antonio Sánchez Galindo, "se conjugaron una serie de elementos en el Estado de México para que los planteamientos establecidos en el 18 Constitucional tuvieran vigencia y congruencia con la alocución constitucional: se reunieron principios tales como el de la legalidad; capacitación del personal; instalaciones adecuadas; indeterminación penal relativa; individualización de tratamiento; aprovechamiento de la interdisciplina, posinstitución; auxilio a la víctima del delito y control de la población. Esto

produjo resultados reclamados por la doctrina de aquella época. Se aplicaron los derechos humanos a todo el ámbito penitenciario dentro del tratamiento, con lo cual se estructuró un sistema penitenciario de carácter progresivo fundado en el estudio de la personalidad, dividido en varios periodos; se incorporó un régimen de prelibertad, se creó un penal abierto, se estructuró un consejo técnico interdisciplinario, se capacitó a todo el personal de custodia y se respetó el credo religioso y político de los reclusos. Se les informó, asimismo, sobre las recomendaciones de Naciones Unidas y lo ordenado por la ley, se crearon fuentes de trabajo para el 100% de la población penal en forma remunerada, se aplicó un sistema de educación correccional para adultos, se establecieron relaciones con el exterior a través de visitas familiares, íntimas y especiales, se desterraron las situaciones de preeminencia, lucro o autoridad de unos internos respecto de otros, las sanciones se establecieron de conformidad al reglamento entre otros renglones, que coadyuvaban al cumplimiento de la exigencia real del discurso...".[29]

Y agrega el distinguido maestro, ex Profesor de Derecho Penal de la UNAM, y que ejerció, entre otros cargos, el de Director General de Prevención y Readaptación Social del Estado de México y Director General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal:

"Para 1971, se intentó llevar a su máxima expresión el discurso readaptatorio que había tenido buenos resultados en el Estado de México, incorporándolo a nivel nacional. Fue así como se llevó a cabo la reforma penal integral, quizá como un eco de la que hacía 100 años había tenido lugar en el país. En ella, se creó la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que marcó el parteaguas en el derecho de ejecución penal mexicano."[30]

Mucho más se hizo en ese período tan fértil: construcción de prisiones, celebración de congresos, creación de organismos para la comercialización de los productos del trabajo de los internos, implantación de penas alternativas, reforma penal y procesal etc.

¿Qué pasó después? La sociedad, propensa a la represión, se opuso al mensaje y al quehacer humanitario, estimulada por el movimiento de ley y orden, que, a sabiendas, sólo contribuyó para ensanchar los índices de la criminalidad y, en consecuencia, de la población carcelaria.

Ese movimiento fracasó igualmente en Estados Unidos, en donde dio origen a un encarcelamiento en gran escala (son más de 2.000.000 de reclusos) y a absurdos como la Ley de los Tres Golpes (según la cual se aplica a quien comete un tercer crimen, grave o no, una pena que varía de 25 años a la prisión perpetua).

(29) GALINDO, Antonio Sánchez. "Control Social y Ejecución Penal en México (Pasado Inmediato y Perspectivas Futuras)". *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça do Brasil*. 1-14/45, jul. 2000 a dez. 2000.

(30) Op. cit., p. 45-46.

En México, a pesar de la inclinación de los legisladores por el agravamiento de las penas, éste no es ciertamente el camino apropiado, una vez que el verdadero desafío no está en la definición de penalidades más rígidas, sino en su aplicación y ejecución, desde que es la certeza de la punición que inhibe el crimen y no la gravedad de la pena. El desafío, de hecho, es proporcionar una ejecución penal digna, sea de la pena privativa de libertad, sea de las demás penas.

De nuevo uno interroga: ¿Qué hacer para garantizar la seguridad y la integridad de los internos? ¿Qué hacer para brindar las mínimas condiciones personales, profesionales y estructurales para la privación de la libertad?

Sabemos que el grado de civilización de una sociedad se mide cuando uno ingresa a sus cárceles. Tal vez la absorción de este entendimiento nos encoraje – y ésta es una de las respuestas – a reivindicar una politica penitenciaria, a nivel federal y estatal, más involucrada con la condición humana del presidiario, una politica penitenciaria que disminuya el foso existente entre la ley y la práctica.

Es cierto que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (modelo de los sistemas penitenciarios de gran parte de los países del mundo, consideradas el estatuto universal del preso común) establecen, en su catálogo de 94 reglas, condiciones primordiales para la ejecución de la pena, reproducidas no sólo en la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (en cuyo art. 2.° se lee que "El sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente"), sino en las Leyes de Ejecución de Sanciones vigentes en cada entidad federativa.

Póngase de relieve que el concepto de seguridad abarca, por su amplitud, "cuestiones como la gobernabilidad (quien ejerce efectivamente el poder); el otorgamiento de beneficios; el tratamiento especial para inimputables y enfermos mentales; la seguridad personal de los internos; la seguridad jurídica de los internos; el respeto a los derechos de petición y de queja; los procedimientos para la aplicación de sanciones; y la normatividad reglamentaria".[31]

En los años de 1993 y 1994, con arreglo al "Reporte de Investigación sobre la Violencia en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana", producido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, fueron indicadas las siguientes causas de disturbios en 15 centros: "no otorgamiento de beneficios, autogobierno, revisiones abusivas a familiares, fuga colectiva, aislamiento injustificado, tráfico de drogas, no adecuación de penas, procesos lentos, sobrepoblación, prohibición de visitas, maltratos y privilegios".[32]

(31) *Competencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en los centros de reclusión del país*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995. p. 10.

(32) *Violencia en centros penitenciarios de la República Mexicana: reporte de investigación*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996. p. 20.

El sobrecupo, provocado por el exceso del empleo de la prisión preventiva, el rezago judicial y la insuficiencia de vacantes, es, sin lugar a dudas, uno de los mayores villanos del sistema presidial, visto que afecta las condiciones en que los funcionarios deben ejercer su labor profesional, en perjuicio del encarcelado y de funciones básicas como higiene, alimentación, seguridad, integridad física, trabajo y recreación.

Es unánime, además, el rechazo a cualquier especie de severidad excesiva, de tormentos, de azotes, de maltratos, que dañen la salud física o mental del interno, siendo previstas sanciones de distinto grado, aplicables a aquellos que actúen de forma violenta. Dice el art. 13 de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados: "Se prohibe todo castigo consistente en torturas o tratamientos crueles, con uso innecesario de violencia en perjuicio del recluso". Recuérdese que México ratificó el 22.06.1987 la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), el 06.12.1985.

Creo que uno de los grandes desafios del penitenciarismo mexicano, en este milenio, será el equilibrio entre la seguridad (que se busca afianzar cada vez más en el medio libre y particularmente en las prisiones) y la protección de los derechos humanos de los encarcelados, un concepto que comprende no sólo la garantía de su integridad física y mental sino también el aseguramiento de mejores condiciones (equipamiento, alimentación, salud, educación, trabajo, clasificación, individualización etc.) de cumplimiento de la pena de privación dentro de un marco de legalidad y solidaridad.

El estímulo al personal penitenciario, de todos los niveles, a través de salarios más elevados, prestaciones, uniformes, mejores condiciones laborales, jubilaciones anticipadas, capacitación, entre otros – como ocurre en muchos países –, es indispensable para la formulación de una politica penitenciaria que promueva una cultura de respeto a la dignidad de las personas detenidas.

3. Orden y transparencia: control interno y externo en las instituciones penitenciarias

Con mucha razón ya fue dicho que dos aspectos cobran relevancia en una prisión: orden y transparencia.

Para que se alcance el objetivo del orden, así como el de la disciplina, resulta indispensable que el régimen carcelario adopte procedimientos que se sustenten en el respeto a los derechos humanos de los reclusos. Algunos principios, íntimamente vinculados a esos derechos y previstos, de forma directa o indirecta, en documentos internacionales, en la Constitución Federal y en las leyes, deben ser aplicados en el encierro, al regularse y aplicarse las sanciones administrativas. Son ellos: a) principio de la seguridad jurídica: b) de la proporcionalidad; c) de la no transcendencia de la pena; d) de la dignidad humana; e) de la legalidad;

f) de la presunción de inocencia; g) de la defensa; h) de la revisión; i) de la jerarquía de normas; j) de la coherencia.

El desrespeto a dichos principios puede provocar, y provoca efectivamente, serios conflictos, comprometiendo el orden interno y la propia gobernabilidad de la cárcel.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos, en "Los Derechos Humanos en la Aplicación de Sanciones en los Centros de Reclusión Penitenciaria", señala, con arreglo al numeral 27 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que

"El orden es una de las condiciones que se requieren para vivir con dignidad en las prisiones; por tal razón, debe garantizarse fundamentalmente por medio de la responsabilidad de los internos y autoridades, y sólo cuando ello no baste se podrá recurrir a las sanciones disciplinarias, las que deberán aplicarse con prudencia y con firmeza, sin que se justifique la utilización de medios que rebasen los límites que impone el respeto a los Derechos Humanos."[33]

No se olvide que entre las causas de los disturbios en 15 centros penitenciarios mexicanos, en el período de 1993 a 1994, mencionadas antes, están: el aislamiento injustificado, la prohibición de visitas y los maltratos.

Verdad es que la relación preso/administración no puede basarse en la violencia institucional, so pena de estimularse un orden, o falso orden, que funciona al revés. Por ello, según Julián Carlos Ríos Martín y Pablo Cabrera Cabrera, no debe haber espacio para técnicas de tratamiento que "adquieren una especial dureza, pasando a ser empleadas como verdaderos recursos para la despersonalización y el aniquilamiento de la identidad y para hacer desaparecer la resistencia frente a la presión institucional: aislamientos, traslados, regresiones de grado, denegación de permisos, sanciones, pérdida de destinos, etcétera".[34] Ni tampoco, añadimos, acciones que constituyen actos ilegales, violatorios de derechos humanos, como cateos con violencia, venta de servicios y sanciones no reglamentadas.

Todo ello conlleva a la cuestión del control interno, de la supervisión penitenciaria (y abro nuevo paréntesis para recomendar la lectura de las publicaciones a este respecto de la Comisión Nacional de Derechos Humanos), proceso de que participan activamente administradores, custodios, miembros de los consejos técnicos interdisciplinarios, visitadores etc.

Una labor mucho más difícil en cárceles superpobladas, una vez ejercido con excesivo rigor, de modo continuo y rutinario, sobre todo a través de reglas no

(33) *Los derechos humanos en la aplicación de sanciones en los centros de reclusión penitenciaria*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995. p. 15.

(34) MARTÍN, Julián Carlos Ríos y CABRERA CABRERA, Pablo. "La Cárcel: Descripción de la Realidad". *Revista Mexicana de Prevención y Readaptaicón Social* 14, Nueva Época, enero-abril 1999. Secretaría de Gobernación, Dirección General de Prevención y Readaptación Social. México, DF, p. 101.

escritas (de presos o custodios), el control favorece naturalmente la formación de grupos de dominadores y dominados, en que cada grupo desarrolla, por consiguiente, un comportamiento distinto: el primero, de contenido represivo; el segundo, de obediencia o insumisión.

Es común que los mecanismos de control se vuelvan más intensos en cárceles planeadas, en términos de ubicación, arquitectura y régimen, para dar énfasis a la seguridad, en donde se reafirma, según Alessandro Baratta, su función de depósito "de individuos aislados del resto de la sociedad y, por tanto, neutralizados en su potencial peligrosidad respecto a la misma".[35]

El aislamiento y su consecuente incomunicación es, por ejemplo, uno de los más severos castigos que se puede inflingir al preso y constituye la manifestación más explícita del control de los reclusos por el Estado, en un régimen que valora demasiado la búsqueda del orden, que persigue a toda costa la seguridad interna y que se caracteriza por el autoritarismo, por una estrategia de poder en que, de acuerdo con Elías Neuman, "el Estado logra una de las formas más tangibles de control y dominación, mediante la coerción física como detentador de la receta absoluta de una violencia racionalizada que planifica y centraliza al individuo".[36]

Diversos autores advierten para los riesgos de supervalorar la seguridad y la disciplina, lo que requiere de un control desmesurado sobre el recluso, con la pérdida casi total de su autonomía.

Augusto F. G. Thompson, autor del clásico "La Cuestión Penitenciaria", añade:

"Consciente de que un descuido, en lo que atañe a la seguridad y disciplina, redundará en la sujeción a sanciones, mientras un malogro en lo que respecta a la intimidación y recuperación pasará desapercibido, la administración penitenciaria se ve compelida a resaltar el carácter custodial del confinamiento carcelario, tendiendo a ejercer una vigilancia severa sobre los internos. La mejor manera de prevenir evasiones y desórdenes es imponer un régimen de asfixiante cercenamiento a la autonomía del recluso. La rigidez de la disciplina – precio alto que se paga por la seguridad – se traduce en la supresión del autodiscernimiento, de la responsabilidad personal, de la iniciativa del paciente."[37]

En este contexto, un elemento clave es la transparencia, como aseveran Julián Carlos Ríos Martín y Pablo Cabrera Cabrera:

(35) BARATTA, Alessandro. "¿Resocialización o Control Social? Por un Concepto Crítico de Reintegración Social del Condenado". *Anexo 1 de La Supervisión de los Derechos Humanos en la Prisión: Guía y Documentos de Análisis*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997. p. 120.

(36) NEUMÁN, Elías. "Cárcel y Sumisión". *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministerio da Justiça do Brasil* 1-10, jul.-dez. 1997, Brasília-DF.

(37) THOMPSON, Augusto F. G. *A questão penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976. p. 41.

"La administración penitenciaria no puede ser un feudo erigido sobre la más que discutible relación de sujeción especial que ampara la omnipotencia de una institución, ocultando las secuelas que deja en quienes están a ella sometidos: personas presas y personas funcionarias. Es preciso que se conozcan las consecuencias que soportan – a veces de modo irreparable – quienes son enviados a una prisión, y que la sociedad y muy en particular los órganos judiciales conozcan y sopesen los riesgos que conlleva enviar a una persona a un espacio en donde se juega la vida y se le socava la dignidad y la capacidad de responsabilizarse de su propia vida."[38]

En "La Supervisión de los Derechos Humanos en la Prisión: Guía y Documentos de Análisis", de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se describen las herramientas y los indicadores para la supervisión de los derechos humanos en la cárcel; la publicación trae en anexo tres estudios muy ricos: a. ¿Resocialización o control social? Por un concepto crítico de reintegración social del condenado (de Alessandro Baratta); b. El respeto a los Derechos Humanos como garantía de orden en el sistema penitenciario mexicano (de Miguel Sarre); c. La falta de recursos económicos para cumplir con las Recomendaciones. Un argumento improcedente (de Laura Lozano Razo y Rlvira Peniche de Icaza). En el segundo de los artículos, el autor, cuando se refiere a los beneficios de libertad, puntualiza que una "exigencia generalizada de la población penitenciaria es la transparencia en los procedimientos establecidos para la concesión de estos beneficios".[39]

Importante papel de control juega en este universo la figura de los visitadores, así como del Ombudsman, del Procurador de Derechos Humanos, a quien cabe, entre otras cosas, supervisar la ejecución, conocer de quejas en contra de actos y omisiones, formular recomendaciones, producir investigaciones y realizar informes sobre la situación de los internos.

Como dice Jorge Carpizo, Primer Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, si, por un lado, el tema del control del poder "adquiere hoy en día nuevos matices, porque algunos de los controles tradicionales se debilitan, ya no cumplen cabalmente con esa finalidad...",[40] por otro lado se reconoce que es aquí "donde aparece la figura del Ombudsman como un instrumento más, pero importante en el complejo mecanismo que tiende a controlar el poder en beneficio de la liberdad, la igualdad y la seguridad jurídica de las personas".[41] Y agrega:

(38) MARTÍN, Julián Carlos Ríos y CABRERA CABRERA, Pablo, op. cit., p. 94.

(39) SARRE, Miguel. "El Respeto a los Derechos Humanos como Garantía de Orden en el Sistema Penitenciario Mexicano". *Anexo 2 de La Supervisión de los Derechos Humanos en la Prisión: Guía y Documentos de Análisis*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, p. 137.

(40) CARPIZO, Jorge. *Derechos Humanos y Ombudsman*. 2. ed. México: Porrúa/Universidad Autónoma de México, 1998. p. 46.

(41) Idem, ibidem, p. 46.

"democracia, Derechos Humanos y Ombudsman son conceptos que se implican entre sí. Uno se apoya mutuamente en el otro".[42]

Por todo esto, es fundamental que el Ombudsman, cuya existencia es validada por sus resultados manifiestamente positivos, actúe con absoluta independencia respecto a la administración que fiscaliza, puesto que está a servicio de los ciudadanos, a quienes debe rendir cuentas de su actividad.

4. Notas conclusivas

En el "Seminario de Ejecución Penal: Experiencias desde la Perspectiva de los Derechos Humanos", realizado en Fortaleza, Brasil, en noviembre de 2001, fueron presentadas, en la clausura, innúmeras recomendaciones, entre ellas la de crear la figura del Ombusman en los presidios, desvinculado de cualquier órgano gubernamental.

Me acuerdo – y con ello concluyo – que prevaleció entre los participantes del Seminario la certeza de que la ejecución de la pena es una tarea difícil, que exige ingenio, dedicación, transparencia y un esfuerzo conjunto, capaz de arrostrar problemas en gran parte predecibles, teniendo siempre en mente las palabras de Concepción Arenal: "Hay que seguir insistiendo".[43]

(42) Idem, ibidem, p. 66.

(43) ARENAL, Concepción. Apud GALINDO, Antonio Sánchez. *Narraciones Amuralladas*. México: Impresos Chávez, 2001. p. 78.

1.3

LA VIOLENCIA, EL ORDEN SOCIAL Y EL CONTROL SOCIAL PENAL * **

JUAN S. PEGORARO

En este trabajo voy a presentar algunas ideas desde la teoría sociológica de como se construye el control social, en especial *el poder de castigar* como presupuesto del sistema penal. En esta dirección advierto la importancia que tienen ideas como sociedad-moral-soberanía-defensa social-desviación, ideas de las que se deriva el proceso de naturalización del poder de castigar.

El orden social como propuesto con capacidad pacificadora de las relaciones sociales siempre estuvo y estará ligado a las relaciones de fuerza existentes en una sociedad y a la amenaza o el ejercicio de la violencia para hacer cumplir las leyes que emergen del propio orden social. Por ello el derecho y la paz como aspiración del orden social y el orden social mismo tiene que ser despojado de toda ontología y de toda metafísica (Resta, 1995) para situarlo en la "artificialidad" de su construcción social (Pavarini, 1995) y en el resultado de un complejo proceso de relaciones de fuerzas enfrentadas. Por lo tanto, el derecho y la paz, como aspiración o componentes de tal orden, conviven en situación inestable con las violaciones al derecho y con la violencia para imponerlo. Resulta así que el asombro ante la violencia es simplemente una cuestión amnésica del proceso histórico y por ello, como dice Eligio Resta hay que asombrarse del asombro que produce tal asombro (Resta, 1995). Entre la violencia considerada legítima (¿la violencia estatal?) y la violencia considerada ilegítima (¿la violencia privada ?) media el arduo proceso de construcción de un orden social –siempre inestable– en el que los individuos, los grupos humanos, las clases sociales reconozcan tal orden como la Ley.

Por tanto la violencia expresada en el delito "común"[1] ha sido y es considerada como un problema para el orden social. Subyace en sus referencias la oscura

(*) 1.º Fórum Latino-Americano de Polítca Criminal "As Várias Faces do Crime", Ribeirão Preto-SP, Brasil, 14-17.05.2002.

(**) Se trata de una versión modificada de "Control Social Penal: la Ley y el Orden" que se publicara en la *Revista de la Universidad de Buenos Aires, Encrucijadas* en setiembre del 2001.

(1) Me refiero con "delito común" al generalmente violento que se ejerce sobre las personas o las propiedades, como por ejm. el robo, el asalto, el secuestro extorsivo,

sospecha que las conductas delictivas expresan un desacuerdo con los límites "contractuales" que la vida social impone a sus asociados y que tales conductas pueden ser o son algo más que el producto de una irracionalidad o de una pasión incontenible o un instinto o perversión o anormalidad. Esa "oscura sospecha" se alimenta de la percepción que los delitos de "necesidad" o "subsistencia" se nutren también de necesidades simbólicas o inmateriales lo que complejiza fuertemente la explicación de este fenómeno social ya que como advirtiera Hobbes hay hombres que violan las leyes por debilidad pero hay otros hombres que desprecian las leyes.[2] Así, el delito ha sido considerado como un problema y, como tal, parte de la historia real y de la reflexión directa o indirecta de quien se ha comprometido con las formas de gobernar y de preservar o mejorar la vida social.

En tal sentido el orden social y la herramienta penal para preservarlo frente a la violencia que implica un delito ha sido abordado desde diferentes lugares (los dioses, la moral, la religión, la soberanía del Estado, el progreso, la revolución) pero siempre desde la necesidad del mantenimiento del orden social y de los objetivos que se propone.

Hobbes afirmaba, acerca de las causas que pueden disolver el Estado (el orden que éste representa) y fomentar la sedición aceptar "... que el discernir lo que está bien de lo que está mal es algo que corresponde a cada individuo en particular...porque ya se ha demostrado que las leyes civiles son las que establecen lo que está bien y lo que está mal, lo que es justo y lo que es injusto, lo que es honesto y lo que es deshonesto".[3]

Frente a esta demoníaca ambigüedad de un "estado del orden social" voy a presentar unas "opciones" conceptuales que identifico como "antagónicas" en el sentido de que su elección condicionará los interrogantes y las respuestas que plantean los problemas humanos de la vida en sociedad, de la administración y distribución del poder, con sus desigualdades y jerarquías, de la administración de premios y castigos y su relación con la violencia. Tal administración no es otra que el control social penal que implica, a no dudarlo, uno de los problemas más inquietantes en el campo de la reflexión intelectual ya que su ejercicio produce efectos o consecuencias sociales, abarcando a la sociedad en su conjunto; producen o preservan valores de grupos sociales, en la forma de prácticas o de políticas de control social.

La idea de "hegemonía" como concepción del mundo que expresara Antonio Gramsci está intimamente ligada al ejercicio del control social y por lo tanto

la violación, que se diferencian de aquellos que se denominan delitos de cuello blanco en la tradición sociológica. Al respecto, el clásico de SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*, publicado por primera vez en EUA en 1949. Ed. La Piqueta, con prólogo de Rosa del Olmo, Madrid 1999.

(2) HOBBES, Thomas. *De Cive*. Madrid: Alianza, 2000. p. 239.

(3) HOBBES, Thomas, op. cit., p. 196.

de la gobernabilidad. Ahora bien, como dice el historiador inglés E. P. Thomson, "Una hegemonía tal, sólo puede ser mantenida por los gobernantes por medio de un constante y diestro ejercicio de teatro y concesión... y más bien impone anteojeras que impidan la visión en ciertas direcciones mientras la dejan libre en otras".[4] Su pretensión de orden social es que sea aceptado, internalizado, legitimado por todos los grupos sociales pero esto no significa desconocer diversas formas o expresiones de resistencia; de tal manera que el orden social siempre es un orden social inacabado. Al respecto E. P. Thomson, hablando de los finales del siglo XVIII decía: "Durante casi cien años los pobres no fueron los completos perdedores. Conservaron su cultura tradicional: lograron atajar parcialmente la disciplina laboral del primer industrialismo, quizás ampliaron el alcance de las Leyes de Pobres; obligaron a que se ejerciera una caridad que pudo evitar que los años de escasez se convirtieran en crisis de subsistencias; y disfrutaron de las libertades de lanzarse a las calles, empujar, bostezar y dar hurras, atacar casas de panaderos o disidentes detestables, y de un comportamiento bullicioso y no controlado que asombrara a los visitantes extranjeros y casi les indujo erroneamente a pensar que eran 'libres'".

Las prácticas penales que, casi con exclusividad, realiza el Estado (esa creación humana que se yergue frente a nosotros con pretensión de autonomía y supuesto consenso de sus actos, y que monopoliza el poder de castigar) son un resultado de haber alcanzado la soberanía, que implica su contracara: el sometimiento de la ciudadanía a tal "resultado".

En esta dirección la mayoría de los penalistas siguen sosteniendo que las conductas "desviadas" o las delictivas son la razón de ser del sistema penal, y por lo tanto promueven una política penal que asuma una forma pedagógica, como "corrección", como reacción o respuesta a tales conductas. Esta supuesta reacción omite considerar la fuerza que conlleva un acto de poder como el dictado de una ley que más que una respuesta responde a la iniciativa y construcción de un orden social, que dispone lo que está bien y lo que está mal, lo permitido y lo no permitido produciendo subjetividades en su estrategia de una continuada reproducción del orden social.

Pero además y como otra promesa incumplida de la modernidad, la existencia de leyes no es un obstáculo para el poder porque la ley no actúa sin mediaciones, tanto de mediaciones institucionales (Cárcova, 1996) como de funcionarios administrativos o de funcionarios judiciales; esas mediaciones son la realidad del ejercicio del control social penal y como tal pone en acto la ley, o la desactiva si le es conveniente. El observable de la ley es su funcionamiento y no sólo su enunciado. Por ello en la realidad, el poder reprime y tolera, castiga y facilita y aún promueve actos ilegales. En su estrategia de reproducción del orden social realiza prácticas que recorren un arco que se propone inicialmente la integración-

(4) THOMPSON E. P. *Tradición, Revuelta y Conciencia de Clase*. Barcelona: Crítica, 1984. p. 60.

cooptación de los individuos o grupos sociales, y en caso necesario prosigue con la corrección, con la represión, con la estigmatización, con la exclusión, con la incapacitación y, finalmente, si es necesario, con la eliminación.

El concepto de Control Social ha sido objeto de consideraciones diversas. Fue la sociología norteamericana de las dos primeras décadas del Siglo XX la que utilizó el concepto como sinónimo de conductas acorde con el interés común y de un control sobre uno mismo y conjuntamente como el control que los ciudadanos ejercían entre sí y sobre los órganos de gobierno que creaban (Melossi, 1995). Esta idea de control social "de abajo hacia arriba" no ha dejado de estar presente en la perspectiva de la lucha política y mantiene intacto su convocatoria a la ciudadanía a participar en tal control. De lo que se trata entonces, es de la forma de cómo resolver el viejo problema que existe entre individuo y sociedad, entre naturaleza humana y sociedad, entre diversidad humana y sociedad. Pero este "irresoluble" conflicto parece más depender de la relación de individuos con el orden social creado por otros individuos que del espejismo de la posible existencia de un orden social armónico (la sociedad) sólo circunstancialmente asolado por las patologías o maldades individuales. La "conciencia colectiva" que según Durkheim (1993) se expresa más fuertemente en el derecho penal, en particular en sociedades pre-modernas, no ha dejado de necesitar una continua coacción en las sociedades modernas; pese al gran desarrollo de los derechos llamados por Durkheim "cooperativos" como el derecho civil y comercial, la diversidad humana no ha podido ser integrada totalmente. Por lo tanto, el concepto de control social también ha sido concebido como una estrategia de integración-cooptación (Pegoraro, 1995) pero también de corrección, de exclusión, de represión, de incapacitación, herramientas necesarias para la reproducción del orden social.

De tal manera el abordaje del control social estuvo y está ligado a una determinada visión de orden social, y el campo académico no ha sido objetivo ni neutral: responde a esa "visiones" (Stanley Cohen, 1988) que se tiene del orden social o de la sociedad. El imaginario social de la Burguesía en la Modernidad estuvo marcado por la visión de una fábrica con un reglamento carcelario, y del orden social como el control sanitario de una ciudad apestada (Foucault, 1976). Es con esas imágenes que el orden social necesitó de la utilización de la amenaza penal, función que cumplieron una red institucional alimentada por la idea de *sociedad disciplinaria* que sería como el resultado tanto de la fábrica como del orden social, tanto de la cárcel como de la ciudad apestada. La fábrica como espacio de la producción de bienes para satisfacer necesidades materiales y el orden como idea ligada al progreso de la sociedad. La cárcel como lugar de corrección pero también de incapacitación para defender a la sociedad, y la ciudad apestada (ordenanzas, reglamentos, permisos, clasificaciones, distribuciones etc.) para hacer posible la producción industrial.

Pero la existencia de un orden social no homologa las concepciones de la vida, de la justicia, de la equidad, de la libertad que tienen los individuos, los grupos humanos, las clases sociales y esas visiones condicionan, por ello, tanto

la *interpretación* de la historia, como de los fenómenos sociales actuales, los cambios que se producen en la estructura, en el pensamiento y en el imaginario social.

Por esto, y de manera exploratoria identifico en este trabajo cinco opciones conceptuales que son un *a priori* para abordar la relación entre el orden social y el control social:

- El Control Social de la Sociedad o del Orden Social;
- El Control Social como una ética o como una política;
- El Control Social como expresión de la Soberanía o del Sometimiento;
- El Control Social para la Defensa Social o para el Garantismo individual;
- El Control Social como respuesta a la Desviación Social o como iniciativa de Censura Social.

Estos distintos enfoques que considero antagónicos, los describiré de manera esquemática, sin tener en cuenta sus matices y clarososcuros, con el objetivo de hacer más visible las implicancias conceptuales de la elección.

1.° El Control Social de la Sociedad o del Orden Social.

Al abordar conceptualmente la naturaleza de las relaciones sociales se presenta la elección de uno u otro paradigma. En primer lugar es necesario preguntarse sobre el grado de legitimidad y de suficiencia conceptual de "sociedad" ya que su invocación nos dice muy poco sobre su estructura, sobre las formas de propiedad en su interior, sobre la naturaleza del poder y las relaciones de dominación, sobre la forma del Estado, sobre sus metas culturales, sus ideas predominantes, la forma de producir la vida (Marx, 1977). Además supone un orden normativo que los individuos cumplen de una manera casi automática; la motivación de su acción social racional (Weber, 1974) con arreglo a fines también contemplaría la acción social con arreglo a los valores de la sociedad; pero ¿dónde colocar las conductas delictivas en esta sociedad?, ¿sólo en sus confines, en sus márgenes?. Por otro lado el concepto de sociedad implica una desmemoria de su proceso constitutivo y en él, el papel de la violencia en el proceso histórico que la ha constituido.

Recordemos que la sociología norteamericana (en especial la Escuela de Chicago) fue la sociología académica hegemónica en el mundo intelectual desde el fin de la primer Guerra Mundial hasta los años 60 y que impuso una teoría sociológica basada en el concepto de "sistema social" (Parsons, 1974)[5] y que enfatizó un modelo de sociedad con la metáfora del organicismo social que

(5) Para un análisis crítico, GOULDNER, Alvin. *La Crisis de la Sociología Occidental.* Buenos Aires: Amorrortu, 1973. También NORBERT, Elias. *El Proceso Civilizatorio.* México: FCE, 1982. Introducción.

realimentaba la existencia de un consenso político libre y democrático de los individuos que han tenido una similar socialización, respetan las mismas normas y aspiran a los mismos valores y normalmente conviven en armonía. Su agenda de investigaciones incluía la práctica intelectual que se afanaba sutilmente en tratar de descubrir desviaciones sociales, anormalidades, disfunciones sociales y la forma de resolverlas. En este campo, la creación o invención del Estado, con su nueva forma, Estado Asistencial o Benefactor o del Welfare State trataba de solucionar, ya sea con la asignación de recursos o con reformas institucionales los conflictos o problemas que emergían en una sociedad tan compleja y en especial con recurrentes crisis en su integración social, en particular por las sucesivas oleadas inmigratorias y las dificultades de su asimilación. Claro que no obstante esta dificultosa integración social, la estructura social y el orden que ella suponía no era cuestionado y en su caso allí estaba el Estado del Welfare para abordar "la desviación" de forma tal que el conflicto o la desviación pareciera un problema marginal o psicológico individual, aunque involucrara a grupos humanos. Ch. W. Mills (1964) calificó como "patólogos sociales" a los intelectuales dedicados a la búsqueda y señalamiento de tales formas de "desviación".

La metafísica de la existencia de una ley de la naturaleza humana funciona como el imperativo moral para que los individuos se adapten al orden social llamado sociedad. Es entonces el sistema social el que –según Parsons–[6] tiene la capacidad reguladora y de integración de individuos, de homeostásis, de equilibrio; la metáfora del organismo se ofrece no sólo como descriptivo sino también en su obcecada versión como optimista o esperanzada. La idea de estar transitando hacia una sociedad armónica tranquiliza y permite naturalizar el orden social y traducirlo en un esquema organicista social; esto posibilita y justifica la distibución de premios y castigos entre la ciudadanía, porque estas visiones realimentan y justifican el poder de castigar que estaría fundado en un consenso moral. La "ilusión" (Freud, 1976) de alcanzar tal sociedad, no obstante la desigualdad social, es la fuerza del deseo de vivir en paz, que el orden desigual, en su caso, sea aceptado como provisional en tanto y en cuanto sea capaz de invisibilizar la violencia y la desigualdad como estructurante, permanente y definitiva.

Por otra parte la idea de sociedad supone que la moral y el derecho, los valores positivos presentes en el imaginario colectivo, orientan las conductas humanas, o por lo menos deberían orientarla hacia la felicidad y el bienestar. Pero recordemos que Sigmund Freud[7] decía en "El Malestar en la Cultura" en referencia a las fuentes del sufrimiento humano que "... no podemos entender la

(6) PARSONS, Talcott (1974:14) señalaba que "(...) uno de los principales problemas de integración de un sistema de acción lo representa la coordinación de sus unidades constitutivas, (...) los seres humanos (...) por tanto atribuimos al sistema social la supremacía en la función de integración".

(7) FREUD, Sigmund. *El Malestar en la Cultura*. México: Siglo XXI, 1980.

razón por la cual la normas que nosotros mismos hemos creado no habrían de protegernos y beneficiarnos a todos".

Por ello, la descripción y análisis de los "problemas humanos" y su control será diferente si nos acercamos a ellos con una visión organicista de la "sociedad" o con una visión del "orden social" impuesto por las relaciones de fuerza, fuerzas que someten, dominan, imponen su ley. Esa visión del orden social tiene observables como la estratificación social, sus clases sociales, su forma de división del trabajo, la distribución de los ingresos o la distribución de status, su normativa legal, el monopolio de la fuerza, la "soberanía" estatal. En este sentido, la sociedad puede considerarse como una ideología y el orden social como su realidad material.

2.° El Control Social Penal como una ética o como una política.

Esta opción implica una postura que determina una forma muy particular de abordar los problemas que presenta la conceptualización de la violencia y del conocimiento del control social penal. Foucault (1980:28) señala que para conocer las prácticas sociales "debemos comprender cuales son las relaciones de lucha y de poder. Solamente en esas relaciones de lucha y de poder, en la manera como las cosas entre sí se oponen, en la manera como se odian entre sí los hombres, luchan, procuran dominarse unos a otros, quieren ejercer relaciones de poder unos sobre otros...".

La disyuntiva de aproximarse al tema del control social y de la realidad de la ley y el orden atribuyendo a ellos una teleología ética o una teleología política permite entender que Cesare Beccaría y su fundamental alegato de 1764 "De los Delitos y las Penas", sea no sólo una propuesta humanista de reducir las penas y sufrimientos de los condenados sino también un alegato político del Tercer Estado necesitado de certeza y previsibilidad jurídica en su lucha contra el Antiguo Régimen y la creación de un nuevo orden; a punto tal que si bien elimina la pena de muerte para los delitos comunes la mantiene y la fundamenta para los delitos políticos ya que son los que pueden poner en peligro el orden social.

Pero no se trata aquí de proponer una teoría general del conocimiento sino de un modelo que permite abordar ciertos y determinados observables de las relaciones sociales con esta perspectiva, en especial la práctica de la política penal de premios y castigos (Foucault, 1980) y no sólo el enunciado de la norma. El observable sociológico del sistema penal es su funcionamiento concreto y real, la represión pero también la tolerancia y aún la utilización o aprovechamiento de prácticas delictivas; como diría Foucault (1996;85), *el juego recíproco de los ilegalismos forma parte de la vida económica y política de la sociedad* y por ello el sistema penal se expresa en una política penal.

Esto permite entender y no sólo asombrarse que el orden social pueda reprimir y perseguir delitos, y al mismo tiempo convivir con él, tolerarlo, utilizarlo, facilitarlo (Foucault, 1996). Tampoco asombrarse por el éxito de un discurso que apela a un imaginario social (Marí, 1993; 219...) de ley, orden y progreso,

que concibe al derecho y al orden social ontologicamente naturales y que rechaza críticas de pensadores liberales o radicales que utilizan ideologías que llevan a ampliar el campo de la reflexión sobre el delito incluyendo para esto la crítica al orden social. Culpan así al mensajero de los problemas de una política penal selectiva que como tal es por una parte de represión sobre sujetos débiles y por la otra de tolerancia de los cometidos por sujetos poderosos.

3.º El Control Social Penal para la Defensa Social o para el Garantismo individual.

Estos dos paradigmas se ofrecen como alternativos y en gran medida antagónicos en las prácticas de control social. Si bien el paradigma garantista del Derecho Penal clásico es poco cuestionado en el campo teórico o académico, la política penal real, el funcionamiento concreto del sistema penal, responde al paradigma del positivismo criminológico de la defensa social. En efecto, el pensamiento garantista se expresa en la normativa penal que establece de manera taxativa los tipos penales y a su vez las limitaciones legales en el accionar punitivo del Estado. Pero, fundado en la idea de que todo orden social requiere de la seguridad interna como valor máximo a preservar la política criminal no duda en someter o reducir las garantías y libertades del ciudadano invocando la defensa social (no otra cosa es la apelación a la "razón de estado"); la sospecha de peligrosidad de todo individuo (por aquellas monomanías descubiertas por la psiquiatría en el Siglo XIX, Foucault, 2000) se materializa precisamente en la amenaza o violación de sus garantías individuales.

En la fundamentación de la Defensa Social siempre se apela a una "contingencia" amenazante para limitar los derechos individuales sugiriendo que la libertad es un bien, pero debe ser regulado y controlado por el Estado. Así, si bien el pensamiento penal clásico con su cimientos garantistas es hegemónico en las teorizaciones en el campo académico del derecho penal, las políticas penales que se instrumentan son dependientes de concepciones positivistas de la defensa de la sociedad y de la peligrosidad y son ejecutadas por el Poder Policial que con esta lógica, subordina, en los hechos, al Poder Judicial.

Alessandro Baratta (1986) enunció en los inicios de la década de los 80 los presupuestos de tal defensa social y de su política criminal, basada en principios tales, como la existencia ontológica del *delito natural*; el principio *del bien y del mal* donde la sociedad era el bien y el individuo un permanente sospechoso de ser portador del mal; el principio de *legitimidad* del accionar del estado por encarnar la actividad racional tendiente a la felicidad humana y el pacto o contrato social libremente acordado; el principio de la *culpabilidad* que supone una homogeneidad moral-cultural-social al interior de una sociedad; el principio de la *prevención* que pone en acción la adjudicación de niveles de peligrosidad a individuos o a grupos sociales, y el principio de la *igualdad ante la ley*, por encima de una desigualdad social y en una sociedad de propietarios y no propietarios.

Este paradigma de la defensa social se ha desligado de los argumentos o fundamentaciones "retribucionistas" asociado a formas de dominación política premodernas, para plantearse la necesidad de que su fundamento esté basado en la utilidad social. Si bien este fundamento utilitario clausura improntas teológicas o absolutistas y se presenta como laica y liberal (Pavarini, 1992), su "utilidad" resulta difícil de comprobar y su ejercicio tiende a sobrepasar los límite legales en su defensa de la sociedad y es proclive a aceptar las tentaciones más autoritarias y peligrosistas. Luigi Ferrajoli (1994) por ejemplo, se preguntaba en "Derecho y Razón" *¿en qué consisten las utilidades procuradas y/o los daños ocasionados por el Derecho Penal? ¿quiénes son los sujetos de cuyas utilidades se hace referencia?*.Y entonces distinguía una versión del utilitarismo, *la máxima utilidad posible que pueda asegurarse a la mayoría de los no desviados*, y otra versión: *el mínimo sufrimiento necesario a infligirse a la minoría de los desviados*. No obstante este importante señalamiento de Ferrajoli deja abierta la discusión acerca de qué es "la mayoría no desviada" como también qué es la "minoría desviada" ya que así pareciera producto de una ontologización de esos conceptos.

Si el fin o la utilidad del sistema penal es la defensa social (la utilidad de la "mayoría no desviada"), a priori se justifica y legitiman los medios o procedimientos que sean necesarios para ello. Por ejemplo, penas más y más severas, la pena de muerte, los procedimientos más antigarantistas y la represión invocando contingencias o razones de estado. En su funcionamiento concreto más que en sus normas, la minimización del sistema penal es una deuda no saldada de la modernidad.

4.° Teoría Soberanía o Teoría del Sometimiento.

De alguna manera nuestra actividad intelectual está signada por una antigua pregunta, pero que hace unos años, a finales de los años 70, actualizara Barrington Moore (1989:59). Así se preguntaba *¿qué les sucede a los seres humanos para que lleguen a someterse a la opresión y a la degradación?*

Como sabemos la idea de soberanía ha sido la vestimenta del poder político estatal en el campo de la teoría jurídica, basadas más en la filosofía que en la historia política. Esta idea de soberanía omite el proceso constitutivo de ella: no se nace soberano, se conquista la soberanía por medio del sometimiento de los otros, a los que transforma en súbditos y se naturaliza el sometimiento (Hobbes, 2.000). De tal manera es preciso considerar que si bien la dominación ha sido una constante en la vida humana, su contraparte ha sido y es el sometimiento. Esta realidad, por lo tanto incluye ambos espacios sociales: soberanía y sometimiento, y el énfasis con el que carguemos estos conceptos dará cuenta de nuestra visión del orden social, con lo que implica de relaciones desiguales en diferentes aspectos de la vida social. Lacán (1978) dice que "... Sócrates refuta la infatuación del Amo, encarnada en un hombre libre de la Ciudad antigua, cuyo límite está dado por la realidad del Esclavo".

Ya a finales del siglo XIX Max Weber (1974) había instalado el tema cuando en *Economía y Sociedad* analiza la Sociología de la Dominación; ahí identificaba al "como si" como el operador de la legitimidad de la dominación: el individuo actuaba *como si* su conducta respondiera a un mandato interior, ya sea por respeto a la tradición o costumbres, al carisma de su líder o conductor o soberano, o la aceptación e internalización de las leyes y formas burocráticas de vida. Pero el "como si" no es un hecho natural sino social, construido socialmente y ahí radica entonces su "artificialidad", cuyo resultado es el sometimiento. Norbert Elías (1982) también considera una cierta base sociogenética y psicogenética en el sometimiento señalando la importancia de la estructura de los miedos en la sociedad moderna.

Esto nos indica que el fenómeno de la soberanía-dominación (o sometimiento) no es una contingencia en la historia humana tendiente a desaparecer en cuanto se logre afianzar una posición de carácter "Iluminista"; por el contrario creemos que está fuertemente ligada a condiciones materiales de formas de vida y de relaciones sociales.

Foucault (1992) sostiene que: "... decir que la soberanía es el problema central del derecho en las sociedades occidentales, quiere decir que el discurso y la técnica del derecho han tenido esencialmente la función de disolver dentro del poder el hecho histórico de la dominación y de hacer aparecer en su lugar los derechos legítimos de la soberanía y la obligación legal de obediencia". Considerar a la soberanía como un "hecho histórico" no natural, no inmutable también fue señalado por Hans Kelsen cuando advertía la imposibilidad de la existencia de una humanidad basada en la cultura del pacifismo asolada por las guerras de soberanía. La persistencia del concepto que soberanía funda, sostiene, legitima la violencia estatal y la guerra como su sustento. Por eso la apuesta de Kelsen al derecho como "certeza" frente al "azar" de la violencia (Resta, 1985). Es por tanto la realidad del sometimiento la que funda las bases para que exista la soberanía, soberanía lograda por medio de una relación de fuerzas triunfantes que tiende a naturalizarse en la medida que se cancela la memoria histórica de su origen y reproducción social

5.º El Control Social Penal como respuesta a la Desviación Social o como iniciativa de Censura Social.

Historicamente la cuestión de las conductas desviadas devino prontamente en una sociología de la desviación, lugar en el que la teoría sociológica ponía en observación una heterogénea gama de individuos que se comportaban con algún grado de diversidad considerada negativa. En particular fueron colocados en esta categoría, aunque con diferente énfasis los homosexuales, los alcohólicos, los trasvestis, los vagabundos, las prostitutas, los jugadores de dados o póker o de carrera de caballos, los bohemios, los músicos de la noche, los drogadictos, los apóstatas, los ateos, los anarquistas, los locos, las lesbianas, los/las divorciadas/os, etc.

El concepto de desviación se ligaba al supuesto de lo considerado amoral y

también a conductas "raras", poco frecuentes; y el estigma, la segregación, la exclusión, la represión o la penalización fueron el arco de políticas que ejerció el Estado y sus prácticas de control social, un poco a impulso de "empresarios morales o instigadores de la moral" (Becker, 1972) y otro poco por la propia lógica del poder impulsado a afianzar una supuesta homogeneidad moral y cultural.

Una primera sospecha de que se necesitaba algo más que una conducta para ser desviado, lo propuso Edwin M. Lemert (1967:98), a finales de la década de los 40, "Los sociólogos han de preocuparse menos por las definiciones esenciales de desviaciones tales como el desorden mental y el alcoholismo y más por los procesos por los cuales las organizaciones llegan o no a reconocerlas como defecto moral o enfermedad, a constituirlas o no en la base para excusar otros actos desviados o para decidir asignar o no beneficios a aquellos a quienes se atribuyen desviaciones". En este sentido David Matza como representante de la corriente sociológica del interaccionismo simbólico señalaba en esa época la falta de simetría del positivismo criminológico que nunca había considerado en la Teoría de la Desviación incluir el análisis del Estado en su accionar concreto como un supuesto sujeto ético y representante de una sociedad ideal, definidor precisamente, de que se considera una conducta desviada y/o delictual y que no.

En el contexto ideológico-cultural de la Sociología de la Desviación, el desviado es sinónimo de un individuo con ciertas carencias que lo llevan a comportarse así; por ejm. la carencia de bienes materiales (pobreza) o la carencia de una educación-socialización suficiente que le permitan comportarse como la sociedad le requiere. También consideró la existencia de rebeldes culturales, inapropiadamente socializados, o de "rebeldes sin causa" que vivían en la opulenta sociedad norteamericana de la posguerra. Estas categorías carecen de base científica en cuanto deben ser contextualizadas en el marco de concepciones políticos-morales, y como tales, más que una sociología de la desviación, serían expresiones de la censura social (Sumner, 1994). Esas categorías consideradas negativas requieren de un necesario análisis del proceso de creación de su censura, para así demostrar su "privación de la historia"; al respecto decía Roland Barthes (1982), en *Mitologías,* que la burguesía logra al analizar un fenómeno social cancelar el proceso histórico que lo constituyó: *la historia se evapora, es una especie de sirvienta ideal: prepara, aporta, dispone, y cuando el patrón llega desaparece silenciosamente*; en este caso la consideración del proceso histórico tendrá como objeto poner en descubierto las raíces estructurales, las formas ideológicas e institucionales que adquiere la censura social y la política criminal y las consecuencias o efectos para los "sujetos débiles"; a ellos y sólo a ellos se les aplican los discursos estigmatizadores y las políticas correccionales o incapacitadoras que realimentan la sociología de la desviación.

A modo de conclusión

Entonces, la elección de uno u otro paradigma o parámetro para la reflexión y práctica intelectual sobre el control social no sólo es relevante academicamente

sino que tiene consecuencias no exentas de violencia moral y material. Por un lado la sociedad, concebida como orgánica, homestática y en pos de la armonía con la ley, el orden y el progreso; la interpretación de que el control social es una concepción sólo filosófica-humanista cuando asume la ideología de la defensa social; la óptica ontológica y de la esencialidad de las conductas desviadas. Esto implica una determinada agenda de problemas a investigar signados por una visión acrítica de los valores del orden social que se expresa en la persecución de sujetos débiles y la impunidad de sujetos poderosos.

A su vez será otra nuestra agenda de trabajo al adoptar enfoques críticos del orden social y del control social, de la práctica y funcionamiento del poder de castigar, de la ideología de la defensa social por sus avances ilegales sobre la ciudadanía, y de la crítica a la supuesta racionalidad instrumental de la censura social.

Creo que esta elección conceptual marca diferencias sustanciales en la práctica intelectual acerca de las complejas relaciones de la violencia y la sociedad que implica determinado tipo de preguntas Por ejemplo, ¿puede un orden social que produce normas legales y que se reproduce en base al "teatro y la concesión", la violencia y el delito, la desigualdad y el sometimiento, construir relaciones sociales para la armonía y el bienestar humano?. El escepticismo sobre su resolución no impide que reflexionemos sin pausa sobre este problema tan humano.

Bibliografía

BARATTA, Alessando. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal.* México: Siglo XXI, 1982.

BARRINGTON MOORE, Jr. *La injusticia: bases sociales de la obediencia y la rebelión.* México: UNAM, 1989.

BARTHES, Roland. *Mitologías.* México: Siglo XXI, 1982.

BECKER, Howard. *Los Extraños.* Buenos Aires: Tiempo Contemporaneo, 1972.

BENJAMIN, Walter. "Para una crítica de la violencia". Barcelona: Taurus, 1982.

CANETTI, Elias. *Masa y Poder.* Madrid: Alianza-Muchnik, 1987.

CÁRCOVA, Carlos. *Derecho, Política y Magistratura.* Buenos Aires: Editorial Biblos, 1996.

COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social.* Barcelona: PPU, 1988.

DURKHEIM, Emile. "Evolución de dos leyes penales". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales* 13, Buenos Aires, 1999.

———. *La división del trabajo social.* España: Planeta Agotini, 1993.

———. *Las Reglas del Método Sociológico.* Buenos Aires: La Pleyade, 1976.

ELIAS, Norbert. *El Proceso Civilizatorio.* México: FCE, 1982.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón.* Madrid: Trotta, 1995.

———. "La legalidad violenta". *Democrazia e Diritto.* Milan, 1989.

FOUCAULT, Michel. *Genealogía del Racismo.* Madrid: La Piqueta, 1992.

———. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1982.

———. *Los Anormales*. México: FCE, 2000.

———. *Vigilar y Castigar*. México: Siglo XXI, 1976.

FREUD, Sigmund. *El Malestar en la Cultura*. México: Siglo XXI, 1981.

———. *El porvenir de una ilusión*. México: Alianza, 1984.

GIRARD, Rene. *La violencia y lo sagrado*. Barcelona: Anagrama, 1995.

GOULDNER, Alvin. *La crisis de la sociología occidental*. Buenos Aires: Amorrortu, 1973.

GRAMSCI, Antonio. *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado Moderno*. México: Juan Pablos Editor, 1975.

HOBBES, Thomas. *De Cive*. Madrid: Alianza, 2000.

LACÁN, Jacques. *Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en criminología*. Buenos Aires: Homo Sapiens, 1978.

LEMERT, Edwin. "Estructura social, Control Social y Desviación". *Anomia y Conducta Desviada*. Marshall B. Clinard (compilador). Paidós, 1967.

MARÍ, Enrique. *Papeles de Filosofía*. Buenos Aires: Biblos, 1993.

MARX, Karl. *Introducción general a la crítica de la economía política 1857*. México: Cuadernos de Pasado y Presente, 1977.

MATZA, David. *El Proceso de Desviación*. Madrid: Taurus, 1981.

MELOSSI, Dario. *El Estado del Control Social*. México: Siglo XXI, 1995.

MERTON, Robert K. *Teoria y Estructura Social*. México: FCE, 1974.

MILLS, Ch.W. "La ideología profesional de los patólogos sociales". *Poder, Política y Pueblo*. México: FCE, 1964

PARSONS, Talcott. *El sistema de las sociedades modernas*. México: Trillas, 1974.

PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación*. México: Siglo XXI, 1983.

———. "El nuevo mundo del control social". *Cuadernos de Posgrado* Fac. Cs. Soc.-CBC-UBA, 1995.

———. "Historia de la pena; su justificación imposible". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales* 1, Buenos Aires, 1992.

PEGORARO, Juan. "Las relaciones sociedad-estado y el paradigma de la inseguridad". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales* 9/10, Buenos Aires, 1997.

RESTA, Eligio. *La certeza y la esperanza. Ensayos sobre el derecho y la violencia*. Buenos Aires: Paidós, 1995.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Estado, Derecho y Lucha Sociales*. Bogotá: ILSA, 1991.

SUMNER, Colin. "La Decadencia del Control Social". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales* 8, Buenos Aires, 1996.

———. "Repensar la desviación: hacia una sociología de la censura social", mimeo presentado en la Universidad de Barcelona, 1994.

SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*, publicado por primera vez en EUA en 1949. Ed. La Piqueta, con prólogo de Rosa del Olmo, Madrid 1999.

THOMSON, E. P. *Tradición Revuelta y Conciencia de Clase*. Barcelona: Crítica, 1984.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México: FCE, 1974.

WOLFE, Alan. *Los límites de la legitimidad*. Siglo XXI, 1980.

1.4

OS RECURSOS EM PROCESSO PENAL: relevância e determinação tendo em vista a ordem jurídica constitucional e processual penal em Portugal

LUCIANA RODRIGUES KREMPEL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A razão para se recorrer – 3. O duplo grau de jurisdição – 4. A previsão constitucional após a Revisão Constitucional de 1997 – 5. A sistemática dos recursos no Código de Processo Penal: 5.1 Considerações introdutórias; 5.2 Os recursos no Código de Processo Penal; 5.3 Classificação dos recursos – 6. Os recursos ordinários: 6.1 Princípios gerais: 6.1.1 Recorribilidade e legitimidade; 6.1.2 Interposição, momento da subida e efeitos dos recursos; 6.1.3 Proibição da *reformatio in pejus*; 6.2 Da tramitação unitária: 6.2.1 Fundamentos do recurso; 6.2.2 Tramitação dos recursos; 6.2.3 Tramitação perante as Relações; 6.2.4 Tramitação perante o Supremo Tribunal de Justiça – 7. Os recursos extraordinários: 7.1 Introdução; 7.2 Recurso para fixação de jurisprudência; 7.3 Recurso de revisão: 7.3.1 Algumas considerações iniciais; 7.3.2 Caso julgado; 7.3.3 Segurança jurídica, certeza jurídica e justiça; 7.3.4 Apontamentos históricos do recurso de revisão; 7.3.5 Fundamentos e tramitação da revisão; 7.3.6 A revisão e o princípio da presunção de inocência – 8. Conclusão – Abreviaturas – Bibliografia.

Resumo: Os recursos consistem em um meio adequado para a obtenção da reapreciação de uma decisão judicial, que tenha ou não transitado em julgado. No ordenamento jurídico português, o qual damos enfoque no presente estudo, os recursos estão entre as matérias que o actual Código de Processo Penal português mais inovou, nomeadamente pela autonomia que foi alcançada pelos mesmos em relação ao processo civil. Pretende-se evidenciar não apenas a característica de direito fundamental de defesa, como também de verdadeiro remédio jurídico; tudo isso, levando em consideração tanto a ordem jurídica processual penal, como a ordem constitucional portuguesas.

Palavras-chave: Processo penal – Sistema recursal português – Ordem jurídica constitucional – Presunção de inocência.

1. Introdução

No presente estudo pretende-se analisar os recursos em processo penal, estabelecendo a sua relevância e determinação tendo em conta a ordem jurídica constitucional e processual penal.

Para tanto, iniciaremos com o questionamento do motivo pelo qual se recorre, já que se trata de indagação fundamental que estabelece a própria razão de ser dos recursos dentro do ordenamento jurídico.

Passaremos, então, ao tratamento do duplo grau de jurisdição, garantia nitidamente conferida dentro do sistema processual português, e que traz consigo, acima de tudo, uma grande segurança na aplicação da lei.

O facto do actual Código de Processo Penal viabilizar que se recorra não apenas em matéria de direito, mas também em matéria de facto, permite que o recurso seja utilizado nitidamente na sua função de remédio jurídico. É justamente em relação à matéria de facto que os magistrados são mais susceptíveis de se equivocarem, de cometerem erros, de modo que nada mais adequado do que a possibilidade de, no caso concreto, se recorrer em busca não apenas da verdade material, mas, acima de tudo, da Justiça e o consequente restabelecimento da paz jurídica dentro da sociedade.

Dentro dessa perspectiva da possibilidade de se recorrer em matéria de facto e de direito é que abordaremos a previsão constitucional expressa da garantia de defesa do recurso, estabelecido no art. 32.°, n. 1, da CRP e, em seguida, faremos uma ligação com a sistemática apresentada pelo CPP, nos seus arts. 399.° a 466.°.

Na estrutura apresentada pelo Código de Processo Penal actual, aproveitaremos, em alguns pontos da matéria, para mencionar as alterações sofridas em relação ao CPP de 1929, visando com isso não apenas possibilitar uma visão geral do sistema, como as suas inovações em consonância com os anseios da sociedade.

Abordaremos os recursos ordinários, segundo alguns autores os verdadeiros recursos, e os recursos extraordinários, dirigindo as nossas atenções, nesse segundo grupo de recursos, nomeadamente para as questões relevantes relacionadas ao recurso de revisão, pois traremos à discussão três valores básicos do Direito: a segurança, a certeza e a justiça.

O estudo do presente recurso extraordinário também nos permitirá a análise não só da questão da coisa julgada e do seu alcance – já que diante de tal recurso a sua intangibilidade é quebrada – como também do princípio da presunção de inocência, que estabelece que todo o arguido deverá ser considerado inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação.

Finalmente, teceremos a nossa conclusão, levando sempre em consideração a inserção dos recursos dentro do sistema processual penal e, principalmente, analisando as conexões existentes entre este e o sistema constitucional.

2. A razão para se recorrer

Um questionamento comumente realizado ao tratar-se dos recursos é qual vem a ser a razão para se recorrer.

Devemos considerar, em primeiro lugar, que as decisões, pressuposto lógico para a interposição de qualquer recurso, são proferidas por seres humanos, de maneira que há a possibilidade de ocorrer um erro no julgamento, seja em relação à matéria de direito, seja em relação à matéria de facto.[1] Levando em consideração, portanto, a falibilidade humana, podemos dizer que nela encontramos a primeira e fundamental razão de ser dos recursos, mas não é o único fundamento para tanto.

Para além da falibilidade humana, devemos ainda estar atentos ao facto de que o ser humano, de maneira geral, não se conforma diante de uma única decisão. E é justamente para suprir essa necessidade psicológica de inconformismo,[2] que lhe é dada uma nova oportunidade de interpor recurso. Evidentemente não estamos a tratar da possibilidade de satisfazer um capricho humano, mas tão-somente a considerar as hipóteses nas quais o inconformismo pode preencher os requisitos necessários para o cabimento de um recurso. Estamos, aqui, diante de uma razão secundária para se recorrer, já que é possível que o indivíduo já esteja em última instância, não tendo mais como recorrer e continue inconformado.

Não podemos deixar de mencionar também, além da falibilidade e do inconformismo humanos, que há razões históricas a justificar a existência dos recursos nos ordenamentos jurídicos. Com efeito, os recursos, de uma maneira mais rudimentar ou mais evoluída, sempre foram uma possibilidade na história do Direito, desde a época do Império Romano. Claro que os mesmos passaram por modificações no decorrer dos tempos, mas sempre estiveram presentes, tendo início com o instituto penal da graça. Em Portugal já podemos percebê-los nas façanhas medievais e, mais tarde, nas Casas de Suplicação.

Assim, levando-se em consideração os motivos supra mencionados, podemos sintetizar a razão de ser dos recursos, o seu sentido de existência, no facto

(1) Confiar o poder de decidir a apenas uma pessoa poderá levar ao arbítrio da decisão mais facilmente. O que evidentemente não significa afirmar que a quantidade de julgamentos está relacionada à qualidade e justiça que será feita mas, pelo contrário, que é uma possibilidade de se reexaminar uma decisão anteriormente proferida e conferir à mesma maior certeza jurídica quanto a eventuais erros de julgamento. Recorrer não significa uma obrigatória mudança da decisão, podendo a mesma ser mantida por ficar claro, também ao juízo recorrido, que está adequada ao caso concreto em questão.

(2) Parece-nos oportuno ao tratarmos da falibilidade humana, apresentar um exemplo para ilustrar este inconformismo supra mencionado. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, "em qualquer setor da atividade humana, ninguém se conforma com o primeiro julgamento. Se alguém procura um médico e este lhe diagnostica um mal mais ou menos grave, surge a dúvida no espírito do consulente: será que ele disse a verdade? Esse médico é realmente competente? Também na vida judiciária surgem para os litigantes as mesmas dúvidas, as mesmas apreensões, as mesmas desconfianças, e daí a necessidade de se adotar um meio de provocar o reexame da questão decidida: o recurso" (vide *Processo penal*, p. 298).

de ser através dos mesmos que se possibilita o reexame das decisões proferidas no processo,[3] que, em regra, será feito por um órgão hierarquicamente superior ao que tenha proferido a decisão recorrida.

3. O duplo grau de jurisdição

Considerando que os recursos possibilitam um reexame das decisões que venham a ser proferidas no processo, podemos afirmar, então, que este tema está directamente relacionado com o princípio do duplo grau de jurisdição,[4] que passaremos a analisar em seguida.

Ao falarmos em duplo grau de jurisdição,[5] referimo-nos, indirectamente, à existência de instâncias inferiores e instâncias superiores. No ordenamento português podemos apreender facilmente tal afirmação pela estrutura dos recursos estabelecida no Código de Processo Penal, já que das decisões proferidas pelos juízes há a possibilidade de recorrer, dependendo dos motivos, para o Tribunal de Relação ou para o STJ.[6] Lembrando, ainda, que há o Tribunal Constitucional, competente para analisar questões de ordem constitucional.[7]

(3) O vocábulo latino da palavra recurso – *recursus* – já nos deixa evidenciado a possibilidade de reexame, uma vez que significa justamente retrocesso, corrida para trás, caminho para voltar, volta, dando idéia da possibilidade de um novo curso do que já estava em curso anteriormente.

(4) O princípio do duplo grau de jurisdição, considerado hoje como uma verdadeira garantia dos cidadãos em terem a possibilidade de recorrerem de decisões jurídicas que lhes tenha sido contrária aos seus interesses, nem sempre foi encarado dessa maneira. Apenas como um dado histórico, devemos mencionar o facto de que após a Revolução Francesa este sofreu duras críticas que, baseadas em idéias democráticas, defendiam os recursos como forma evidente de manter a superioridade de uma aristocracia judiciária, contrária às idéias de igualdade preconizadas. Merece destaque, ainda, o facto de que, por algum tempo, no direito soviético, condenou-se a possibilidade de apelação, haja vista que considerava a possibilidade de recorrer sobre matéria de facto anteriormente decidida, uma violação das idéias democráticas, já que as questões eram julgadas por juízes eleitos e assessores populares.

(5) O duplo grau de jurisdição surgiu no processo civil, na Revolução Francesa, como princípio destinado a garantir a recta administração da justiça.

(6) Podemos verificar, através da exposição de motivos do Código de Processo Penal, quando da Revisão realizada em 25.08.1998, pela Lei 59/98, a sobreposição do duplo grau de jurisdição à regra do único grau de recurso, como se evidencia na seguinte afirmação: "restitui-se ao STJ a sua função de tribunal que conhece apenas de direito, com excepções em que se inclui a do recurso interposto do tribunal do júri". E, ainda, na afirmação de que "admite-se o recurso *per saltum*, justificado pela medida da pena e pela limitação do recurso a matéria de direito" e, por fim, "assegura-se um recurso efectivo em matéria de facto". Assim, é cristalina a posição do legislador infraconstitucional no sentido de garantir um duplo grau de jurisdição em matéria

Na Constituição da República Portuguesa de 1976 também vislumbramos tal garantia, pois após a 4.ª Revisão Constitucional, ocorrida em 20.09.1997, o direito de recurso passou a ser considerado com um direito fundamental, sendo incluído de maneira expressa pelo legislador constituinte no art. 32.º, n. 1, parte final da CRP que estabelece, *in verbis*: "O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, *incluindo o recurso*" (grifo nosso).

Assim, após a 4.ª Revisão Constitucional, podemos então afirmar que as celeumas existentes em relação à existência ou não do duplo grau de jurisdição ficaram solucionadas, porque antes desta previsão, muito se discutiu a respeito da garantia ou não do duplo grau de jurisdição pelo ordenamento jurídico português, sendo, inclusive, questão de análise pelo Tribunal Constitucional. A partir da Revisão Constitucional de 1997, podemos afirmar – mesmo acreditando que antes tal garantia já estava indirectamente prevista no ordenamento jurídico[8] –, que agora com tal previsão expressa a esse respeito, não restam mais dúvidas.

Feitas essas considerações, podemos compreender que a possibilidade do duplo grau de jurisdição, apesar das discussões que já mencionamos, esteve prevista no ordenamento jurídico português desde as Ordenações Filipinas, até os dias actuais, haja vista a sua importância. "O princípio do duplo grau de jurisdição dá maior certeza à aplicação do Direito, com a proteção ou restauração do direito porventura violado e é por isso que se encontra assente nas legislações".[9] Isso porque, a possibilidade de existir um segundo exame sobre a mesma matéria garante, ao menos teoricamente, uma maior segurança[10] no tocante à solu-

de facto, que será apreciada pelos Tribunais da Relação, bem como a possibilidade de reanálise pelo STJ apenas (como regra), de matéria de direito.

(7) Nesse sentido: "O recurso para o Tribunal Constitucional não é um recurso de desconformidade para tribunal hierarquicamente superior, mas apenas um recurso de apreciação de inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma que a decisão recorrida aplicou ou a que recusou aplicar" – Ac. STJ, de 08.02.1996, Proc. 47541.

(8) A previsão do duplo grau de jurisdição, apesar de não ser expressa, era claramente notada não só no actual ordenamento jurídico português, como também na tradição do ordenamento jurídico português. Já nas Ordenações Filipinas, era possível notar tal possibilidade. E, ainda, mais recentemente, no Código de Processo Penal de 1929, a previsão de garantia do duplo grau de jurisdição vem claramente estabelecida pelo art. 473.º, que determinava a interposição de recurso obrigatório pelo Ministério Público em casos de decisões condenatórias graves, ou ainda, na redacção dada ao parágrafo único de mencionado artigo, com a alteração feita pelo DL 402/82, de 23 de setembro, se dispunha que o Ministério Público recorreria das decisões condenatórias, sempre que as mesmas impusessem uma pena de prisão superior a oito anos.

(9) Júlio Fabbrini Mirabete. *Processo penal*, p. 597.

(10) Sobre a segurança jurídica, tema fundamental em Direito e, nomeadamente em matéria de recursos, será abordado quando tratarmos do recurso extraordinário da revisão.

ção apresentada para o conflito de interesses em questão. O que não significa, de maneira alguma, querer afirmar que em caso de não existirem os recursos, não se colocasse fim a incerteza mediante a decisão que fosse proferida; no entanto, com a possibilidade de um reexame da matéria, o risco de ser cometida uma injustiça, é menor.

No entanto, devemos ressaltar que apesar do duplo grau de jurisdição parecer-nos fundamental em matéria de recursos, principalmente para possibilitar, de uma maneira inequívoca, a efectivação da justiça, da exacta aplicação do direito, bem como do esclarecimento da verdade material, há fortes argumentos utilizados contra ele e que nos parece importante ser mencionados. Se por um lado há defensores, como nós, de que o duplo grau de jurisdição pode ser considerado uma garantia de defesa, por outro, há aqueles que discordam totalmente de tal posição e enunciam os motivos contrários a tal garantia.

O primeiro deles diz respeito ao facto de que nada garante que a decisão proferida por um tribunal seja melhor do que a proferida em primeira instância.[11] Afirmam os defensores desse argumento, que a decisão poderia ter sido justa e ser reformada pelo tribunal.

Dizem, também, que além da decisão poder ser prejudicada com a reforma, é evidente que com a possibilidade de recorrer, o princípio da economia processual está sendo violado.

Não temos dúvidas quanto à pertinência de tais argumentos, no entanto, não podemos com base nos mesmos, impedir a possibilidade de se ter uma decisão reexaminada. Mesmo porque, não só os argumentos jurídicos mantêm a necessidade do reexame das decisões e a sujeição das mesmas ao duplo grau de jurisdição. Há envolvido nessa matéria um cristalino fundamento político, já que os recursos são uma maneira de controlo dos actos estatais. "Nenhum ato estatal pode escapar de controle. A revisão das decisões judiciárias – que configuram ato autoritativo estatal, de observância obrigatória para as partes[12] e com eficácia natural em relação a terceiros – é postulado do Estado de Direito".[13]

O duplo grau de jurisdição, portanto, em matéria penal, é uma exigência que deve ser obedecida, tendo em vista que é uma verdadeira garantia concedida aos cidadãos e constitucionalmente garantida. "A constituição prevê vários graus de jurisdição. Isso não significa a existência necessária e obrigatória, em todos os feitos submetidos a decisão jurisdicional, de um duplo grau de jurisdição. Por duplo grau de jurisdição entende-se, no seu sentido mais restrito, a possibilidade de obter o reexame de uma decisão jurisdicional, em sede de mérito, por um

(11) Corroborando este argumento contrário ao duplo grau de jurisdição, podemos mencionar a frase célebre que foi atribuída a Ulpiano que dizia que nem sempre quem julga por último julga melhor.

(12) Leia-se, no ordenamento jurídico português, sujeitos processuais e não partes.

(13) Ada Pellegrini Grinover; Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes. *Recursos no processo penal*, p. 22.

outro juiz pertencente a um grau de jurisdição superior ('instância de segundo grau'). No entanto, a existência de um duplo grau impõe-se em matéria penal (CRP, art. 32.º/1) como exigência constitucional ineliminável da garantia dos cidadãos".[14]

É evidente que não podemos ignorar o facto de que o duplo grau de jurisdição só foi previsto em matéria penal expressamente no Pacto Internacional sobre Direito Civis e Políticos (Lei 29/78, de 12 de junho) que estabelece em seu art. 14.º, n. 5, *in verbis*, que "qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença, em conformidade com a lei". Nas demais cartas internacionais de direitos do homem, como a Declaração Universal dos Direito do Homem e do Cidadão (1789), bem como a Convenção Europeia dos Direito do Homem (Lei 65/78, de 13 de outubro), o direito ao recurso veio previsto de maneira bem limitada, deixando para os legisladores nacionais a adequação de tal garantia, mas nunca impondo que houvesse um duplo grau de jurisdição em matéria de facto. Ao que pese tal colocação, é importante termos cristalino que o legislador português, tanto constitucional como ordinário, reconheceu claramente a garantia do duplo grau de jurisdição, inclusive, em matéria de facto.

Assim, o duplo grau de jurisdição é um princípio e uma garantia imprescindíveis e fundamentais em matéria de recursos e que é assegurado no ordenamento jurídico português, tendo passado, após a quarta revisão constitucional de 1997 a ser, inclusive, incluído expressamente, no art. 32.º, n. 1, da CRP, entre os direitos fundamentais dos cidadãos. Passemos, então, a análise de tal dispositivo constitucional.

4. A previsão constitucional após a Revisão Constitucional de 1997

A actual Constituição da República Portuguesa, aprovada e decretada em 1976 já sofreu cinco revisões constitucionais.[15] No entanto, no desenvolvimento do presente trabalho, a revisão a qual nos vamos ater é a 4.ª Revisão Constitucional, ocorrida em 20.09.1997. Isso porque, foi justamente na referida revisão constitucional que o art. 32.º, n. 1, da CRP, referente às garantias de processo criminal, sofreu alterações que reflectem directamente em matéria dos recursos em processo penal.

(14) J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 660-661.

(15) A 1.ª. Revisão Constitucional ocorreu em 1982, com a Lei Constitucional 1/82, de 30 de setembro. A 2.ª Revisão Constitucional se deu em 1989, com a Lei Constitucional 1/89, de 8 de julho. A 3.ª Revisão Constitucional, por sua vez, teve lugar no ano de 1992, com a Lei Constitucional 1/92, de 25 de novembro. A 4.ª Revisão Constitucional se deu em 1997, com a Lei Constitucional 1/97, de 20 de setembro. Finalmente, a 5.ª Revisão Constitucional ocorreu em 2001, com a Lei Constitucional 1/01, de 12 de dezembro.

O artigo mencionado, antes da revisão constitucional, apenas estabelecia que era assegurado pelo processo criminal todas as garantias de defesa. Após a revisão, foi acrescentado expressamente a tal artigo o recurso como uma garantia de defesa.

Assim, a redacção actual do art. 32.°, n. 1, da CRP estabelece, *in verbis*: "O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, *incluindo o recurso*" (grifo nosso).

Estabelece o artigo em análise, o princípio das garantias de defesa, que busca, acima de tudo, garantir um processo criminal justo. Considerando que este sempre visa a busca da verdade material, não poderá, para tanto, restringir as possibilidades de defesa dos arguidos. Mesmo porque, ao complementar o art. 32.°, n. 1, o legislador da 4.ª RC buscou deixar evidenciado o carácter de direito fundamental conferido ao recurso e que, portanto, deve ser respeitado.

"O direito de recurso é, pois, a partir da quarta reforma constitucional um direito fundamental e como decorrência necessária o Código consagra o direito ao recurso em todas as forma de processo",[16] como veremos adiante.

É certo que o Doutor Damião da Cunha questiona se o recurso, da maneira que está previsto pela actual Constituição, não poderia ser considerado como uma garantia de defesa por excelência.[17] Entendemos que não, sendo apenas mais uma garantia de defesa que a partir da Revisão Constitucional de 1997, com previsão expressa, veio a colocar fim as discussões existentes até então, principalmente, no tocante a dúvida existente em relação à garantia do duplo grau de jurisdição.

Estamos aqui diante de uma norma programática, de conteúdo variável, O que se quer dizer que "cabem aqui, por isso, todos os direitos e instrumentos de defesa consagrados na CRP, mas também aqueles que o legislador processual penal, entenda, em cada momento histórico, ser dever enquadrar naquele Código".[18] Ao garantirmos ao arguido todos os meios de defesa, incluindo o recurso, estamos permitindo que o mesmo responda ao processo em posição de igualdade em relação ao Estado. "Dada a radical desigualdade material de partida entre a acusação (normalmente apoiada no poder institucional do Estado) e a defesa, só a compensação desta, mediante específicas garantias, pode atenuar essa desigualdade de armas".[19]

É certo que, antes da revisão constitucional que incluiu o recurso dentre as garantias de defesa, ele já poderia ser subentendido como tal, haja vista que o

(16) Germano Marques da Silva. *Curso de processo penal III*, p. 312.

(17) José Manuel Damião da Cunha. *O caso julgado parcial*, p. 229.

(18) José Francisco de Faria Costa. *A Justiça nos dois lados do Atlântico – Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, p. 189.

(19) J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 202.

princípio das garantias de defesa poderia englobar todas as garantias decorrentes dos direitos de defesa, ainda que não estivessem explícitas na Constituição. Evidentemente, o direito ao recurso era uma delas.

No entanto, foi cauteloso o legislador e agiu correctamente ao introduzir de forma expressa a possibilidade de recursos, para que não pairassem mais dúvidas quanto a tal garantia, além de solidificar a garantia do duplo grau de jurisdição expressamente no texto constitucional, terminando com as celeumas existentes acerca do tema.

5. A sistemática dos recursos no Código de Processo Penal

5.1 Considerações introdutórias

O Código de Processo Penal actual, que entrou em vigor com a aprovação do DL 78/87, de 17 de fevereiro – e que hoje vigora com as alterações trazidas pela Lei 59/98, de 25 de agosto – trouxe consigo uma grande inovação em termos de recursos, qual seja, a autonomia dos recursos em matéria penal em relação ao ordenamento processual civil.[20] Podemos afirmar, inclusive, que os recursos estão entre as matérias que sofreram as maiores modificações.

Faz-se tal afirmação, porque até a entrada em vigor do mencionado diploma legal, os recursos eram tratados pelo direito processual civil. O que significa dizer que com o Código de 1929, o procedimento dos recursos em matéria processual penal era o mesmo dos recursos de agravo em matéria cível. "Essa simplificação correspondeu, por um lado, à idéia de que o recurso penal não tinha de ser diverso do cível e, por outro, a objectivos de simplificação que surgiram como resposta antitética ao caos que, neste domínio, se instalara".[21]

Sem sombra de dúvida, a autonomia dos recursos consistiu em um grande passo dado em matéria processual penal, uma vez que as necessidades e especificidades do sistema penal tinham que ser levadas em consideração e o foram.

No entanto, não podemos deixar de estar atentos ao facto de que tal autonomia não é absoluta, haja vista que o próprio legislador previu, no art. 4.º do CPP, a possibilidade de existência de lacunas no ordenamento, casos em que a solução será a integração. A referida integração será feita em primeiro lugar, pela analogia e, em não sendo possível a solução através desta, serão observadas as normas do processo civil que estejam em harmonia com o processo penal; por fim, na falta destas, serão aplicados os princípios gerais do processo penal.

Pode-se, portanto, afirmar que o Código de Processo Penal é inovador em matéria de recursos buscando, através das modificações efectuadas, não só garan-

(20) Nesse sentido: José Narciso da Cunha Rodrigues. "Recursos", p. 384.

(21) José Narciso da Cunha Rodrigues. "Recursos", p. 382.

tir os princípios da economia processual como o da celeridade[22] – fundamentais na busca de um processo justo – como também dar efectividade ao duplo grau de jurisdição.

5.2 Os recursos no Código de Processo Penal

Os recursos são o meio hábil para impugnar as decisões judiciais, visando reparar eventuais erros que nelas possam estar contidos.

Além dos recursos previstos pelo Código de Processo Penal, não podemos nos esquecer do recurso de constitucionalidade – já anteriormente mencionado – com previsão constitucional,[23] que é interposto e julgado perante o Tribunal Constitucional, tendo cabimento em relação às decisões dos tribunais relativas à inconstitucionalidade. Referido recurso é muito importante em termos processuais penais, por se tratar de mais uma maneira de efectivar os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição, em caso de serem desrespeitados.

Na Constituição da República Portuguesa, o direito ao recurso vem estabelecido como uma verdadeira garantia constitucional. Não podíamos, no entanto, deixar de mencionar como são tratados pelo Código de Processo Penal. É cristalino que são tidos como verdadeiros remédios jurídicos.[24]

Ao contrário de muitas legislações, nas quais os recursos possuem como característica principal, servir de meio de refinamento jurisprudencial, a legislação portuguesa deixa evidenciado o contrário. "O julgamento em que é legítimo apostar como instrumento preferencial de uma correcta administração da justiça é o de primeira instância. Por isso, enfatiza-se a importância do tribunal colectivo ser constituído por juízes privativos, constroem-se segundo novas perspectivas questões como as da documentação e do modelo de audiência e se abandona o processo de ausentes".[25] Isso demonstra claramente que os recursos são verdadeiros remédios jurídicos que visam a correcção de decisões equivocadas e, assim, não podem ser utilizados de maneira abusiva. Tanto é verdadeira tal afirmação, que há o controlo prévio dos recursos através do juízo de admissibilidade.

(22) Referidos princípios são nitidamente visualizados no Código de Processo Penal quando, em seu art. 411.º, n. 3, estabelece a possibilidade de não admissão do recurso em caso de falta de motivação.

(23) A Constituição da República Portuguesa prevê, em seu art. 280.º, as hipóteses de cabimento de recurso para o Tribunal Constitucional.

(24) Esse é o entendimento da maioria da doutrina. Nesse sentido vide: José Narciso da Cunha Rodrigues. "Recursos", p. 386; Simas Santos e Leal-Henriques. *Recursos em processo penal*, p. 25.

(25) José Narciso da Cunha Rodrigues. "Recursos", p. 386-387.

O recorrente não poderá apenas recorrer alegando como objectivo uma melhor justiça da decisão em questão. Deverá, pelo contrário, motivar o seu recurso com as razões do seu inconformismo indicando quais são os vícios existentes na decisão recorrida e que ocasionaram erros *in procedendo* ou *in judicando*.

5.3 Classificação dos recursos

Os recursos no Código de Processo Penal podem ser divididos em dois grandes grupos, quais sejam, os recursos ordinários e os recursos extraordinários.

O que diferencia a classificação dos recursos é o facto de que os recursos ordinários são interpostos contra decisões que ainda não transitaram em julgado, ao passo que os recursos extraordinários têm cabimento contra decisões que já tenham tido o trânsito em julgado.

O recurso ordinário é unitário, ao passo que o recurso extraordinário pode ser de duas espécies: recurso para a fixação de jurisprudência e recurso de revisão.

Vale ressaltar que, ainda que os recursos ordinários obedeçam a um princípio unitário, há uma denominação, advinda do próprio processo civil, em relação, dependendo do tipo de decisão contra a qual venham a ser interpostos. Denominamos de apelação, o recurso interposto de decisão final ou decisão de mérito, de agravo, o recurso interposto de decisão interlocutória e de recurso de revista ao recurso que tenha por objecto o mérito da causa e por fundamento a violação de lei substantiva – matéria de direito. "Há, assim, em processo penal, recursos de agravo, de apelação e de revista, como em processo civil. Não têm, porém, uma denominação particular, e são indiferentemente recurso penal".[26]

Temos, ainda, em nosso ordenamento jurídico, o recurso subordinado, previsto no art. 404.° do CPP e limitado à questão civil julgada no processo penal.

Vista tal classificação, passemos, então, a abordar os recursos ordinários e extraordinários, analisando as suas implicações bem como a sua relevância no ordenamento jurídico, tendo por base não apenas o ordenamento processual penal, mas também a ordem jurídica constitucional.

6. Os recursos ordinários

6.1 Princípios gerais

6.1.1 Recorribilidade e legitimidade

Estabelece o Código de Processo Penal, em seu art. 399.°, o princípio da recorribilidade das decisões. O que significa afirmar que, como regra, é admissí-

(26) Manuel Cavaleiro de Ferreira. *Curso de processo penal*, vol. 2, p. 284.

vel a interposição de recurso dos acórdãos, das sentenças e dos despachos, que são evidentemente, o objecto dos recursos.

Referida previsão vem justamente evidenciar que o legislador ordinário estabeleceu, de acordo com a determinação constitucional das garantias de defesa – art. 32.°, n. 1, da CRP –, a possibilidade do arguido recorrer de decisões que tenham porventura violado os seus direitos fundamentais ou que estejam eivadas de qualquer tipo de erro, seja ele *in procedendo* ou *in judicando*. O que significa dizer, ainda, que a faculdade de recorrer que é concedida, consiste em uma clara manifestação do direito de defesa constitucionalmente assegurado.

No entanto, ao afirmarmos a recorribilidade como regra, estamos admitindo a existência de excepções.[27] O art. 400.° do CPP estabelece, portanto, as decisões irrecorríveis. O legislador ao estabelecer as decisões que não admitem recurso não está fazendo uso da melhor técnica legislativa, já que está legislando através de uma negativa. No entanto, seria inviável estabelecer todas as decisões recorríveis, sendo mais oportuno estabelecer as decisões das quais não caiba recurso. Trata-se de uma questão de pragmatismo; a prática exige que seja desta maneira estabelecido.

Outro ponto relevante que deve ser abordado em relação aos princípios gerais dos recursos é no tocante à legitimidade.

Ao contrário do Código de Processo Penal de 1929, que apenas exigia a legitimidade subjectiva, o actual Código de Processo Penal veio a ampliar tal exigência. Estabelece a necessidade não apenas de uma legitimidade subjectiva, ou seja, relacionada com os sujeitos que podem interpor o recurso,[28] como também uma legitimidade objectiva, directamente relacionada com o denominado interesse de agir.[29]

O que significa dizer que o interesse de agir é, de certo modo, uma restrição imposta aos legitimados e será sempre analisado diante de cada caso concreto. Para recorrer deve o recorrente ter interesse na revogação e na nova decisão que eventualmente será proferida, a fim de satisfazer um direito seu que tenha sido efectivamente violado. Evidentemente, o Ministério Público apesar de ter legitimidade para a interposição de recursos, não se enquadra nessas considerações finais.[30]

(27) Devemos ter evidenciado que as excepções ao direito de recorrer das decisões devem estar expressamente previstas em lei, já que a regra, como já vimos, é a recorribilidade. Assim, "a irrecorribilidade das decisões judiciais pode resultar de um dos três factores: a) a exclusão por lei; b) a exclusão por vontades dos sujeitos processuais com legitimidade para recorrer; c) o valor da sucumbência relacionado com a alçada do tribunal *a quo*" (Germano Marques da Silva. *Curso de processo penal III*, p. 322). Salientando que, o último caso mencionado, qual seja, o do valor da sucumbência, também está previsto de forma expressa no art. 400.°, n. 2, do CPP.

(28) Art. 401.°, n. 1, do CPP.

(29) Art. 401.°, n. 2, do CPP.

(30) Devido ao facto de ser um verdadeiro órgão da justiça e ter um evidente papel de destaque em matéria de recursos, já que defende a legalidade, o Ministério Público

Ainda no tocante aos legitimados, merece a nossa atenção a questão do assistente. A figura do assistente, no actual Código de Processo Penal vem tratada expressamente nos arts. 68.º a 70.º. Apesar de sua posição processual ser de colaborador do Ministério Público, são admitidas excepções legais, dentre as quais está a possibilidade de recorrer. No entanto, há de se deixar bem claro que tal possibilidade é concedida ao assistente, desde que esteja recorrendo de uma decisão contra ele proferida.

Surge, então, a celeuma em relação a possibilidade ou não do assistente recorrer na medida da pena. Apesar de muitas discussões e de decisões jurisprudenciais diversas nesse sentido, hoje a questão está praticamente pacificada, entendendo-se que em relação à espécie e medida da pena, não tem o assistente legitimidade para recorrer desacompanhado do Ministério Público. A única possibilidade é no caso de ficar demonstrado um interesse de agir próprio no caso concreto em questão. O que significa dizer que a legitimidade do assistente de recorrer na medida da pena deverá ser apreciada em cada caso concreto para, então, ser possível inferir se há ou não interesse dele para poder tirar da medida da pena um benefício.[31]

6.1.2 Interposição, momento da subida e efeitos dos recursos

O prazo para a interposição dos recursos no processo penal é de quinze dias, contados a partir da notificação da decisão ou em caso de decisão oral em acta, da data em que a mesma tiver sido proferida.

Referido prazo, que anteriormente era de 10 dias, uma vez que não era contínuo, segue a lei processual civil. O que significa dizer que ele é contínuo, sendo suspenso apenas em férias, salvo em casos de arguidos presos, em que continua a correr.

A interposição poderá ser feita através de requerimento ou por declaração oral em acta, ressaltando que no caso de ser feito da primeira maneira, deve ser acompanhado da motivação. Já em caso de ser feito através de declaração em acta, abre-se, a partir da interposição, um prazo de 15 dias para a apresentação da motivação.

tem legitimidade para recorrer de quaisquer decisões, mesmo que seja no exclusivo interesse do arguido. Tal legitimidade só será afastada, em caso de estar em causa apenas um pedido civil. O que significa dizer que em relação ao Ministério Público sempre estará presente o interesse de agir, desde que se busque a efectivação da aplicação correcta da lei.

(31) A questão hoje está solucionada por uma decisão do STJ, proferida em 30.09.1997, no Proc. 1151/96, que foi fixada nos seguintes termos: "O assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir".

Uma vez apresentado o recurso, é possível que suba nos próprios autos[32] ou em separado[33] e, ainda, imediatamente ou fique retido nos autos. Os recursos subirão imediatamente nos casos estabelecidos pelo art. 497.° do CPP, ou quando a sua retenção implicar em inutilidade. No caso de os recursos ficarem retidos nos autos, dependerão da interposição de recurso da decisão que puser fim à causa, uma vez que serão apreciados e julgados conjuntamente com este.

Como princípio geral, o recurso abrange toda a decisão que é seu objecto, salvo em casos fundados em motivos que sejam estritamente pessoais do recorrente ou da possibilidade de limitação da decisão, por se tratar de parte autônoma desta.

Finalmente, no tocante aos efeitos dos recursos, podem ser devolutivo, suspensivo ou extensivo. O efeito devolutivo é o efeito próprio de todo e qualquer recurso, quando não tenham o efeito suspensivo. Consiste na devolução da matéria do processo de que se recorre, a um tribunal superior. Assim, apesar do actual Código de Processo Penal, ao contrário do de 1929, não conter norma expressa no sentido de tal efeito, a mesma é desnecessária, tendo em vista que nos casos em que não estiver expressamente previsto o efeito suspensivo, terá o recurso o efeito meramente devolutivo.[34]

Em relação ao efeito suspensivo, devemos estar atentos ao facto de que ele pode ser do processo ou da decisão recorrida. Suspenderão o processo os recursos que vierem a ser interpostos de decisões finais condenatórias[35] ou de despacho de pronúncia.[36]

Por sua vez, a previsão de efeito suspensivo da decisão recorrida significa dizer que apenas a própria decisão ficará suspensa, tendo os demais actos do

(32) Art. 406.°, n. 1, do CPP.

(33) Art. 406.°, n. 2, do CPP.

(34) Notemos, no entanto, que o efeito devolutivo conferido aos recursos não apresenta carácter absoluto, uma vez que em decorrência de inspiração no princípio do *favor rei*, nos deparamos com a previsão da proibição da *reformatio in pejus*, expressa no art. 409.° do CPP. Portanto, não podemos pensar que o efeito devolutivo, consistente na devolução ao juízo *ad quem* do exame da controvérsia já apreciada pelo juízo *a quo*, seja absoluto, apesar que se analisarmos no rigor da lógica, deveria sê-lo.

(35) Art. 408.°, n. 1, al. *a*, do CPP. Devemos atentar para o facto de que o legislador ordinário respeitou, ao prever o efeito suspensivo para as decisões finais condenatórias, os princípios constitucionais da presunção de inocência – art. 32.°, n. 2, da CRP – e o da liberdade – art. 27.°, n. 2, da CRP. Isso porque, em caso de arguido condenado que se encontre em liberdade que tenha contra ele proferida decisão de condenação à prisão, só terá a mesma decretada quando do trânsito em julgado da sentença. Até a concretização do trânsito em julgado, o arguido só poderá estar sujeito a medidas de coacção, como a prisão preventiva e, desde que presentes os pressupostos para a sua decretação e manutenção.

(36) Art. 408.°, n. 1, al. *b*, do CPP.

processo andamento normal. Dessa maneira, tais recursos sobem imediatamente e, de um modo geral, em separado. As hipóteses nas quais os recursos suspendem os efeitos da decisão recorrida estão previstas no art. 408.°, n. 2, do CPP.

Por fim, em relação ao efeito extensivo, que devemos salientar que não é tratado por todos os autores,[37] está relacionado com a competência por conexão. Assim, no caso da existência de vários arguidos, caso um arguido ou mais venham a interpor recurso, este será aproveitado pelos demais, em caso de comparticipação. Essa é a norma geral e há excepção, qual seja, quando os motivos do recurso interposto forem pessoais, não terá efeito extensivo. Importante salientar, no presente momento, que em relação àqueles que não recorrerem, se aplica o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, matéria que passaremos a abordar a partir do presente momento.

6.1.3 Proibição da reformatio in pejus

A proibição da *reformatio in pejus*, como já pudemos ter a oportunidade de mencionar, consiste em um verdadeiro limite ao efeito devolutivo dos recursos.

Apesar dos diversos caminhos buscados para se justificar tal proibição,[38] nos posicionamos no sentido de que consiste em uma evidente consequência do princípio da acusação, fundamental em um sistema processual de cunho acusatório como o é o português. Com isso, fundamental salientar que "não põe em causa a incidência subsidiária do princípio da investigação, mas pelo contrário a favorece na medida em que, incentivando os recursos do arguido ao eliminar o receio deste de ver agravada a pena, permite a reapreciação do facto relativamente a um maior número de sentenças reputadas injustas pelos condenados".[39]

Feitas tais considerações, vejamos, portanto, no que consiste referida proibição e quais as consequências dentro do ordenamento jurídico português fundamentalmente, em matéria de recursos.[40]

(37) Referindo-se ao efeito extensivo dos recursos, podemos citar Germano Marques da Silva. *Curso de processo penal III*, p. 344 e Manuel Cavaleiro de Ferreira. *Curso de processo penal*, vol. 2, p. 291-292.

(38) Nesse sentido, vide Germano da Silva Marques. *Curso de processo penal III*, p. 336-337.

(39) Jorge de Figueiredo Dias. *Direito processual penal*, vol. 1, p. 259.

(40) Oportuno salientarmos no presente momento, que a proibição da *reformatio in pejus* só passou a vigorar no ordenamento jurídico português, a partir de 1969, com a Lei 2139, de 14 de março. Anteriormente, tanto nas Ordenações Filipinas de 1595, como na Novíssima Reforma Judiciária de 1841 o âmbito para o conhecimento dos recursos pelos tribunais superiores não era limitado. O Código de Processo Penal anterior, ou seja, o Código de 1929, também não esclareceu tal questão, de modo que muitas discussões existiram em torno de ser possível agravar a pena do recorrente em sede de recurso, chegando ao pronunciamento através de um Assento, no sentido de que era permitido agravar a pena do réu, mesmo

O art. 409.°, n. 1, do CPP determina a regra geral da proibição da *reformatio in pejus*. Estabelece, *in verbis*: "Interposto recurso de decisão final somente pelo arguido, pelo Ministério Público, no exclusivo interesse daquele, ou pelo arguido e pelo Ministério Público no exclusivo interesse do primeiro, o tribunal superior não pode modificar, na sua espécie ou medida, as sanções constantes da decisão recorrida, em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrentes".

Significa que o arguido não terá a sentença penal modificada em seu prejuízo, em caso dele ter recorrido, ou ainda que o tenha feito o Ministério Público, mas em seu favor, uma vez que "não se admite a *reformatio in pejus*, entendida como diferença para pior, entre a decisão recorrida e a decisão no recurso, não podendo a piora ocorrer nem do ponto de vista quantitativo, nem sob o ângulo qualitativo".[41]

Hoje a proibição da *reformatio in pejus* é aplicada a todas as sanções, sejam penas ou medidas de segurança. Fazemos tal afirmação, porque já foi aceita tal *reformatio* em relação as medidas de segurança de internamento. O actual Código Processual Penal não aceita tal possibilidade.

No entanto, há uma excepção a tal proibição, expressamente prevista no art. 409.°, n. 2, do CPP. Tal dispositivo permite a agravação da pena de multa em caso da situação do arguido, económica e financeira, ter melhorado de forma sensível.

Pergunta-se, no entanto, diante da omissão da lei, se em caso de qualificação jurídico-criminal diversa, a *reformatio in pejus* pode ser aplicada.

Considerando a linha de raciocínio que vem sendo desenvolvida, bem como a sistemática do actual Código de Processo Penal, entendemos que mesmo sem expressa menção legal, em caso de qualificação jurídico-criminal diversa, continua sendo aplicada a proibição da *reformatio in pejus*. Se assim não o fosse, estariam nitidamente sendo violados os direitos de defesa do arguido, constitucionalmente assegurados.[42] O que significa dizer que é possível que exista uma

quando o recurso fosse por ele interposto exclusivamente. Referido Assento, data de 04.05.1950 e estabeleceu que "em recurso penal, embora só interposto pelo réu, pode o tribunal agravar a pena".

(41) Ada Pellegrini Grinover; Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes. *Recursos no processo penal*, p. 45.

(42) Corroborando o nosso entendimento, algumas decisões do STF, que merecem o nosso conhecimento: "O Tribunal superior pode, em recurso, alterar oficiosamente a qualificação jurídico-penal efectuada pelo tribunal recorrido, mesmo que para crime mais grave, sem prejuízo, porém, da proibição da *reformatio in pejus* (Ac. do Plenário das secções criminais do STJ de 07.06.1995); "Ao arguido compete defender-se dos factos que lhe são imputados, e não da sua qualificação jurídica. O tribunal é livre na qualificação jurídica desses factos, podendo mesmo alterar a que foi dada na acusação ou na pronúncia. A pena do arguido deve, porém, conter-se no limite máximo da incriminação dos factos atribuída na acusação ou na pronúncia, sob pena

modificação da qualificação jurídica por parte do tribunal quando houver um recurso para ele interposto, mas tal possibilidade não autoriza que o recorrente seja prejudicado. Não só os seus direitos de defesa, como já mencionamos, estariam sendo violados, como o próprio princípio do contraditório.

Conveniente abordarmos, ainda, as consequências da *reformatio in melius*, distintas das supra analisadas em relação à *reformatio in pejus*. Nem podia ser diferente, uma vez que aquela consiste em uma alteração da decisão favorável ao recorrente, ou seja, uma decisão para melhor.

Nesses casos, uma vez que a alteração da condenação virá a favorecer o condenado, será admitida. O que significa dizer que ainda que não exista um recurso específico da matéria, pode o tribunal recorrente absolver um arguido que havia sido condenado por um crime pelo juízo recorrido, pela aplicação do princípio da *reformatio in melius*. Nesse sentido há pronunciamento do STJ.[43]

"Este entendimento apresenta-se como tributário da concepção dos poderes de cognição do Tribunal Superior em matéria de indagação e aplicação do direito (*v.g.* da qualificação jurídica), poderes só limitados pela proibição da *reformatio in pejus*."[44]

6.2 Da tramitação unitária

6.2.1 Fundamentos do recurso

Como já tivemos a oportunidade de mencionar anteriormente, os recursos no processo penal, tem a sua tramitação de forma unitária, o que significa dizer que há uma maneira única no seu processamento que será por nós apreciada no presente momento.

Iniciamos por um ponto de extrema relevância que são os fundamentos do recurso, tratados pelo art. 410.º do CPP.

de alteração substancial dos factos (Ac. STJ de 02.05.1996, Proc. 171/96); e, por fim: "No que respeita à qualificação jurídica, o entendimento do tribunal colectivo não vincula o STJ que, sem prejuízo da *reformatio in pejus*, tem, como tribunal de revista que é, plena liberdade de julgar de direito, ou seja, de qualificar juridicamente os factos, mesmo divergindo da qualificação operada no tribunal *a quo*, e ainda que tal qualificação não venha directamente posta em causa no recurso." (Ac. STJ de 04.10.2001, Proc. 1091/2001)".

(43) Decidiu o STJ, no bojo do Proc. 2803/00-5, que "ainda que o recorrente não ponha concretamente em causa a incriminação definida pelo Colectivo (no caso, o objecto do recurso circunscreve-se à questão da medida da pena aplicada), não pode nem deve o STJ – enquanto tribunal de revista e órgão, por excelência e natureza, mentor do direito – dispensar-se de reexaminar a correcção das subsunções" – Ac. de 00.10.19.

(44) Simas Santos e Leal-Henriques. *Recursos em processo penal*, p. 78.

Eles podem ter a sua fundamentação em um *error in procedendo* ou em um *error in judicando*. No entanto, há de ser salientado que o STJ conhece, em regra, exclusivamente o reexame da matéria de direito,[45-46] ao passo que nos recursos interpostos para as relações conhecem tanto da matéria de facto,[47] como da matéria de direito.[48]

Apesar das considerações supra referidas, interessante mencionarmos o facto de que mesmo nos casos em que houver restrição do tribunal para conhecimento do recurso à matéria de direito, como no caso do STJ, poderá o recurso ter como fundamento a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada;[49] a contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão;[50] ou erro notório na apreciação da prova.[51] E ainda, caberá a apreciação do tribunal em caso de inobservância de lei processual para que a lei estabeleça nulidade absoluta/ insanável.

6.2.2 Tramitação dos recursos

Os recursos ordinários, como já vimos, devem ser interpostos dentro do prazo de 15 dias, contados a partir da notificação ou da data em que a decisão for proferida, em caso de ser interposto contra decisão oral reproduzida em acta.

(45) Estabelece o art. 434.° do CPP, *in verbis*, que "sem prejuízo do disposto no art. 410.°, n. 2 e 3 , o recurso interposto para o STJ visa exclusivamente o reexame de matéria de direito".

(46) Constitui matéria de direito tudo aquilo que exija uma interpretação e aplicação de um determinado dispositivo legal.

(47) Constitui matéria de facto, por sua vez, a determinação daquilo que efectivamente ocorreu no caso concreto em análise, ou seja, as mudanças ocorridas no mundo exterior, tudo à margem da aplicação de leis estabelecidas no ordenamento jurídico vigente no momento. É certo de que todo facto comporta o direito, mas a estrutura social faz a diferenciação. Apesar de muitas vezes facto e direito se confundirem, na prática tal distinção se faz necessária, até pela própria estrutura do processo e, nomeadamente, dos recursos.

(48) Estabelece o art. 428.°, n. 1, do CPP expressamente que as Relações tem poderes de cognição para conhecer os recursos de facto e de direito.

(49) A insuficiência para a decisão da matéria de facto provada consiste na ausência de matéria de facto suficiente para que haja o pronunciamento sobre a questão de direito envolvida. Não se pode confundir, no entanto, com ausência de provas produzidas. Deve haver uma lacuna quanto à apreciação da matéria de facto, que necessite de complemento.

(50) Ac. do STJ, de 22.05.1996: "Para se verificar contradição insanável de fundamentação, têm de constar do texto da decisão recorrida, sobre a mesma questão, posições antagónicas e inconciliáveis, como, por exemplo, dar o mesmo facto como provado e como não provado, em situações que não possam ser ultrapassadas pelo tribunal de recurso".

(51) Estamos diante de um erro notório na decisão, quando ele pode ser percebido pelo senso comum, pelo homem médio. Há na decisão, portanto, um erro os-

Devem os recursos sempre ser motivados, uma vez que a ausência de motivação acarreta seu não recebimento, já que é justamente na motivação que se estabelecerá a delimitação do recurso, daquilo que realmente se pretende que seja reapreciado pelo tribunal *ad quem*. "É extraordinariamente importante a motivação. Nela se enunciam as razões pelas quais o recorrente entende que a decisão recorrida deve ser revogada. São essas questões que constituem o objecto do recurso e que o tribunal tem que respeitar".[52]

Uma vez interposto, pode o recurso ser admitido ou não, através de um despacho. Trata-se, portanto, de um juízo de admissibilidade. Em sendo admitido, o despacho conterá o efeito e o regime de subida do recurso. Caso contrário, será fundamentada tal rejeição em um dos seguintes motivos: irrecorribilidade da decisão; caducidade do direito de recorrer, por ter decorrido o prazo estabelecido pela lei; falta de legitimidade ou interesse de agir do recorrente; ou, ausência de motivação do recurso. Nesse último caso, caberá por parte do recorrente, a interposição de reclamação perante o presidente do tribunal a que o recurso se dirige.[53]

Considerando que tenha sido proferido despacho de admissão do recurso, serão notificados tanto o recorrente como os demais sujeitos processuais de tal facto. Poderão, então, os sujeitos afectados[54] pelo recurso interposto, apresentar resposta no prazo de 15 dias, sendo que a ausência de resposta por parte desses não acarreta nenhum tipo de efeito processual.

Uma vez interposto o recurso e admitido, há a possibilidade de desistência, tanto por parte do arguido, como do assistente, partes civis ou Ministério Público, sendo que tal desistência deve ser efectuada antes do processo ser concluso ao relator para exame preliminar. Apesar do CPP mencionar apenas os sujeitos processuais como possíveis de desistirem do recurso, entendemos, até através de uma interpretação extensiva da lei, que é dada tal faculdade a qualquer recorrente.

Apesar da possibilidade conferida aos sujeitos processuais de desistência do recurso, não poderá o Ministério Público desistir nos casos de recurso obrigatório,[55] mesmo porque, se tal vedação assim não ocorresse, não haveria razão de ser da obrigatoriedade de recorrer por parte do Ministério Público.

tensivo, e, então, dizemos que há possibilidade de se recorrer com fundamento em erro notório.

(52) Germano Marques da Silva. *Curso de processo penal III*, p. 349.

(53) O CPP trata da reclamação expressamente em seu art. 405.º.

(54) Consideram-se sujeitos afectados, todos aqueles cuja eventual alteração da decisão, em razão da interposição do recurso, venha a agravar a situação que lhes tenha sido garantida pela decisão recorrida.

(55) Estabelece o art. 446.º do CPP, que analisaremos quando tratarmos do recurso extraordinário de fixação de jurisprudência, que é obrigatório, por parte do Ministério Público, recorrer nos casos de decisões que tenham sido proferidas contra jurisprudência fixada pelo STJ.

Recebido pelo Tribunal *ad quem*, será aberta vista ao Ministério Público, para que ele coloque o seu visto ou emita o seu parecer – actividade consulente.[56] Lembramos, no entanto, que o Ministério Público ao manifestar-se no tribunal superior não está vinculado a eventual manifestação do Ministério Público no tribunal inferior.

Passado esse momento processual, será efectuado exame preliminar pelo relator que analisará se há circunstâncias que impeçam o conhecimento do recurso – novo juízo de admissibilidade, portanto; se o efeito conferido ao recurso deve ser mantido; se o recurso deve ser rejeitado; se existe alguma causa extintiva, seja do procedimento ou da responsabilidade criminal que ponha termo ao recurso ou seja o seu único motivo; ou, ainda, se há provas que deverão ser renovadas e pessoas a ser convocadas. Analisará o relator, ainda, em exame preliminar, se há possibilidade das questões serem decididas em conferência ou, caso contrário, se terão que ser enviadas a audiência de julgamento. No primeiro caso, será elaborado um projecto de acórdão pelo relator para ser submetido à conferência, o que deixa evidenciado que o relator não possui poder de decisão, cabendo ao mesmo apenas suscitar as questões que serão enviadas à análise em conferência. Neste projecto de acórdão poderão ser suscitadas todas as questões supra mencionadas.

As questões suscitadas em exame preliminar e que forem decididas em conferência[57] o serão por maioria do relator e dos juízes-adjuntos, sendo que caberá ao presidente o voto decisivo, em caso de empate. Caso seja decidido pela rejeição do recurso, tal deliberação deverá ser efectuada por unanimidade. Em caso de não ser conseguida tal unanimidade, o recurso terá prosseguimento e será analisado em audiência.

Interessante mencionar a solução a ser dada em caso de surgir uma questão posterior ao exame preliminar, entre a conferência e a audiência, que obste o conhecimento do recurso, como por exemplo, a morte do arguido. Nesses ca-

(56) Muita discussão ocorreu em torno de eventual emissão de parecer pelo Ministério Público, já que o que se alegava é que sem a possibilidade de manifestação dos sujeitos processuais afectados, o princípio constitucional do contraditório estaria sendo nitidamente violado. Visando justamente terminar com tal celeuma, a Lei 59/98 veio a acrescentar o n. 2 ao art. 417.º do CPP, permitindo, então, que em caso de emissão de parecer do Ministério Público, abre-se a possibilidade aos sujeitos afectados de responderem, caso entendam necessário. Foi, dessa maneira, concedida a faculdade aos sujeitos processuais de se manifestarem caso o Ministério Público, quando da sua vista, emitisse parecer, sendo garantido, assim, o contraditório.

(57) Importante mencionar que, além das questões suscitadas em exame preliminar, como já tivemos oportunidade de perceber, os recursos serão julgados em conferência quando tiverem que ser rejeitados; existir causa extintiva, seja de procedimento ou da responsabilidade criminal que ponha termo ao processo ou seja o único motivo do recurso; a decisão recorrida não constituir decisão final; ou, ainda, quando não houver lugar a alegações orais e não for necessário proceder à renovação da prova. Nesse sentido, é expresso o art. 419.º, n. 4, do CPP.

sos, apesar de não haver previsão legal, entendemos, como Manuel Lopes Maia Gonçalves, que "deve o relator mandar concluir o processo, ouvir as partes e elaborar projecto de acórdão, mandando o processo a nova conferência. Assim se evitará uma audiência inútil".[58]

Em se tratando de um processo em que o recurso não venha a ser julgado em conferência, o mesmo prossegue para a fase de audiência, fase esta que consiste em uma inovação trazida pelo Código de Processo Penal de 1987. Na vigência do Código de Processo Penal de 1929, perante os tribunais superiores não eram efectuadas audiências de julgamento dos recursos.

Na fase de audiência de julgamento do recurso, que só admitirá um adiamento, em caso do motivo ser considerado fundamental à realização da justiça, aberta a mesma, o relator fará uma breve introdução do objecto do recurso, mencionando, ainda, as questões entendidas pelo tribunal como merecedoras de análise especial. Em caso de haver renovação de prova, esta é efectivada após a exposição do relator. Dá-se, então, oportunidade para as alegações, tanto do Ministério Público, como dos representantes dos recorrentes e recorridos. Não há possibilidade de réplica, sendo apenas possível a concessão da palavra ao defensor do arguido em caso de não ter sido o último a manifestar-se, a fim de que tenha garantido a maior amplitude de defesa possível.

Ao contrário da ausência de motivação no recurso, que acarreta como consequência a sua rejeição, no caso das alegações, as mesmas são facultativas. Ou seja, a sua não apresentação não implica em rejeição do recurso.

Com o fim da audiência, o tribunal se reúne para a deliberação e votação, após as quais é elaborado um acórdão com a decisão final.

Caso não seja possível decidir a causa, em razão da existência dos vícios previstos pelo art. 410.°, n. 2, do CPP,[59] o processo será reenviado a novo julgamento ao tribunal mais próximo, de categoria e composição idênticas às do tribunal que tenha proferido a decisão recorrida. O reenvio poderá ser em relação à totalidade do objecto do processo ou apenas em relação a questões que forem identificadas expressamente na decisão de reenvio.

Salienta-se que o referido reenvio tem aplicação tanto em relação às Relações, como em relação ao STJ. Mesmo porque, a tramitação dos recursos perante os dois órgãos é em grande parte considerada unitária, haja vista que todas as disposições até então analisadas se aplicam a ambos (arts. 410.° a 426.° do CPP).

(58) *Código de Processo Penal anotado e comentado*, p. 833.

(59) Segundo acórdão do STJ, de 26.05.1994, "O reenvio do processo só tem lugar quando se verifiquem os vícios do art. 410.°, n. 2, do CPP, mas não quando se verifiquem os do n. 3 do mesmo artigo, como se vê pelo art. 426.°, também do CPP". O que implica dizer que em caso do tribunal reconhecer a presença de nulidade no processo, anulará o processo a partir do acto considerado eivado de nulidade, sendo o processo remetido para o tribunal originário, a fim de que este dê continuidade ao andamento do processo a partir do acto declarado nulo.

Sendo assim, passemos, então, à análise das peculiaridades/especificidades de tramitação dos recursos perante as Relações e perante o STJ.

6.2.3 Tramitação perante as Relações

A regra geral para a interposição de recursos contra decisões proferidas por tribunal de primeira instância, é para a Relação.

Uma vez interposto o recurso, este será de competência das secções criminais (art. 12.°, n. 2, al. *c*), CPP), não tendo o plenário das Relações, competência para julgamento de recursos.

Intervirá na audiência o presidente da secção, bem como o relator e dois juízes-adjuntos. Note-se que se trata de uma renovação trazida pelo actual Código de Processo Penal, mais especificamente pela Reforma efectivada pela Lei 59/98, de 25 de agosto, uma vez que na vigência do Código de 1929, eram aplicadas as normas estabelecidas pelo Código de Processo Civil relativas ao recurso de agravo. E, ainda, na versão originária do Código de Processo Penal actual, no tocante ao juiz-adjunto, apenas o primeiro dos juízes-adjuntos constituía o Tribunal.

Como já sabemos, a Relação conhece de facto e de direito.

Em caso de se conhecer de facto e de direito, é admitida a renovação da prova[60] desde que verificados os vícios estabelecidos pelo art. 410.°, n. 2 e houver razões para acreditar que a realização da renovação da prova[61] evitará o reenvio do processo. A decisão que permitir ou negar a renovação da prova é definitiva.

6.2.4 Tramitação perante o Supremo Tribunal de Justiça

Os recursos interpostos para o STJ versarão exclusivamente sobre matéria de direito.

A regra geral é a interposição dos recursos perante a Relação, sendo que se recorrerá directamente para o STJ, nos casos expressamente previstos taxativamente em lei. O art. 432.° do CPP estabelece um rol de casos em que o recurso é interposto directamente perante o STJ.

Merece nossa atenção a hipótese estabelecida pela alínea *d* do referido dispositivo legal, uma vez que está gerando algumas contradições. Estabelece a possibilidade de recorrer ao STJ, *in verbis*, "de acórdãos finais proferidos pelo tribunal colectivo, visando exclusivamente o reexame de matéria de direito". A

(60) Trata-se de inovação em relação ao CPP de 1929, uma vez que neste não era possível a renovação da prova em se tratando de recurso interposto perante a Relação.

(61) Devemos ter claro que a lei é expressa em permitir a renovação da prova, não podendo assim, confundir renovação, com produção de prova nova.

polémica que se instalou em torno desse artigo é decorrente de posições diferentes tomadas tanto pela doutrina, como pelo STJ quanto à interpretação de tal alínea.

Por um lado, há decisões no sentido de que não há opção para o recorrente, devendo interpor recurso de decisão final do Tribunal Colectivo referente à matéria de direito para o STJ. Posicionando-se no mesmo sentido, temos autores como Manuel Lopes Maia Gonçalves[62] e Germano Marques da Silva.[63] Por outro lado, há decisões no sentido de que o recorrente poderá optar entre interpor o recurso perante a Relação ou perante o STJ. Nesse sentido, os autores Simas Santos e Leal-Henriques.[64]

O nosso posicionamento é no sentido de que a solução de tal contradição deveria ser dada pelo Tribunal Constitucional, tendo em vista que estamos diante de uma evidente colisão com o princípio constitucional do juiz natural, assegurado no art. 32.°, n. 9,[65] da Constituição de República Portuguesa. De maneira que nos posicionamos no sentido de que não há possibilidade de optar entre a interposição perante a Relação ou perante o STJ, já que ademais do princípio do juiz natural proibir a possibilidade de escolha entre um juízo ou outro, estamos diante de matéria de ordem pública, que não pode ficar ao arbítrio dos recorrentes. Assim, entendemos que deve o recorrente nos casos fixados na alínea *d*, do art. 432.° do CPP, interpor o recurso perante o STJ.

Finalmente, interessante fazer menção a possibilidade de alegações por escrito[66] que podem ser solicitadas pelo requerente no requerimento do recurso ou até o exame preliminar efectuado pelo relator.

7. Os recursos extraordinários

7.1 Introdução

Os recursos extraordinários são aqueles que podem ser interpostos, em casos excepcionais, depois do trânsito em julgado da decisão. Com o trânsito em

(62) *Código de Processo Penal anotado e comentado*, p. 854.

(63) *Curso de processo penal III*, p. 369.

(64) *Recursos em processo penal*, p. 146.

(65) Estabelece referido dispositivo constitucional, *in verbis*: "Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior".

(66) Uma das inovações trazidas pelo CPP actual é a possibilidade de alegações orais na audiência de recurso. Perante o STJ, por sua vez, há a possibilidade de tais alegações serem apresentadas por escrito. Interessante, então, mencionarmos um caso concreto no qual havia pluralidade de recorrentes e houve renúncia de um deles em relação as alegações escritas. Em casos como esse, a renúncia por parte de um dos recorrentes, uma vez aceita pela parte contrária, dará lugar a alegações escritas por todos os recorrentes. Nesse sentido, o Parecer emitido no Recurso 41898, da 3.ª Secção, do STJ.

julgado da sentença, sabemos que a decisão atinge uma certa imutabilidade, sendo sanados os vícios porventura existentes. Chega-se, assim, ao caso julgado. "Ainda que um tanto precária, isto é, não absoluta, a imutabilidade da decisão constitui um factor de equilíbrio, existindo para conferir segurança às determinações dos tribunais e para proteger os direitos que as mesmas definem e conferem".[67]

Foi justamente considerando a gravidade de alguns eventuais vícios, que o legislador estabeleceu alguns casos em que a imutabilidade da decisão possa ser quebrada, ou seja, possa haver impugnação do vício existente, mesmo após o trânsito em julgado, visando, com ela, a sanação do vício e a efetivação da verdadeira justiça[68] no caso concreto.

Referidos recursos estão previstos no Código de Processo Penal, em seus arts. 437.º a 466.º, sendo de duas espécies: recurso para fixação de jurisprudência e recurso de revisão.

É importante salientar, também, que o recurso de revisão tem previsão constitucional, no art. 29.º, n. 6, da CRP.

Passemos, então, à análise de cada um dos recursos extraordinários.

7.2 Recurso para fixação de jurisprudência

O recurso para a fixação de jurisprudência visa evitar a existência de contradições entre acórdãos proferidos pelos tribunais superiores, garantindo, assim, a uniformização da jurisprudência.[69]

Assim, o recurso em questão tem como objecto, decisão de última instância.

Merece destaque, no entanto, o facto de que os recursos para a fixação da jurisprudência são de três espécies, a saber:

– Recurso de fixação de jurisprudência propriamente dito;

– Recurso de decisões proferidas contra jurisprudência fixada; e

– Recurso no interesse da unidade do direito.

Os recursos de fixação de jurisprudência propriamente ditos estão tratados pelos arts. 437.º a 445.º do CPP. "O sistema foi, pois, inspirado pela necessidade de irmanar a certeza do Direito com o respeito pela Justiça".[70] Busca-se, assim,

(67) Simas Santos e Leal-Henriques. *Recursos no processo penal*, p. 170.

(68) Abordaremos especificamente e pormenorizadamente a questão da justiça diante da segurança do caso julgado, quando tratarmos do recurso de revisão.

(69) Devemos salientar, no presente momento, que ao contrário dos antigos "assentos", que tinham força obrigatória, os recursos para a fixação de jurisprudência não a têm. Apenas objectivam uniformizar a jurisprudência existente e é justamente por isso que é interposto recurso obrigatório pelo Ministério Público, nos casos de haver julgamento contrário a jurisprudência fixada.

(70) Simas Santos e Leal-Henriques. *Recursos no processo penal*, p. 176.

que a lei tenha uma interpretação uniforme. Deve ser interposto dentro do prazo de 30 dias a partir do trânsito em julgado do acórdão que fora proferido em último lugar, constando do requerimento qual é o acórdão-fundamento do recurso, bem como o local da publicação e a identificação do conflito existente na jurisprudência, que justifique a interposição do recurso. São legítimos para interpor tal recurso o Ministério Público, o arguido, o assistente ou as partes civis. Tal recurso não tem efeito suspensivo, devendo sempre ser interposto perante o STJ, salvo em caso do acórdão recorrido ser das Relações, caso em que deve o recurso ser apresentado na secretaria do tribunal que o proferiu. O julgamento do presente recurso é efectivado em conferência, pelo pleno das secções criminais. Uma vez proferido, é publicado na I Série do *Diário da República*. No que diz respeito a eficácia da decisão, ela será em relação ao processo em que o recurso foi interposto, bem como em todos os processo que porventura tiverem sido suspensos, nos termos do art. 441.º, n. 2, do CPP.

Os recursos de decisões proferidas contra jurisprudência fixada são recursos que devem ser interpostos obrigatoriamente pelo Ministério Público e tem por fundamento a conveniência da uniformização da jurisprudência. Assim, sempre que uma decisão for proferida contra jurisprudência fixada pelo STJ, deve o Ministério Público recorrer de ofício, sendo o recurso sempre admissível. Estamos aqui, diante do caso de recurso obrigatório que foi mencionado quando abordamos a possibilidade de desistência dos recursos por parte do Ministério Público. Fica cristalino, no momento, que é inviável tal possibilidade, dada a sua obrigatoriedade e a sua razão de ser.

Por fim, os recursos no interesse da unidade do direito são interpostos pelo Procurador-Geral da República, de decisões que já transitaram em julgado a mais de 30 dias, visando fixação de jurisprudência, ou em casos em que a jurisprudência fixada for considerada já ultrapassada, o recurso é interposto com o objectivo de reexame da decisão fixada. Em ambas as hipóteses, o recurso não terá eficácia no processo no qual tiver sido interposto.

7.3 Recurso de revisão

7.3.1 Algumas considerações iniciais

O recurso de revisão, assim como o recurso para a fixação de jurisprudência é um recurso extraordinário, tratado tanto pelo CPP, em seus arts. 449.º a 466.º, como assegurado pela CRP, em seu art. 29.º, n. 6.

Trata-se de um recurso possível tanto no processo penal, como no processo civil, no entanto, naquele com mais razão de ser, uma vez que o seu objectivo final é a busca da verdade material e realização da justiça.

Para que haja a possibilidade de interpor o recurso da revisão criminal, é necessário que a decisão já tenha transitado em julgado.

É certo que com o trânsito em julgado da sentença, já teremos formado naquele caso concreto, a coisa julgada. Sabemos, também, que a mesma consiste

na garantia de intangibilidade da decisão. No entanto, não podemos fazer a segurança jurídica prevalecer sobre a justiça e, é justamente buscando uma decisão justa que há a possibilidade da sua impugnação, por meio do recurso de revisão.

7.3.2 Caso julgado

A coisa julgada consiste na atribuição de definitividade a uma decisão, a qual não caiba mais recurso. Assim, estão sob o manto da coisa julgada as decisões que não puderem mais ser modificadas, cujos efeitos se tornaram imutáveis.

"A coisa julgada representa instituto que obedece a razões políticas, de natureza prática, voltadas a garantir a certeza do direito que assegura a paz social."[71]

É cristalino o facto da coisa julgada servir como forma de concretização da segurança jurídica, de maneira que justifica apenas em casos excepcionais, estabelecidos pelo legislador, ser possível desconstituir a coisa julgada através do recurso de revisão. Tal possibilidade apenas será verificada em casos nos quais os vícios sejam extremamente graves e nos quais não se possa admitir a permanência no ordenamento jurídico de uma decisão contrária ao Direito e, portanto, injusta. Nesses casos, o caso julgado é afastado, sendo o feito submetido a novo julgamento.

Nitidamente, nos casos em que a revisão for admitida, estaremos diante de situações nas quais prevalecerá a justiça sobre a segurança jurídica, demonstrando que estamos claramente diante de dois valores fundamentais pertencentes ao Estado de Direito, quais sejam, a segurança jurídica e a justiça, que passarão, então, a ser analisados.

7.3.3 Segurança jurídica, certeza jurídica e justiça

O Estado de Direito possui três idéias básicas que são a segurança, a certeza e a justiça. São verdadeiras imposições do Estado de Direito e que devem ser respeitadas.

A segurança jurídica[72] é o fim do processo penal, uma vez que se busca sempre o restabelecimento da paz jurídica. Contudo, não pode se sobrepor à justiça.

(71) Ada Pellegrini Grinover; António Magalhães Gomes Filho e António Scarance Fernandes. *Recursos no processo penal*, p. 305.

(72) Interessante, ressaltarmos, uma vez tratando da segurança jurídica que: "A segurança, entendida como certeza jurídica que permite que os indivíduos se orientem nos seus comportamentos sociais e saibam o que podem esperar ou pretender dos outros, surge, pela primeira vez, no pensamento jurídico individualista dos romanistas que, não por acaso, viviam na aurora do Renascimento italiano. Merece destaque Baldo de Ubaldis, discípulo de Bártolo, que, retomando a doutrina de S. To-

E é justamente com o fim de observar os postulados da justiça, que é admissível o recurso de revisão para a reparação de eventuais erros judiciários. Isso porque, "a sentença pode ter sido consequência de vícios de tal modo corrosivos, que se imponha a revisão como recurso extraordinário para um mal que demanda consideração e remédio".[73]

Do que se infere que tanto a segurança jurídica, como a certeza jurídica e a justiça estão, de certa forma, relacionadas. O que deve ser buscado é uma maneira de realizar a justiça, ao mesmo tempo em que se garanta a segurança e a certeza jurídicas. Corroborando a afirmação de que tais valores estão relacionados, Carlos Blanco de Morais estabelece que "... como pressuposto existencial do Direito, a segurança jurídica constitui uma condição de realização da Justiça que é o primeiro fim desse mesmo Direito".[74]

No recurso de revisão podemos vislumbrar, claramente, a realização dos valores de segurança jurídica[75] e da justiça. Isso porque, através da possibilidade de revisão de um erro judiciário, se está buscando o valor da justiça, já que uma decisão não pode vir a prejudicar um inocente. Consequentemente, ao se atingir a justiça do caso concreto a segurança jurídica está novamente assegurada, já que não se pode imaginar segurança jurídica diante de um caso que antes de sua revisão era falso, tanto para a consciência social, como para a jurídica.

Assim, concluímos através das palavras de Simas Santos e Leal-Henriques que "com efeito, este recurso apresenta-se como um ensaio legislativo com vista ao estabelecimento do equilíbrio entre a imutabilidade da sentença decorrente do caso julgado e a necessidade de respeito pela verdade material. Entre o interesse de dotar de firmeza e segurança o acto jurisdicional e o interesse contraposto de que não prevaleçam as sentenças que contradigam ostensivamente a verdade e, através dela, a justiça, o legislador escolheu uma solução de com-

más de D'Aquino, reconheceu a paz e a tranquilidade como fim do Estado e defendeu energicamente a inviolabilidade dos direitos individuais derivados do *status* de cada pessoa considerada livre de querer, de fazer e de dispor de si e dos seus bens. O liberalismo reafirmou estas idéias de liberdade e de segurança e a sua ascendência burguesa individualista contribuiu, em parte, para as desprestigiar" – A. Santos Justo. *Introdução ao estudo do direito*, p. 71.

(73) Alberto dos Reis. *Código de Processo Civil anotado*, vol. VI, p. 336.

(74) Carlos Blanco de Morais. *Segurança Jurídica e Justiça Constitucional*, p. 622.

(75) No presente momento, nos parece importante trazer a baila a definição de segurança jurídica efectuada por Carlos Blanco de Morais, seguindo a linha de Corsale, Radbruch e Perez Luño, segundo os quais a segurança jurídica é "um valor-pressuposto e imanente do conceito de Direito, que tem por escopo garantir a durabilidade, certeza e coerência da ordem jurídica, permitindo aos membros da colectividade organizarem a sua vida individual, relacional e colectiva, mediante o imperativo da previsibilidade ou calculabilidade normativa de expectativas de comportamento e consequencialidade nas respectivas acções", em *Segurança Jurídica e Justiça Constitucional*, p. 621.

promisso que se revê no postulado de que deve consagrar-se a possibilidade – limitada – de rever as sentenças penais. A segurança é também um fim do processo penal, mas não é o seu único fim, ou sequer o fim prevalente, que é consubstanciado, sim, na justiça. Não pode, pois, sobrepor-se a segurança do injusto sobre a justiça".[76]

7.3.4 Apontamentos históricos do recurso de revisão

A possibilidade de rever as decisões penais que já haviam transitado em julgado, mas que continham erros graves, está presente pelo menos desde a legislação do Império Romano. No entanto, foi em França, no século XIX, com o Código de Instrução Criminal francês, de 1808, que a revisão veio a desenvolver-se efectivamente e ser acolhida pelas diversas ordens jurídicas, dentre as quais a de Portugal com as Reformas Judiciárias.[77]

No início, a revisão era acto de graça do príncipe, ou seja, consistia em uma graça do poder, passando a ser um direito do condenado com o Código supra mencionado.

Logo, a evolução da revisão permitiu que ademais de ser utilizada em favor do réu, o fosse em favor da sociedade. É certo que não são todos os ordenamentos que admitem a revisão *pro societate*,[78] mas como veremos a seguir, no ordenamento jurídico português a revisão é admitida nos dois sentidos.

7.3.5 Fundamentos e tramitação da revisão

A revisão criminal é admitida nos casos expressamente previstos na lei, após o trânsito em julgado da sentença, ainda que o procedimento criminal já esteja extinto, a pena já prescrita ou cumprida, ou o condenado já tenha falecido. Todas essas possibilidades evidenciam que o recurso extraordinário da revisão não

(76) *Recursos em processo penal*, p. 218.

(77) A Revisão consagrada com a Reforma Judiciária de 1837 – apesar de haver testemunho da existência de leis sobre a revisão nas Ordenações Afonsinas – era permitida em três casos: quando houvessem duas sentenças contraditórias, quando alguma testemunha fosse condenada pelo crime de perjúrio ou quando a condenação de algum dos jurados fosse por motivo de suborno ou peita. Posteriormente, na Novíssima Reforma Judiciária, que ocorreu em 1841, apesar de manter a revisão, o fez apenas em favor do réu que fosse injustamente condenado. Devido a várias críticas sofridas pela doutrina, quando da elaboração do CPC de 1929 a revisão passou a ser aceita tanto em favor do réu, como em favor da sociedade nos casos de falsidade de meios de prova e de decisões proferidas por peita, suborno, corrupção ou prevaricação por parte dos juízes ou dos jurados.

(78) O ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, admite a revisão criminal apenas *pro reo*, bem como ocorre em Itália, França e Espanha.

possui limite temporal, sendo admitido a qualquer tempo após o trânsito em julgado da decisão.

Os casos em que a revisão é admissível estão expressa e taxativamente elencados no CPP, em seu art. 449.º. Assim, podem servir de fundamentos para a interposição do recurso de revisão:

– A falsidade dos meios de prova que tenham sido fundamentais para a decisão proferida;

– A existência de outra sentença também transitada em julgado, na qual se tenha ficado provado que juiz ou jurado tenham cometido crime relacionado com o exercício de sua função no processo;

– Decisões inconciliáveis,[79] ou seja, em caso dos factos que serviram de fundamento para a condenação serem incompatíveis com outros constantes em outra decisão;

– Descoberta de novos factos[80] ou meios de prova que venham a suscitar graves dúvidas sobre a justiça da condenação.

Como tivemos oportunidade de mencionar quando abordamos a questão da evolução histórica da revisão, o ordenamento jurídico português actual admite que seja interposta a revisão *pro reo* e *pro societate*.

Com base nos dois primeiros fundamentos acima mencionados, a revisão poderá ser *pro reo* e *pro societate*. Já em relação aos dois últimos, são fundamentos da revisão exclusivamente *pro reo*.

A revisão pode ser interposta pelo Ministério Público,[81] pelo assistente (em relação a sentenças absolutórias ou a despachos de não pronúncia), pelo con-

(79) Caso a revisão seja autorizada com fundamento em decisões inconciliáveis, existindo a condenação de arguidos diferentes por factos idênticos, elas serão anuladas e revistas conjuntamente. A execução das sanções no momento da anulação das decisões é cessada e o STJ decidirá se deverão ser aplicadas medidas de coacção admissíveis ao caso concreto.

(80) Apesar de não ser unânime o entendimento acerca do que vem a ser "factos novos", nos posicionamos no sentido de que os factos devem ser novos no processo, não importando se eles eram ou não do conhecimento do condenado no momento do julgamento. Nesse sentido, Eduardo Henriques da Silva Correia, *Para quem devem ser "novos" os factos ou elementos de prova que fundamentam a revisão das decisões penais?*, p. 6-7. Interessante ressaltar, no presente momento, que em França, Itália, Espanha, Áustria e Suíça, para serem considerados novos, também basta que os factos não constem dos autos à época do julgamento, ainda que do conhecimento do condenado à época que contra ele fora proferida sentença. Isso tudo em nome do interesse público visado pela revisão: a concretização da justiça.

(81) "O Ministério Público tem legitimidade para pedir a revisão de quaisquer decisões, sejam condenatórias, absolutórias ou despachos de não pronúncia; trata-se de um poder vinculado, ou seja, de um poder-dever, pelo que o pedido será obrigatoriamente formulado, sempre que para tanto haja fundamento bastante" – Manuel Lo-

denado ou seu defensor (em relação a sentenças condenatórias) e, ainda, em caso de haver falecido o condenado, pelo cônjuge, descendentes, adoptados, ascendentes, adoptantes, parentes ou afins até ao quarto grau da linha colateral, herdeiros que demonstrem interesse legítimo ou quem tiver recebido poderes expressos do condenado nesse sentido.

Regra geral, é vedada uma nova revisão. No entanto, há uma excepção que consiste na possibilidade de ser requerida pelo Procurador-Geral da República.

A revisão deve ser requerida perante o Tribunal que proferiu a decisão a qual se almeja ser revista, devendo o requerimento conter tanto a motivação do recurso de revisão, como a indicação dos meios de prova necessários.

O recurso de revisão possui duas fases, que são a fase do juízo rescindente e a fase do juízo rescisório. A primeira está situada entre a dedução do pedido de revisão até a decisão que o concede ou denega. Nesse momento, é o STJ que detém a jurisdição. Em relação à segunda fase, tem início quando o processo é baixado e termina quando for proferido o novo julgamento. Importante ressaltar que a fase do juízo rescisório só ocorrerá se o pedido de revisão for concedido na fase do juízo rescindente.

A tramitação do processo perante o STJ se dá da seguinte maneira: recebidos os autos, são enviados com vista ao Ministério Público e depois conclusos ao relator, para que seja elaborado o projecto de acórdão. Em seguida, o processo é enviado para o visto dos juízes das secções criminais, sendo que a decisão que vier a autorizar ou denegar a revisão será tomada pelas próprias secções criminais, em conferência.

Caso a decisão autorize a revisão, o processo será reenviado pelo STJ ao tribunal de categoria e composição iguais às do Tribunal que proferiu a decisão a ser revista e que se encontrar mais próximo. Em se tratando de condenado que já esteja cumprindo pena ou medida de segurança de internamento, decidirá o STJ se deverão ser suspensos os efeitos da execução. Se assim o for ou se o condenado ainda não houver começado o cumprimento da sanção a ele imposta, decidirá o mesmo STJ, a conveniência da aplicação de uma medida de coacção cabível ao caso concreto sob *judice*.

Caso contrário, no qual a revisão for negada, haverá a condenação do requerente – excepto o Ministério Público – em custas, além do pagamento de UCs – entre 6 e 30 –, em caso do pedido ser considerado manifestamente infundado.[82]

pes Maia Gonçalves. *Código de Processo Penal anotado e comentado*, p. 893. Interessante fazermos menção ao facto que há países, como o Brasil, em que o recurso de revisão, ademais de ser apenas *pro reo*, ao contrário de Portugal, não terá o Ministério Público legitimidade para pleiteá-la.

(82) Note-se que o actual CPP é mais rígido que o CPP de 29, já que anteriormente apenas se condenava ao pagamento de UCs em caso de ser constatada má fé. Actualmente, no entanto, basta que o pedido seja manifestamente infundado para que recaia sobre o requerente tal pagamento.

Ainda em relação à tramitação do recurso de revisão, cabe-nos estabelecer as consequências advindas de um novo julgamento da decisão rescindida. Há três possibilidades, a saber:

1.ª) O arguido poderia ter sido condenado e com a revisão vir a ser absolvido. Neste caso, a decisão anterior será anulada, bem como trancado o respectivo registro, sendo o arguido restituído à situação jurídica anterior à condenação. Uma certidão será fixada tanto à porta do Tribunal da última residência do arguido, como à porta do Tribunal da comarca na qual o mesmo foi condenado anteriormente, assim como circulará uma publicação em três números consecutivos da sede deste último Tribunal.[83] Uma vez concretizada essa possibilidade, o arguido terá direito à uma indemnização pelos danos sofridos, que será paga pelo Estado.

2.ª) O arguido poderia ter sido condenado e após a revisão, ser mantida uma decisão de condenação. Nesse caso, o Tribunal irá aplicar-se a sanção que julgar cabivel, descontando dela o lapso temporal que já houver sido cumprido anteriormente.

3.ª) Por fim, a terceira hipótese corresponde ao caso em que havia uma absolvição anterior e com a revisão, o arguido vem a ser condenado.

Não podemos deixar de mencionar e estar atentos ao facto de que na segunda e terceira hipóteses, é aplicável a proibição da *reformatio in pejus*, prevista pelo art. 409.° do CPP. Em caso de pedido de revisão feito no interesse exclusivo do arguido, ele não pode vir ele a ser prejudicado com a decisão revista. Ou seja, o tribunal pode inclusive modificar a qualificação do tipo penal, mas a pena a ser aplicada terá como limite máximo a anteriormente estabelecida.

7.3.6 A revisão e o princípio da presunção de inocência

Finalmente, a fim de analisar a aplicação do princípio da presunção de inocência, constitucionalmente consagrado no art. 32.°, n. 2.°, da CRP, no âmbito do recurso extraordinário da revisão, devemos considerar as duas fases já anteriormente analisadas: do juízo rescindente e do juízo rescisório.

Estabelece da Constituição da República Portuguesa supra mencionado, *in verbis*, que "todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa". Assim, infere-se de tal princípio constitucional que a presunção de inocência existe até o trânsito em julgado da sentença.

É certo que estamos em uma fase processual, a dos recursos extraordinários, cujo pressuposto lógico primário é a existência de uma decisão transitada em julgado. Poderíamos em um primeiro momento concluir, equivocadamente, que

(83) Acreditamos que a publicidade dada ao facto do condenado ser absolvido é um efeito com relevância perante a sociedade na qual o mesmo está inserido, já que visa realmente restitui-lo à sua situação anterior, não apenas jurídica, mas também e, nomeadamente, social.

não se deveria nem ao menos cogitar da discussão do princípio da presunção de inocência em sede de recurso de revisão, haja vista que já houve o trânsito em julgado, não sendo mais ele assegurado.

No entanto, se fizéssemos essa análise precipitada, nos equivocaríamos. Isso porque, devemos considerar que há duas fases na revisão.

Realmente, em estando na fase rescindente e esta sendo negada, não há razão para se discutir a aplicação do princípio da presunção de inocência, já que nada foi alterado, ademais de estarmos diante de uma decisão já transitada em julgado.

No entanto, se considerarmos a fase do juízo rescisório, na qual a revisão foi admitida e o processo tenha sido enviado a novo julgamento, já poderemos trazer à discussão a aplicabilidade ou não do princípio da presunção de inocência. Vejamos:

Interposto recurso de revisão e tendo sido ele admitido, será reenviado a novo julgamento. Nessa hipótese, fica afastado o caso julgado e, junto com ele o trânsito em julgado da decisão, de modo que volta a vigorar o princípio da presunção de inocência e todas as demais garantias de defesa do arguido. Isso tudo, porque em sendo "anulada a decisão, o condenado deve ser restituído à sua condição 'natural' (a de presumido inocente)".[84]

8. Conclusão

Diante do exposto, passaremos, então, à conclusão do presente trabalho.

Ao abordarmos o tema recursos em processo penal, tivemos a oportunidade de nos deparar com vários pontos importantes e, muitas vezes polémicos.

Para buscarmos a solução e um posicionamento diante de tais casos, levamos em consideração não apenas a ordem jurídica processual penal, como também e nomeadamente, a ordem jurídica constitucional, haja vista que há uma nítida comunhão de objectivos entre as duas.

Podemos afirmar que os recursos estão entre as matérias que o actual Código de Processo Penal mais inovou. Isso porque, antes da sua entrada em vigor, em 1987, e consequentemente da sua Revisão de 1998, os recursos em processo penal eram julgados como agravos de petição, seguindo as disposições do processo civil.

No entanto, é evidente que os interesses processuais civis e processuais penais são diferentes e tal diferença levou à necessidade de uma autonomia dos recursos em matéria penal, rompendo com uma tradição que há quase um século havia feito nascer os recursos penais e cíveis.

(84) José Manuel Damião da Cunha. *O caso julgado parcial – Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, p. 774.

As transformações eram necessárias e a busca por um processo mais célere e que fosse efectivamente garantidor não apenas da segurança e certeza jurídicas, como também e, principalmente da justiça, era inevitável. E, então, temos hoje um procedimento de recursos que foi despido dos excessivos formalismos e que prima pela oralidade e pela economia processual. Embora seja dito por muitos que a possibilidade de mais um grau de recurso, em matéria de facto, retardaria o procedimento, enganam-se a fazer tal afirmação. Isso porque, os recursos poderão sim ser utilizados para tal fim, mas com moderação e desde que estejamos diante de um erro. A própria possibilidade de serem feitos os juízos de admissibilidade no juízo *a quo* e no juízo *ad quem*, são uma clara demonstração não só de economia processual – já que permite a rejeição liminar dos recursos, quando não preencherem os requisitos mínimos para a sua interposição – como também da vedação de utilização dos recursos como maneira de postergar o término do processo. Ademais, não podemos nos olvidar do facto de que no processo acusatório, a idéia é que o processo traga uma solução já na primeira instância. Em decorrência disto é que se alega que a estrutura do recurso dentro do processo acusatório não é a mesma da existente no processo inquisitório. Isto porque, no processo inquisitório, a finalidade dos recursos, nomeadamente o recurso de apelação *ex officio*, existente já no século XIV, quando o processo inquisitório dominava a Europa continental, era justamente evitar os eventuais abusos cometidos pelos juízes, sendo que existiam punições severas, incluindo a perda do cargo, em caso de descumprimento. Tanto as Ordenações Afonsinas, como as Manuelinas e Filipinas trataram de referido recurso. É notório que os recursos no processo inquisitórios tinham uma grande relevância, já que eram necessários para conter os abusos existentes, o que não diminui a importância deles em sede de processo acusatório, continuando a ser necessária a sua previsão, ainda que diante de tantas garantias já asseguradas ao arguido. Trata-se de mais uma garantia que poderíamos dizer de última *ratio*, mas necessária também.

A possibilidade de se recorrer está justamente no facto de haver uma possibilidade de erro, já que como bem sabemos, as decisões são proferidas por homens e, portanto, falíveis. E, mais, o princípio do duplo grau de jurisdição, hoje claramente garantido pela Constituição da República Portuguesa, demonstra que se fazia necessário a possibilidade de se recorrer em matéria de facto, já que é justamente no tocante a essa matéria que a probabilidade de erro é maior.

Os recursos assumem, então, ademais da condição de um direito fundamental de defesa, assegurado expressamente pela Constituição da República Portuguesa, a partir da 4.ª Revisão Constitucional, ocorrida em 1997, em seu art. 32.º, n. 1, o papel de remédio jurídico. Esta caracterização fica evidenciada, uma vez que os recursos visam sanar um mal, qual seja, o de um erro em uma decisão.

Tivemos a oportunidade de constatar também que os recursos são ordinários ou extraordinários, sendo que estes últimos se dividem em recurso para fixação de jurisprudência e recurso de revisão.

Surge, então, mais um ponto delicado e que mereceu a nossa atenção.

Os recursos extraordinários podem ser interpostos apenas após o trânsito em julgado da decisão. O questionamento surge justamente, porque assim o sendo, se confirma que o caso julgado não é intangível de forma absoluta. E realmente não o é.

No recurso de revisão, fica mais claramente evidenciada tal problemática, a qual se soma a discussão entre os valores da segurança e da justiça.

É certo que o que se busca com a intangibilidade do caso julgado é justamente assegurar uma segurança jurídica e, portanto, estabelecer novamente a paz jurídica diante de tal caso concreto.

No entanto, o que se deve ter cristalino é que não podemos, em nome da segurança, violar o valor maior da justiça. Assim, a possibilidade de revisão tem nitidamente a sua idéia matricial de força na justiça. Diante de dúvidas insuportáveis, não se pode admitir que uma decisão prevaleça unicamente porque trouxe certeza e segurança jurídica.

Evidentemente que não se pode permitir a manutenção de uma condenação injusta em razão da estabilidade de uma decisão judicial. Ainda mais em um Estado Democrático de Direito no qual o processo penal é de cunho claramente acusatório e que busca a verdade material e assegura a presunção de inocência.

É justamente permitindo, através do recurso de revisão, que um erro seja reconhecido, que se alcançará não apenas a justiça, mas novamente a segurança jurídica, imposições do Estado de Direito.

Abreviaturas

Ac.	–	Acórdão
Ac. STJ	–	Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Al.	–	Alínea
art.	–	artigo
Código de 1929	–	Código de Processo Penal de 1929
CPP	–	Código de Processo Penal
CPP 29	–	Código de Processo Penal de 1929
CRP	–	Constituição da República Portuguesa
DL	–	Decreto-Lei
p.	–	página
L	–	Lei
N.	–	Número
Proc.	–	Processo

RC	–	Revisão Constitucional
Revisão de 98 do CPP	–	Código de Processo Penal com as alterações da L. 59/98, de 25 de agosto.
STJ	–	Supremo Tribunal de Justiça
TC	–	Tribunal Constitucional
UC	–	Unidade de Conta Processual

Bibliografia

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

——— e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. "Para quem devem ser 'novos' os factos ou elementos de prova que fundamentam a revisão das decisões penais?". *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, 1951.

COSTA, José Francisco de Faria. *A justiça nos dois lados do Atlântico – Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1997.

COSTA, José Gonçalves da. "Recursos". *Jornadas de Direito Processual Penal/ O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1989. p. 401-471.

CUNHA, José Manuel Damião da. "A estrutura dos recursos na proposta de revisão do CPP – Algumas considerações". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2/251-275, ano 8, abr.-jun. 1998.

———. *O Caso Julgado Parcial – Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2002.

DANTAS, António Leones. "Considerações sobre o processo das contra-ordenações: as fases do recurso e da execução". *Revista do Ministério Público* 57/71-83, ano 15, jan.-mar. 1994.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. vol. 1.

———. "Efeito processual da *reformatio in pejus*". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 107, 1974-1975, Coimbra: Coimbra Ed., 1975. p. 51-59.

———. "Para uma reforma global do processo penal português – Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais". Texto utilizado na conferência proferida em 23.07.1983, na Ordem dos Advogados do Porto.

———. *Direito processual penal – Lições*. Secção de textos da Universidade de Coimbra, 1988-1989.

———. "Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2/199-213, ano 8, abr.-jun. 1998.

ESCUSOL BARRA, Eladio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Colex, 1993.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. "Revisão penal". *Scientia Ivridica – Revista Bimestral Portuguesa e Brasileira* XIV/520-526, 1965.

_____. *Curso de processo penal*. Lisboa: Danubio, 1986. vols. 1 e 2.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal anotado e comentado*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

JUSTO, A. Santos. *Introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. "O princípio *in dubio pro reo* e o novo Código de Processo Penal". *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, Lisboa, set. 1989. p. 583-611.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. vol. I.

MELO, Humberto José de. *Trâmites e fórmulas processuais (anotados)*. Coimbra: Almedina, 1993.

MESTRE DELGADO, Esteban. "Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* III/721-746, set.-dez. 1985. t. XXXVIII.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAIS, Carlos Blanco de. "Segurança jurídica e Justiça constitucional". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* XLI-2/619-630, Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

MOTA, José Luís Lopes da. "A revisão do Código de Processo Penal". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2/163-198, ano 8, abr.-jun. 1998.

NEVES, A. Castanheira. *O Instituto dos "Assentos" e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica*. 1. ed. Barcelona: Ariel, 1991.

PINHEIRO, Rui e MAURÍCIO, Artur. *A Constituição e o processo penal*, Lisboa: Diabril.

PINTO, António Augusto Tolda. *O novo processo penal*. Lisboa: Rei dos Livros.

REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. Coimbra: Coimbra Ed., 1985. vol. VI.

ROBALO, António Domingos Pires. *Código de Processo Penal comentado*. Lisboa: Livraria Petrony, 1996.

———. *Noções elementares de tramitação do processo penal*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha. "Recursos". *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 379-400.

ROMEIRO, Jorge Alberto. "A valorização da Magistratura pela Revisão". *Scientia Ivridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*. 1968. t. XVII, p. 616-624.

ROXIN, Claus. "Culpa e responsabilidade". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 4/503-541, ano I, out.-dez. 1991.

SANTOS, Gil Moreira dos. *Noções de processo penal*. 2. ed. Porto: O Oiro do Dia.

SANTOS, Simas e HENRIQUES, Leal. "O novo Código e os novos recursos". *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. vol. 1, p. 767-818.

———. *Recursos em processo penal*. 5. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2002.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000. vol. I, p. 49-91.

———. *Curso de processo penal*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 2000. vol. III, p. 307-393.

———. "Registro da prova em processo penal, Tribunal Colectivo e Recursos". *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. 1, p. 801-818.

TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 4*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TULKENS, François. "La sécurité juridique: un idéal à reconsidérer". *Revue Interdisciplinaire D'Etudes Juridiques* 24/25-42, Bruxelles, 1990.

VIGO, Rodolfo. "Aproximaciones a la Seguridad Jurídica". *Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 6/495-516, año III, fev., Madrid, 1998.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

1.5

DERECHO PENAL, ÉTICA Y FIDELIDAD AL DERECHO: estudio sobre las relaciones entre derecho y moral en el funcionalismo sistémico de Günther Jakobs

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

SUMARIO: 1. Cuestiones preliminares – 2. La autonomía entre derecho penal y moral: el delito, el proceso y la pena – 3. Algunos resultados iniciales – 4. Moral, Ética y "Fidelidad al Derecho" en el funcionalismo de Günther Jakobs – 5. Reflexiones finales.

Resumen: Aunque ya parece zanjado en doctrina penal el entendimiento de que la moral no puede ser *ratio* de la intervención punitiva del Estado, es usual constatar que se tratan de ámbitos sumamente relacionados, lo que produce en no pocas ocasiones la existencia de confusiones.

La párcela del Derecho penal en donde se ha mostrado más notoria dicha confusión es en el Derecho penal sexual, basta recordar las referencias al "honor", "honestidad", "irreprochabilidad" que contenían los tipos penales que tipificaban los atentados contra la libertad e indemnidad sexuales.

Sumamente sensible a la posibilidad de confusión entre Derecho penal y moral aparece el sistema funcionalista sistémico. Aunque a primera vista, algunas de sus nociones (por ejemplo, la de fidelidad al derecho), dan cabida a tales objeciones, el funcionalismo sistémico –en virtud a los argumentos detallados en el presente trabajo– no puede ser calificado como un sistema conformador de conciencias.

Palabras-clave: Derecho penal – Moral – Etica – Funcionalismo – Teoría de los sistemas.

1. Cuestiones preliminares

Desde hace años atrás, la doctrina penal ampliamente mayoritaria ha arribado a la conclusión de que al Derecho penal no le asiste la función de sancionar conductas inmorales.[1] Recuérdese, por ejemplo, que la tesis fundamental de los

(1) Entre otros, sin ánimo de exhaustividad: ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General*, traducción de la segunda edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, t. I; Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, p. 52, primera edición española, Madrid: Civitas, 1997; FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos

trabajos correspondientes al Proyecto Alternativo alemán de 1966[2] fue que "El derecho penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos. La preservación de la moral como tal no es misión del derecho penal".[3]

Es que aunque en virtud a su condición de medio de control social, puede afirmarse que el Derecho penal en la praxis posee "capacidad de crear usos y de reforzar la moral",[4] de configurar costumbres,[5] ello no tiene porque significar que la punición de una conducta tenga su razón de ser en su carácter inmoral.

Existe una evidente e innegable relación entre Derecho penal y moral.[6] Labatut Glena, por ejemplo, ha llegado a afirmar sin dubitaciones, respecto a la

Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, primera edición, Madrid: Trotta, 1995. p. 218-225; MIR PUIG, S. *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, p. 161; LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de derecho penal. Parte General*, reimpresión de la primera edición, Madrid: Editorial Universitas, 1999. t. I, p. 82; QUINTERO OLIVARES, G. con la colaboración de MORALES PRATS, F. & PRATS CANUT, M., *Manual de derecho penal. Parte General*, segunda edición, Navarra: Aranzadi, 2000. p. 89; HURTADO POZO, J. "Moral, Sexualidad y Derecho penal". *Anuario de Derecho Penal* 1999-2000, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001. p. 25; URQUIZO OLAECHEA, J. "El bien jurídico". *Revista Peruana de Ciencias Penales* 6/806, Lima, 1998; CASTILLO ALVA, J. *Principios de derecho penal. Parte General*, especialmente anotación a pie n. 2, primera edición, Lima: Gaceta Jurídica, 2002. p. 331.

(2) El Proyecto Alternativo de 1966 fue elaborado por renombrados penalistas alemanes, entre los que cabe citar a modo ejemplificativo a Claus Roxin, como respuesta al Proyecto Oficial de 1962.

(3) ROXIN, C. "El desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo", traducción de Joan Queralt, en: Mir Puig, S. (Ed.), *Política Criminal y Reforma del Derecho penal*, primera edición, Bogotá: Temis, 1982. p. 5. Contradictoriamente, la Gran Comisión de Reforma de Derecho penal, encargada de la elaboración del Proyecto Oficial de 1962, mantuvo criterios moralizantes, por ejemplo, en cuanto a la represión de la homosexualidad masculina, respecto de la cual la intervención punitiva estatal tenía como objetivo "conseguir mediante la fuerza ética de la ley penal una barrera contra la expansión de una práctica inmoral"; al respecto: ROXIN, C. "Evolución del Derecho penal y de la Política Criminal en Alemania", in ROXIN, C. & Muñoz Conde, F. *Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio*, Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2000. p. 30.

(4) Siguiendo a ROSS; HURTADO POZO, J. *Manual de Derecho penal. Parte General*, reimpresión de la segunda edición, Lima: Eddili, 1987. p. 41; también: VILLA STEIN, J. *Derecho penal. Parte General*, primera edición, Lima: Edit. San Marcos, 1998. p. 95.

(5) SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 300.

(6) En un reciente trabajo, Myriam Herrera Moreno ha referido que la resurrección del expediente moralizador ha calado en el discurso criminológico, en sus tesis basadas en la idea de la *ética reconstructora*; al respecto: MORENO HERRERA, M.

moral que: "Con ninguna otra disciplina tiene el derecho penal relaciones más íntimas".[7] No obstante, la existencia de dicho nexo no puede llevarnos a confundirlos ni enredarlos. Aunque existe relación entre ellos, Derecho penal y moral (y viceversa) son autónomos.[8]

Tal comprensión es fruto de la cultura liberal y del pensamiento iluminista que llevó a la humanización del Derecho penal[9] y es manifestación del proceso de secularización o laicización del Derecho y la moral,[10] con desenlace al dar inicio la edad Moderna.[11]

Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal, primera edición, Lima: Edit. Grijley, 2002. p. 68-75.

(7) Quien incluso llega a sostener que la relación entre moral y Derecho penal es de género (moral) a especie (Derecho penal); LABATUT GLENA, G. *Derecho penal*, novena edición actualizada por el Profesor Julio Centeno Vargas, Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 1990. t. I, p. 4-5.

(8) Al respecto Merkel sostiene que pese a que continuamente se mencione la separación entre Derecho penal y moral, la distancia que los separan no es muy amplia "pues el Derecho penal no sólo debe sentar sus principios inspiradores sobre el fundamento de la Ética. Antes bien, más allá de aquellos, numerosos elementos de los concretos tipos se basan directamente o indirectamente, expresa o implícitamente, en principios morales como criterios que deciden su aplicabilidad"; con detalle: MERKEL, R. "La Filosofía, ¿Convidado de piedra en el debate del Derecho penal?. Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos (y algunos equívocos generalizados a propósito de la cláusula de ponderación de intereses en el estado de necesidad: primer inciso del § 34 StGB)", traducción de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) & Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Comares, 2000. p. 186.

(9) "Humanización" de la que fue gestor Beccaria y cuyos pilares se ubican en la libertad del ciudadano, que debía protegerse no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal; al respecto: MIR PUIG, S., op. cit., p. 151; BACIGALUPO, E. *Derecho penal. Parte General*, segunda edición, Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 80; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Introducción al Derecho penal*, segunda edición, Bogotá: Temis, 1994. p. 95 y ss.; fundamental para el estudio de los aportes de César Beccaria: GARCÍA RAMÍREZ, S. "Estudio introductorio. Beccaria: El hombre, la circunstancia, la obra", en: Beccaria, C. *De los delitos y de las penas*. Facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774, primera edición, México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 7 y ss.

(10) Hay que recordar que durante mucho tiempo el delito no era lesión o puesta de bienes jurídicos, sino un "pecado", siendo la moral predominante la "católica"; al respecto: HURTADO POZO, J. *Nociones básicas de Derecho penal de Guatemala. Parte General*, Guatemala, 2000. p. 9; MAZUELOS COELLO, J. "El bien jurídico penal", en: ídem. *Control social y dogmática penal*, primera edición, Lima: San Marcos, 1995. p. 53; REYNA ALFARO, L. M. *Los Delitos Informáticos: Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal*, primera edición, Lima: Jurista Editores, 2002 p. 210. En forma similar, el profesor Claus Roxin observa que en sus orígenes la Jurisprudencia alemana encontraba el fundamento jurídico de la punición

En lo que sigue trataré, introductoriamente como se observa, de establecer algunas ideas sobre el tema de la autonomía entre Derecho penal y moral.

2. La autonomía entre derecho penal y moral: el delito, el proceso y la pena

La autonomía entre Derecho y Moral se manifiesta, axiológicamente, en el ámbito del Derecho penal, por medio de tres principios que afectan tres diversas esferas: el delito, el proceso y la pena.[12]

§ 1. En la primera esfera, esto es, en lo relativo al delito o de justificación de la intervención punitiva, se plantea como principio que el Derecho penal no tiene como misión configurar una determinada moral, sino prevenir y sancionar acciones u omisiones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. En síntesis, recurriendo a palabras del italiano Luigi Ferrajoli: "El estado, en suma, no debe inmiscuirse coercitivamente en la vida moral de los ciudadanos ni tampoco promover coactivamente su moralidad, sino sólo tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros".[13]

Este principio ha tenido decidida influencia en la discusión dogmática que ha seguido a la cuestión del bien jurídico[14] y su respeto es trascendental en los procesos de criminalización primaria (formación de la ley penal).

La validez fáctica del aludido principio puede verse seriamente comprometida mediante la criminalización de conductas con exclusivos fines pedagógicos o educativos, cuya admisión –como Silva Sánchez ha dejado en evidencia–, significaría aceptar una inexcusable "ingerencia del Derecho penal en la esfera interna (en la estructura de valores) del individuo".[15]

Esta utilización del Derecho penal con fines "educativos" se relaciona cercanamente con la función "simbólica"[16] que se suele admitir desempeñan las normas jurídico-penales.[17]

de determinadas conductas en la "ley ética", con orígenes a su vez en la doctrina cristiana del derecho natural; al respecto: ROXIN, C. "Evolución del Derecho penal y de la Política Criminal en Alemania", p. 29.

(11) FERRAJOLI, L., op. cit., p. 218.

(12) En lo que sigue, básicamente: FERRAJOLI, L., op. cit., p. 222- 225.

(13) FERRAJOLI, L., op. cit., p. 223.

(14) CARO CORIA. D. C. *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, primera edición, Lima: Gráfica Horizonte, 1999. p. 33-41; REYNA ALFARO, L. M., op. cit., p. 214-219.

(15) SILVA SÁNCHEZ, J.M., op. cit., p. 302.

(16) Sumamente útil es el trabajo de DIEZ RIPOLLES, J. L. "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena". *Revista Peruana de Ciencias Penales* 11, Lima: Idemsa, 2002.

(17) Es cierto que el Derecho penal cumple funciones simbólicas, hecho que no puede ser considerado –casi instintivamente– como algo negativo, los defectos de un De-

También es de destacar en éste primer ámbito (el delito), la influencia que han ejercido los *atypische Moralunternehmer* (*gestores atípicos de la moral*) en la utilización del Derecho penal por parte del Estado.[18] La acción de los *gestores atípicos de la moral*[19] ha provocado la intervención punitiva en algunos sectores en donde la capacidad de rendimiento del Derecho penal y sus instrumentos parece sumamente limitada e incluso, simbólica.

Así, la influencia de los *gestores atípicos de la moral* se ha manifestado, por citar sólo los ejemplos más paradigmáticos, en la criminalización de los atentados contra el medio ambiente,[20] de los malos tratos familiares,[21] de las conductas racistas[22] o de ciertos atentados contra la libertad sexual (como el acoso sexual).[23]

recho penal con signos simbólicos se ubican en la exclusividad de dicha función, por ello es correcto lo afirmado por el Profesor Silva Sánchez en el sentido de que el carácter problemático de la presencia del elemento simbólico en el Derecho penal es su tendencia hacia la "absolutización", de forma tal que el Derecho penal adquiere como función "exclusiva" la simbólica; véase: SILVA SÁNCHEZ, J. M., op. cit., p. 305; CANCIO MELIÁ, M. "Dogmática y Política Criminal en una Teoría Funcional del Delito", en: Jakobs, G. & Cancio Meliá, M. *El Sistema Funcionalista del Derecho penal*, Lima: Grijley, 2000. p. 20-21.

(18) SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, Madrid: Civitas, 2001. p. 67.

(19) Los *gestores atípicos de la moral* resultan ser todas aquellas instituciones, organismos, entidades o, en general, organizaciones no gubernamentales, destinadas a la defensa de intereses vinculados a los derechos humanos.

(20) Sobre el papel de las organizaciones no gubernamentales en la protección del medio ambiente: ALVAZZI DEL FRATE, A./ BENJAMÍN, A./ HEINE, G./ NORBERRY, J./ PRABHU, M., "Environmental protection at national and international levels: Potentials and limits of criminal justice. An Overview of the empirical study", en: Heine, G./ Prabhu, M./ Alvazzi del Frate, A. (Edits.), *Environmental protection. Potentials and limits of criminal justice*, Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 1997. p. 33-35.

(21) Destacan la influencia de las organizaciones feministas en la criminalización de los malos tratos familiares y, en general, en la represión de la violencia de género: MONTOYA VIVANCO, Y., "Discriminación y aplicación discriminatoria del Derecho penal en los delitos contra la libertad sexual e infracciones penales contra la integridad personal". *Discriminación sexual y aplicación de la ley*, primera edición, Lima: Defensoría del Pueblo, 2000. vol. IV, p. 22-23; HO, T. "Domestic violence in a southern city: The effects of a mandatory arrest policy on male- versus- female aggravated assault incidents". *American Journal of Criminal Justice* 25-1/108, Florida: Southern Criminal Justice Association, 2000.

(22) Ejemplo claro de la intervención simbólica del Derecho penal se ubica en el artículo 323 del Código penal peruano, incorporado mediante la Ley 27270: Ley contra actos de discriminación, que reprime el delito de discriminación racial, étnica, religiosa o sexual; implícitamente, aunque dejando en claro lo prematuro de emitir una conclusión definitiva: CARO CORIA, D. C. "La tipificación de los crímenes

§ 2. El segundo principio –ubicado en el ámbito del proceso penal– plantea la imposibilidad de que el proceso penal tenga como cuestión fundamental determinar la moralidad del individuo.

Durante el proceso penal, el operador de justicia deberá acreditar la efectiva lesión o puesta en peligro –legalmente prevista– de un bien jurídico y la responsabilidad del imputado en la misma. Las características del individuo no deben ser objeto de prueba durante el proceso penal. El ciudadano debe ser juzgado "sólo por *aquello que ha hecho*, y no, como en el juicio moral, también por *aquello que es*".[24]

El Derecho procesal penal como rama destinada a concretar, a materializar, a realizar los objetivos del derecho penal material,[25] asume, respecto de aquel,

consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional". Salmón, E. (Coord..), *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, p. 174, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001. En el contexto europeo, por ejemplo, Dorotea Rzepka se plantea la interrogante respecto a si es necesario "más Derecho penal" en el ámbito de la violencia xenófoba y concluye que "La prevención general a través de más Derecho penal sólo tiene sentido en el ámbito de los actos violentos ultraderechistas o xenófobos si se acompaña de medidas disuasorias o estabilizadoras de la norma fuera del Derecho penal"; véase: RZEPKA, D., "Frente a la violencia ultraderechista o xenófoba, ¿Más Derecho penal?", traducción de Nuria Pastor Muñoz, en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) & Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española), op. cit., p. 287.

(23) Al momento de culminarse este trabajo existían en el Congreso de la República más de cinco proyectos de ley (Proyectos de Ley 4421, 4391, 4191, 4112, 3492, 1406 y 0573) tendentes a criminalizar el acoso sexual y que suelen referirse a la experiencia española, pero que obvian considerar las críticas que la doctrina hispana viene manifestando sobre el tipo penal contenido en el artículo 184 del Código Penal español; críticamente sobre la opción criminalizadora española: CANCIO MELIÁ, M., "Las infracciones de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en Derecho penal peruano. Algunas consideraciones de política criminal y de derecho comparado". *Revista Peruana de Ciencias Penales* 11/199-202, Lima: Idemsa, 2002; manifestando también sus dudas sobre la criminalización de las conductas de acoso sexual: MORALES PRATS, F. & GARCÍA ALBERO, R. "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales". QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, segunda edición, Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 265 ss.

(24) FERRAJOLI, L., op. cit., p. 223.

(25) ROXIN, C. *Derecho procesal penal*, traducción de la 25.° edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000. p. 1; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho penal. Introducción*, servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000. p. 48; FLETCHER, G. *Conceptos básicos de Derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 19; QUINTERO OLIVARES, G. con la colaboración de MORALES PRATS, F. &

una posición de engarce que permite, a su vez, vislumbrar la orientación político– criminal del Estado que les sirve –parafraseando a Sánchez–Vera Gómez Trelles– de "manto común".[26]

Derecho penal material y Derecho penal formal, entonces, reproducen la orientación político-criminal del Estado. Ahora, la orientación de la Política Criminal debe estimarse a partir de los fines que pretende obtener el Estado mediante su intervención punitiva.

Los fines de la Política Criminal no pueden ser otros, en el Estado Democrático de Derecho, que los de "realización de los derechos fundamentales".[27] Los derechos fundamentales por su parte tienen como ejes substanciales la libertad y la dignidad humana.[28]

En tal virtud, un Derecho procesal penal que responda a la orientación político-criminal de un Estado Democrático y Social de Derecho no puede permitir que se juzgue al ciudadano por su personalidad y que sea ello objeto de prueba. Mediante tal prohibición, el Derecho procesal penal no hace sino "realizar" el Derecho penal, en concreto, las previsiones sustantivas referidas al principio de culpabilidad por el hecho, en contraposición a la ya denostada culpabilidad de autor.[29]

PRATS CANUT, M., op. cit., p. 47; ZAFFARONI, E. R. *Manual de Derecho penal. Parte General*, Lima: Ediciones Jurídicas, 1998. t. I, p. 131; JAÉN VALLEJO, M. *Justicia penal contemporánea*, primera edición, Edit. Portocarrero, Lima, 2002. p. 67; ÍDEM, *La Justicia penal ante los nuevos retos de la actualidad*, primera edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001. p. 57; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. "Aspectos para una reforma del Derecho procesal penal español". *Revista Canaria de Ciencias Penales* 4/118-120, Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho penal comparado, Canarias, 1997; SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho procesal penal*, reimpresión de la primera edición, Lima: Grijley, 1999. vol. I, p. 7-9; GARCÍA RADA, D. *Manual de Derecho procesal penal*, octava edición, Lima: Eddili, 1984. p. 9.

(26) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., op. cit., p. 119; a favor de considerar al Derecho penal y procesal penal como manifestación de la política criminal, además: QUINTERO OLIVARES, G., con la colaboración de MORALES PRATS, F. & PRATS CANUT, M., op. cit., p. 116; BOVINO, A. "La participación de la víctima en el procedimiento penal", en: Reyna Alfaro, L. M. (Coord.), *Victimología y Victimodogmática: Una aproximación al estudio de la víctima en Derecho penal*, Lima: Ara Editores, 2003. p. 586.

(27) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001. p. 24; así también parece ser la posición de Bustos Ramírez al tener como puntos esenciales de su exposición la libertad y la dignidad humana, en: BUSTOS RAMÍREZ, J. "Política Criminal y Estado". *Revista Peruana de Ciencias Penales* 5/129 y ss., Lima, 1995.

(28) HESSE, C., en: Benda / Maihofer / Vogel / Hesse / Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, 1996. p. 89.

(29) Sobre la prohibición de un Derecho penal (y una culpabilidad) de autor, véase: ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General*, p. 176 ss.; en la doctrina peruana: CASTILLO ALVA, J., op. cit., 421 y ss.

Aunque la culpabilidad, en ambos casos (culpabilidad de acto y de autor) supone un juicio sobre el autor,[30] en la culpabilidad por el hecho el juicio se realiza a partir de la realización de una conducta socialmente desvaliosa calificada por la ley como delito y sólo respecto a la culpabilidad que de dicho comportamiento dimana,[31] mientras que en la culpabilidad de autor, el juicio se realiza teniendo como pretexto la comisión de un delito y se extiende a la personalidad del agente y su forma de conducirse en la vida. La culpabilidad de autor da por sentado que el delito es producto de la personalidad del autor.[32]

§ 3. El tercer principio a través del cual se manifiesta la autonomía entre Derecho penal y moral tiene que ver con los fines de la ejecución de la pena.

Según este principio, al ejecutar la pena, el Estado no debe propender al mejoramiento moral del ciudadano, a hacer de los ciudadanos "hombres buenos". Una "resocialización para la moralidad"[33] supondría una intromisión intolerable en las esferas de libertad del ser humano.

El principio que ahora comentamos tampoco choca con la finalidad preventivo especial de resocialización que corresponde a la sanción penal.[34] Es que la resocialización no plantea que se haga al individuo "un hombre bueno" en términos morales, pues ello "conduciría a la más absurda y peligrosa manipulación de la conciencia individual".[35] El objetivo de la resocialización es educar al individuo sujeto de sanción penal en el respeto –no la reverencia– al orden jurídico establecido y los valores que les son tributarios[36] (programa mínimo o de "resocialización para la legalidad").[37]

En este sentido, resulta paradigmática la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano de tres de enero de 2003 (Expediente 010-2002-AI/TC, Lima), que sostiene:

(30) VIDAURRI ARECHIGA, M., "¿Culpabilidad por el hecho o culpabilidad de autor?", en: el mismo. *Estudios Jurídico – Penales*, p. 41, Universidad de Guanajuato, s/f.

(31) ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General*, p. 817.

(32) BACIGALUPO, E., op. cit., p. 414.

(33) SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 31.

(34) Véase: REYNA ALFARO, L. M. *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Parte Especial*, primera edición, Lima: Gaceta Jurídica, 2002. p. 188-190.

(35) MUÑOZ CONDE, F. "La resocialización del delincuente: Análisis y crítica de un mito", en: Mir Puig, S. (Ed.), op. cit., p. 137.

(36) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Derecho penal. Parte General*, Madrid: Marcial Pons, 2002. t. IV, p. 37.

(37) En contraposición a los programas máximos que exigen al penado un "acatamiento interno" de los postulados ético-sociales que dimanan del delito y que suponen una "absolutización" del ideal resocializador. La tendencia ha "absolutizar" la resocialización, bien sostiene Silva Sánchez, es uno de los factores que ha propiciado su crisis; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., op. cit., p. 160; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 29 y ss.

"El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. *No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores* que, a lo mejor, puede no compartir."[38]

Lo expresado en líneas anteriores se relaciona al carácter facultativo de la resocialización. El tratamiento, sobre el que se basa la idea de resocialización, no es, de modo alguno, una obligación del penado, sino más bien un derecho que podrá efectivizar sólo si lo juzga conveniente.[39]

Una resocialización impuesta, por otra parte, además de vulnerar las esferas de libertad del penado, carecería de mayores probabilidades de éxito, la resocialización, bien sostiene Muñoz Conde: "supone un proceso de interacción entre el individuo y la sociedad, a cuyas normas debe adaptarse el individuo".[40]

3. Algunos resultados iniciales

§ 1. Ejemplo evidente del común entendimiento del Derecho penal y moral como ámbitos disociados es el progresivo rumbo descriminalizador en el ámbito de los delitos sexuales.[41] La homosexualidad, el incesto o la sodomía, nadie duda, son conductas que merecen reprobación social desde la perspectiva moral, pero nadie podría, hoy en día, con base en tal dosis de inmoralidad, propugnar la intervención penal en dichas esferas. Aún cuando exista una conducta inmoral que sea reprobada socialmente, si no existe lesión o puesta en peligro de un bien jurídico merecedor y necesitado de protección, la intervención punitiva estatal no encuentra justificación.

§ 2. Evidente es, sobre todo en los procesos de criminalización primaria (formación de la ley penal), que la puesta en marcha del *ius puniendi* estatal supone la inyección de ciertas y limitadas dosis de moral y ética. No les falta, por consiguiente, razón a aquellos autores que sostienen que el Derecho penal sirve para marcar un "mínimo ético".[42]

(38) Publicada en el *Diario Oficial* "El Peruano" de 04.01.2003.

(39) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / ARROYO ZAPATERO, L / FERRE OLIVE, J. C. / SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R. / GARCÍA RIVAS, N. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Barcelona: Praxis, 1996. p. 57; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., op. cit., p. 37-38; FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Las teorías clásicas de la pena". *Revista Peruana de Ciencias Penales* 11/421-422, Lima: Idemsa, 2002. Normativamente, abonan a favor de tal entendimiento la Ley General Penitenciaria Española (art. 4.2.) y el Reglamento Penitenciario Español (arts. 4.1 d) y 112.3).

(40) MUÑOZ CONDE, F. "La resocialización del delincuente: Análisis y crítica de un mito", en: Mir Puig, S. (Ed.), op. cit., p. 135.

(41) ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General*, p. 52; HURTADO POZO, J. *Nociones básicas de Derecho penal de Guatemala. Parte General*, p. 9.

(42) QUINTERO OLIVARES, G., con la colaboración de MORALES PRATS, F. & PRATS CANUT, M., op. cit., p. 89; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.

El Derecho penal, es importante recordarlo, puede servir para "reforzar" una determinada moral,[43] una determinada concepción ética, sin embargo, ello no supone que sea la moral o la ética[44] la *ratio* de la criminalización.

Tal opción (moral o ética como *ratio* de la criminalización) sirve únicamente, bien sostenía Stratenwerth, para conservar la moral o ética de una determinación sociedad –temporal y espacialmente hablando– y obstaculizar cualquier posible cambio social.[45] El Derecho penal no puede ser "instrumento al servicio de la moral y bajo su dependencia".[46]

4. Moral, Ética y "Fidelidad al Derecho" en el funcionalismo de Günther Jakobs

§ 1. Durante las dos últimas décadas, una de las construcciones teóricas de mayor impacto en el Derecho penal ha sido la esbozada por el Profesor Alemán Günther Jakobs. Sus propuestas si bien puede decirse que aún no constituyen doctrina dominante, han recibido gran atención –generalmente en tono crítico– por parte de la mejor doctrina alemana, española y ha recibido asimismo un importante nivel de adhesión en Latinoamérica.[47]

Conocimiento científico y Fundamentos del Derecho penal, primera edición, Lima: Gráfica Horizonte, 1999. p. 17; HURTADO POZO, J. *Manual de Derecho penal. Parte General*, p. 42; VILLA STEIN, J., op. cit., p. 95. En contra Verdugo / Arroyo / Ferre / Serrano / García, para quienes la aceptación de un mínimo ético puede llevar a confusión y vaguedades; así en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / ARROYO ZAPATERO, L / FERRE OLIVE, J. C. / SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R. / GARCÍA RIVAS, N., op. cit., p. 3.

(43) HURTADO POZO, J. *Nociones básicas de Derecho penal de Guatemala. Parte General*, p. 10; ÍDEM, *Manual de Derecho penal. Parte General*, p. 41.

(44) Moral: "Ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia" (REAL ACADÉMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición, Espasa, 2001. t. 7, p. 1.040); ética: "Conjunto de normas morales que rigen la conducta humana" (REAL ACADÉMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición, Espasa, 2001. t. 5, p. 683). Ambas expresiones, recurriendo a su sentido literal posible, puede ser entendidas en lo que sigue como equivalentes.

(45) Citado por SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J., op. cit., p. 16.

(46) FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal fundamental*, t. I, p. 47, tercera reimpresión de la segunda edición, Bogotá: Temis, 1998.

(47) Sin duda por la importante labor desplegada por sus seguidores españoles, entre otros, los profesores Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá. En el Perú, por ejemplo, asumen el funcionalismo sistémico: VILLA STEIN, J., op. cit., p. 189; CARO JOHN, J. *Causalidad e imputación. Lineamiento de una dogmática jurídico-penal normativa*, Tesis, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1996. En Latinoamérica destacan los trabajos de: SANCINETTI, M. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez*

Las líneas que siguen pretenden analizar –de modo aproximativo– la vinculación existente entre moral, ética y la noción de "fidelidad al derecho" que subyace al planteamiento teórico del Profesor Jakobs, así como determinar –complementando lo ya expuesto– la legitimidad de un Derecho penal que trascienda el ámbito externo del comportamiento humano y se introduzca en la esfera interna del ciudadano.[48]

§ 2. El funcionalismo sistémico viene siendo desarrollado desde ya hace más de 20 años por el profesor de la Universidad de Bonn Günther Jakobs. Aunque su interés inicial era elaborar un sistema que constituya una evolución de la obra de su maestro Hans Welzel, dicha intención no pudo concretarse, pues lo que debía ser una nueva edición del Tratado de Welzel terminó siendo una obra completamente distinta: se convirtió en el Tratado de Jakobs.[49]

Hans Welzel, maestro de Jakobs, sostenía que la misión fundamental del Derecho penal era la de asegurar la "vigencia de los valores del acto éticosociales positivas" o, en otras palabras, la de asegurar el respeto de "los valores del acto de una actitud interna jurídica".[50] Esta posición plantea, en suma, la necesidad de que el ciudadano asuma los valores éticos que dimanan de cada norma jurídico-penal.[51]

La tesis de Welzel, por otra parte, parece ubicar su origen en la "compresión ética del Estado e historicista de lo jurídico" propia de Hegel. Las ideas centrales de Hegel planteaban la existencia de unidad entre la faceta moral del Estado y la correspondiente a los ciudadanos.[52]

Ahora bien, es de Welzel justamente que se desprende la orientación de Jakobs hacía la función ética que corresponde al Derecho penal, vinculación que ha sido

una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, Bogotá: Temis, 1995; ÍDEM, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires: Hammurabi, 1991; REYES ALVARADO, Y. *Imputación objetiva*, Bogotá: Temis, 1984.

(48) SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 300.

(49) PEÑARANDA RAMOS, E. / SÚAREZ GONZÁLEZ, C., & CANCIO MELIÁ, M. *Un nuevo Sistema del Derecho Penal, Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs*, primera edición, Edit. Grijley, Lima, 1998. p. 12. En términos muy similares, Roxin subraya la oposición entre el sistema propuesto por Jakobs y el estructurado por su maestro Welzel; así en: ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General*, p. 204-205; ÍDEM, "Problemas fundamentales del sistema del Derecho penal", en: Roxin, C. & Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio*, Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2000. p. 57.

(50) Citado por: ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General*, p. 68.

(51) ALCÁCER GUIRAO, R. *Los fines del Derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2001. p. 49.

(52) ALCÁCER GUIRAO, R., op. cit., p. 51.

remarcada por la doctrina mayoritaria,[53] afirmación que –por cierto– se confirmaría con la, a su vez, existente vinculación entre la tesis de Welzel y las ideas de Hegel.[54]

§ 3. En el pensamiento de Jakobs, el sistema penal resulta organizado en atención a la misión que al Derecho penal le corresponde, esto es, con arreglo a su misión social, la cual no se ubica en procesos naturales ni de otra índole que resulte desligada de la Sociedad.[55]

La vinculación que –remarca Jakobs– existe entre el Derecho penal y aspectos sociales no puede ser desconocida pues, según sus palabras: "el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva".[56]

Es la mencionada relación entre Sociedad y Derecho penal lo que permite a Jakobs atribuir al orden jurídico –en general– y al Derecho penal –en concreto– una función de promoción que le permita no sólo alcanzar el nivel evolutivo de la Sociedad sino también "recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles".[57] Es que –recuerda el profesor

(53) MIR PUIG, S., op. cit., p. 132-133; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 227; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R., op. cit., p. 71; REYNA ALFARO, L. M. *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Parte Especial*, p. 184-185; PEÑARANDA RAMOS, E. / SÚAREZ GONZÁLEZ, C., & CANCIO MELIÁ, M., op. cit., p. 11/51-52. Sostienen los profesores Peñaranda, Suárez y Cancio que el punto de coincidencia entre Welzel y Jakobs es la idea de que "el Derecho penal ha de asegurar la vigencia de los 'valores positivos de acción de carácter ético-social'" y desde momento, agregan, "sus respectivos caminos se separaron".

(54) No hay que olvidar que uno de los pilares sobre los que se construye el "edificio" teórico de Jakobs –además de la innumerables veces remarcada influencia de Luhmann y la ejercida por Carrara a través de la "doctrina del daño intelectual del delito"– es la filosofía de Hegel que se hace patente en el entendimiento de la pena como "confirmación de la vigencia de la norma" (Jakobs) o como "negación de la negación del Derecho" (Hegel); al respecto: PEÑARANDA RAMOS, E. / SÚAREZ GONZÁLEZ, C., & CANCIO MELIÁ, M., op. cit., p. 25 ss.; REYNA ALFARO, L. M. *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Parte Especial*, p. 184-187; sobre la influencia de Hegel en Jakobs, también: PARMA, C. *El pensamiento penal de Günther Jakobs. El Derecho penal del siglo XXI*, p. 27 ss., Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001; la influencia de Carrara en Jakobs es resaltada además por: ALCÁCER GUIRAO, R., op. cit., p. 90-91.

(55) JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, segunda edición, Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 9.

(56) JAKOBS, G. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, en: el mismo. *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Lima: Palestra, 2000. p. 23.

(57) JAKOBS, G. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", p. 24.

de la Universidad de Bonn– "Toda sociedad necesita para su evolución empujones, incluso choques".[58] Únicamente de este modo podrá superar el Derecho penal el papel de mero "lacayo".[59]

La asunción de determinadas atribuciones promocionales en la configuración teórica del Profesor Jakobs tampoco significa que el Derecho penal sea capaz de servir de base a una revolución social, pues en cuanto deja de abonar a favor de la configuración social pierde la base que podría configurar una revolución social.[60]

Con ésta configuración, las usuales críticas hechas contra el planteamiento de Jakobs, en el sentido de tener oculto un "oscuro fin político",[61] de ser una doctrina de "corte autoritario"[62] o de simplemente "transigir"[63] pierden autoridad,[64] lo que el tratadista alemán propone no es consolidar un determinado orden de cosas, sino la de configurar la identidad de una determinada sociedad, con lo que adquieren relevancia decisiva las reglas –normas– que configuran tal identidad y no los bienes o estados que existen en la sociedad.[65]

En todo caso, la subsistencia de algún fin de orden tecnocrático de autopromoción estatal –como bien subraya Alcácer Guirao–[66] "no pertenece al fin de protección de la vigencia de la norma, sino que no es mas que una *perversión* del mismo, al igual que un Estado coactivo de terror es la perversión del fin de intimidación, y que un Estado clínico de terapia forzosa es una perversión del fin de resocialización".

§ 4. La Sociedad, según el planteamiento jakobsiano, se halla estatuida en atención a determinados roles. Esto significa que cada ciudadano tiene asumido un papel, una función, la misma que genera una expectativa de comportamien-

(58) JAKOBS, G. "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", traducción de Manuel Cancio Meliá, en: Jakobs, G. & Cancio Meliá, M. *El Sistema Funcionalista del Derecho penal*, p. 51.

(59) JAKOBS, G. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", p. 24.

(60) JAKOBS, G. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", p. 24.

(61) BARATTA, A. "Integración – prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", traducción de García Méndez y Huertas Sandoval, en: *Cuadernos de Política Criminal* 24/544-551, Madrid: Edersa.

(62) SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 237.

(63) SCHÜNEMANN, B. "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", traducción de Manuel Cancio Meliá, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales* 5/266, Lima, 1997.

(64) Críticamente también: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R., op. cit., p. 71-72.

(65) BACIGALUPO ZAPATER, E., op. cit., p. 45.

(66) ALCÁCER GUIRAO, R., op. cit., p. 93.

to; dicha expectativa aparece siempre vinculada a la norma, que resulta ser el modelo de conducta deseado, en términos de Jakobs: el "modelo de orientación de los contactos sociales".[67] En éste entendimiento, todo comportamiento ajeno a dicha función y por ende infractor de la norma, tendrá como consecuencia la defraudación de dichas expectativas y cuyo efecto ulterior será la pena como réplica.

Para el autor alemán, la función de la pena puede sintetizarse en la "prevención general a través del reconocimiento de la norma",[68] la misma que se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, la sanción sirve para reafirmar la confianza en la vigencia de la norma no obstante haber sido ocasionalmente infringida ("ejercicio de confianza en la norma"), en segundo término, la pena se destina al "ejercicio de la fidelidad hacia el Derecho", para finalmente, mediante la imposición de la sanción penal, aprender la vinculación existente entre la conducta infractora y la obligación de soportar su precio.[69]

§ 5. Pues bien, es aquí donde se devela la noción de "fidelidad al derecho" o de "lealtad comunicativa" –en término de Kindhäuser–[70] y que ha sido, justamente, uno de los aspectos más criticados dentro del pensamiento del profesor de la Universidad de Bonn.

Las críticas que se hacen a la idea de "fidelidad al derecho" señalan que a través de la pretensión de fidelidad al derecho se violentaría la autonomía moral del ciudadano y se les trataría de imponer una determinada conciencia ética, lo que supone una intervención en el ámbito interno del ciudadano.[71]

(67) JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, p. 13.

(68) No hay que olvidar que también Roxin ha considerado que "la estabilización de las normas en la conciencia de la comunidad pertenece sin duda, como 'prevención general positiva', a los cometidos del Derecho penal"; así en: ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General*, p. 69.

(69) ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General*, p. 91-92; MIR PUIG, S., op. cit., p. 134; PEÑARANDA RAMOS, E. / SÚAREZ GONZÁLEZ, C., & CANCIO MELIÁ, M., op. cit., p. 16-17.

(70) No hay que olvidar que el funcionalismo sistémico –por influencia de la teoría de los sistemas de Luhmann– parte del delito como una "comunicación defectuosa" dentro de un sistema de comunicación entre iguales; al respecto: JAKOBS, G. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", especialmente p. 48 ss.; KINDHÄUSER, U. "La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad", traducción de Percy García Cavero, en: Luzón Peña, D. & Mir Puig, Santiago (Directores), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999. p. 185; MÜSSIG, B. "Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal", traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales* 3/336 ss., Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 2001.

(71) PEÑARANDA RAMOS, E. / SÚAREZ GONZÁLEZ, C., & CANCIO MELIÁ, M., op. cit., p. 50.

En virtud al planteamiento de Jakobs, señalan sus detractores, la pena adquiriría una función de pedagogía o psicología social.[72] Además se ha dicho que la imposición de la pena asumiría –según los postulados funcionalistas sistémicos– una carga simbólica y que la presunta reafirmación normativa que supone su aplicación no es constatable empíricamente.[73]

En contraposición a dicha crítica, Peñaranda / Suárez / Cancio sostienen que si bien dicha función de la pena fue acentuada en las primeras formulaciones de Jakobs, como en su trabajo sobre "Culpabilidad y prevención", en la actualidad ha prácticamente desaparecido[74] o adquiere, a lo sumo, una posición secundaria.[75]

§ 6. Esta última aseveración resulta válida en la medida que la obra de Jakobs viene mostrando cierto distanciamiento de alguna de las ideas comunitaristas del planteamiento de Hegel para mostrar mayor cercanía con el pensamiento de Niklas Luhmann.

En Hegel la "identidad moral" del Estado era consustancial a la de sus ciudadanos, quienes sólo lograban ser dignos y libres moralmente si se dedicaban a servir al Estado. En consecuencia, al Estado no le correspondía –en virtud a una ponderación cualitativa– proteger los intereses de los individuos sino mantener indemne su configuración ética, que justamente es la que permite crear la libertad de los individuos.[76]

En base a tal concepción, pierde relevancia la protección de bienes jurídicos como fin del Derecho penal y adquiere dimensión fundamental la necesidad de ejercitar sobre los individuos la "identidad moral de la comunidad". En términos de Alcácer Girao: "lo que se exige a los miembros de la comunidad no es, en primer lugar, la evitación de acciones dirigidas a lesionar los intereses de otros individuos, sino que el deber de rango superior será la *fidelidad* a las convicciones de la comunidad: al Derecho; en palabras de Hegel, el 'supremo deber' de 'ser miembro del Estado'".[77]

Luhmann, por su parte, propone una distinta configuración del Derecho. Su planteamiento se inicia dejando en evidencia las distancias existentes entre

(72) SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 230.

(73) RODRÍGUEZ DELGADO, J. "La teoría de los sistemas y la prevención general positiva", en: *II Congreso Internacional de Derecho penal*, p. 160-161, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. En forma similar el Profesor George Fletcher sostiene en relación a los fines de la pena en las teorías de prevención general que éstos son de difícil constatación; FLETCHER, G., op. cit., p. 61.

(74) PEÑARANDA RAMOS, E. / SÚAREZ GONZÁLEZ, C., & CANCIO MELIÁ, M., op. cit., p. 15-16-50.

(75) PEÑARANDA, E. "Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal". *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales* 3/420, Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 2001.

(76) ALCÁCER GUIRAO, R., op. cit., p. 55.

(77) ALCÁCER GUIRAO, R., op. cit., p. 64.

Derecho y moral, es que –según sostiene el sociólogo alemán– "La moralización de las pautas de creación y estabilización del sistema jurídico llevaría a una confusión de planos comunicativos y de funciones sociales".[78]

En su esquema ideológico, Luhmann sostenía la necesidad de evitar, mediante la separación de Derecho y Moral –disociación que consideraba condición esencial para la libertad– que el Derecho aparezca como "regulador de conciencias", por el contrario aseveraba que en las sociedades actuales "la conciencia no puede ya ser el lugar donde el Derecho superior se promulga, sino que debe ser protegida frente al Derecho".[79] De ésta forma se entiende también el distanciamiento de Luhmann a cualquier pretensión directiva de conductas. Fin único del Derecho era el aseguramiento de expectativas normativas.

Tal orden de ideas supone que el Derecho –y el Derecho penal en concreto– carece de legitimidad para dirigir las conductas de los individuos, la pretensión fundamental del Derecho penal se debe ubicar en la *reafirmación de la vigencia de la expectativa normativa*. Es que sólo manteniendo a la *norma* como *modelo de orientación de los contactos sociales* pueden existir expectativas de cumplimiento que eviten considerar cada contacto social un riesgo imprevisible.[80]

§ 7. Este alejamiento de Jakobs de algunas premisas hegelianas le permite también superar las críticas ya aludidas respecto al "oscuro fin político" presuntamente oculto en su ideología. Es que las ideas de Hegel sirvieron en su oportunidad a las líneas de pensamiento jurídico más totalitarias y autoritarias, como ocurrió con el Derecho penal del nacionalsocialismo y la denominada "Escuela de Kiel".[81]

Schaffstein y Dahm, ideólogos del Derecho penal nazi, recurrieron –estilizándola hasta la irracionalidad– a la concepción metafísica del Estado de Hegel,[82] así se evidencia en sus respectivas obras programáticas en donde Dahm llega a sostener: "Toda comunidad se basa en la fidelidad y en la disposición de sus miembros".[83]

Este deber de "fidelidad al pueblo alemán" era sólo exigible respecto a quienes mantenían "vínculos de sangre y un pasado común al ario".[84] En tal virtud, el Derecho penal suponía, ya no vulneración de bienes jurídicos, sino la infracción de un deber, configurado por la exigencia de lealtad y fidelidad al pueblo alemán.

(78) ALCÁCER GUIRAO, R., op. cit., p. 83.

(79) Citando a Luhmann: ALCÁCER GUIRAO, R., op. cit., p. 83.

(80) Así, específicamente: JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, p. 9; también: ALCÁCER GUIRAO, R., op. cit., p. 85.

(81) Para su mejor comprensión, véase: BUSTOS RAMÍREZ, J. *Introducción al Derecho penal*, p. 154-157; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., op. cit., p. 492-495

(82) ZAFFARONI, E. R., op. cit., p. 340.

(83) Citado por: ALCÁCER GUIRAO, R., op. cit., p. 62.

(84) URQUIZO OLAECHEA, J., op. cit., p. 818.

La ideología del nacionalsocialismo no se limitó a justificar, desde el Derecho penal, el exterminio de los individuos de razas "inferiores" a la raza aria, bajo el pretexto de proteger el "sano sentimiento del pueblo alemán", sino que propugno la eliminación de aquellos individuos que por deficiencias físicas o psíquicas se apartasen del prototipo del perfecto alemán, del "*Volksgenosse*" (miembro de la comunidad). En esa línea se inscribe, por ejemplo, el Proyecto de Ley sobre "*Gemeinschaftsfremde*" ("extraños a la comunidad") que incluía medidas inocuizadoras para individuos (homosexuales, vagos, asociales etc.) a quienes consideraban "extraños a la comunidad".[85]

§ 8. La utilización de la "moral" como exclusivo criterio para la criminalización de conductas es rechazada por el Profesor Jakobs y, en general, por todos aquellos que defienden un funcionalismo sistémico con bases luhmanianas. Tal consideración (moral como *ratio* de la criminalización) sólo es comprensible si el objetivo del legislador es la opresión de los ciudadanos.[86]

Tampoco es que la confrontación entre Derecho penal y moral carezca de interés para Jakobs, por el contrario, pareciese que la moral cumple una función de baremo, de medida respecto a lo penalmente relevante: "la contraposición de lesión de un bien y mera infracción moral –señala Jakobs– da lugar a espigar de vez en cuando el Derecho penal para comprobar si no hay algunos bienes que se han marchitado".[87]

5. Reflexiones finales

En estas líneas finales quisiera remarcar algunos de los aspectos tratados a lo largo del presente trabajo.

En primer lugar, cabe constatar que no obstante el unánime entendimiento de que el Derecho penal y la moral no deben ser confundidos y que la repugnancia moral de una conducta no puede originar su criminalización (la homosexualidad, la sodomia, el bestialismo etc.), en la praxis legislativa y aplicativa del Derecho penal existe preocupante confusión entre dichos ámbitos.

En el presente trabajo se ha revisado con cierta exhaustividad los planteamientos del funcionalismo sistémico, cuyo estudio adquiere singular

(85) Al respecto: MUÑOZ CONDE, F. "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los 'extraños a la comunidad'". *Revista Penal* 9/44-45, Madrid: La Ley, 2002.

(86) JAKOBS, G. "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", p. 51; ÍDEM, "Imputación jurídico penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma", traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal* 1/160, Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 2000.

(87) JAKOBS, G. "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", p. 52.

interés en la medida que adopta postulados, como su noción de "fidelidad al derecho", especialmente sensibles de confusión con aspectos ético-morales.

Un estudio detallado de los planteamientos del funcionalismo sistémico nos han permitido constatar que las críticas usuales que recaén sobre los planteamientos jakobsianos de querer hacer del Derecho penal un Derecho regulador de conciencias no son correctas y son consecuencia, por lo general, de un análisis fragmentado del sistema del Derecho penal planteado por Jakobs.

2.1

CELERIDADE DO PROCESSO, INDISPONIBILIDADE DA LIBERDADE NO PROCESSO PENAL E PRESCRIÇÃO RETROATIVA

GEÓRGIA BAJER FERNANDES DE FREITAS PORFIRIO

SUMÁRIO: 1. Celeridade do processo – 2. Celeridade e prisão cautelar – 3. Celeridade, procedimento e tutela de direitos – 4. Prescrição retroativa: garantia de celeridade sem supressão dos direitos de defesa – 5. Prescrição retroativa, preclusão e coisa julgada.

Resumo: O artigo analisa regras processuais do devido processo legal sob o ponto de vista da celeridade enquanto retórica. O tempo do processo é refletido no que diz com prisão cautelar e medidas adotadas na Lei 9.099/95: transação penal e suspensão condicional do processo. Mecanismo de abreviação do procedimento são criticados, concluindo-se que a defesa não pode ser compreendida como atividade dilatória.

Por fim, aborda-se a prescrição reatroativa com o único instituto que delimita, no tempo e no espaço, persecução penal.

Palavras-chave: Processo penal – Devido processo penal – Celeridade – Liberdade – Prisão cautelar – Prescrição – Retroatividade – Defesa – Coisa julgada – Preclusão.

1. Celeridade do processo

Em artigo intitulado "Límites y posibilidades de la simplificación del proceso", Alberto M. Binder propõe raciocínio curioso que de alguma forma sintetiza as inquietações do presente trabalho. Diz ele que o processo penal contribuiu para extinguir do poder penal a idéia de vingança e, paradoxalmente, por meio da simplificação, através de duas variáveis – tempo e forma –, o processo se reformula regressando à vingança. Na América Latina, afirma o autor, um "clamor de segurança" é muito parecido com um "clamor de vingança". Assim, deve-se advertir que o uso da expressão "simplificação do processo" pode esconder, em certos contextos concretos, uma visão profundamente autoritária de processo penal.[1]

(1) *Procès pénal et droit de l'homme vers une conscience européenne*. Mireille Delmas-Marty (Org.). Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

Há pouco tempo, por emenda datada de 23.11.1999, foi incorporada à Constituição italiana, no art. 111, a cláusula do *giusto proceso*. A nova formulação da carta italiana veio reforçar a opção por um processo penal garantista e possibilitar a aplicação, no direito interno, da Convenção Européia dos Direitos do Homem (na Itália, a jurisprudência não considera tratados e convenções como norma constitucional). Pretendeu-se, assim, delinear o *giusto proceso* com as seguintes garantias:[2]

a) regra da legalidade processual, também no sentido substancial;

b) contraditório, inclusive na formação da prova;

c) juiz imparcial;

d) reforço à defesa, garantindo-se a efetividade da defesa de ofício;

e) duração do processo em prazo razoável.

Após várias condenações da Itália no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por violação do prazo razoável,[3] o postulado do *giusto proceso* parece que veio mesmo para garantir que a atividade jurisdicional não se prolongue demasiado no tempo. Há no texto constitucional expressa menção ao direito à duração razoável do processo, conforme disposição da Convenção Européia dos Direitos do Homem.[4] Leia-se o seu art. 6.º, n. 1: "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, eqüitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela...".

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, assinada em 07.12.2000, em Nice, repete a disposição da Convenção européia, no artigo 47. As Constituições italiana e espanhola acolhem, da mesma forma, o direito à celeridade do processo. Na Constituição portuguesa, o direito a processo célere vem conjugado com a presunção de inocência. Leia-se o art. 32, n. 2, da CRP: "Todo o argüido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa".

Merece alguma nota a explicação de Mireille Delmas-Marty no sentido de que o devido processo, nos países europeus, foi introduzido na legislação interna a partir de tratados e convenções. Por influência do direito anglo-americano, o *due process of law* era projetado no direito desses países em outra formulação: por meio da tutela jurídica simultânea do direito de punir e do direito

(2) Consulte-se Paolo Tonini. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: RT, 2002.

(3) Cf. Anabela Miranda Rodrigues. "A celeridade no processo penal. Uma visão de direito comparado". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2/233, ano 8, abr.-jun. 1998.

(4) Art. 111 da Constituição italiana. V. Raffaele Cantone. *Il giusto proceso*. Napoli: Edizione Giuridiche Simone, 2001. p. 15.

de liberdade. Esta bipolaridade do processo penal, transportada à ação judiciária, traduz-se na eficácia da investigação e no respeito aos direitos fundamentais.[5] Vê-se, então, que o conceito de devido processo legal no direito europeu é restrito e não corresponde à delimitação americana do conceito e sequer à concepção brasileira.

Entre nós, a cláusula do devido processo legal, ligada à delimitação temporal do processo, foi introduzida pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada em 06.11.1992 e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, promulgado em julho de 1992.

Verifique-se que embora a retórica da celeridade do processo penal apresente a rapidez como um direito do acusado, a base normativa de onde advém o referido direito tem duplo direcionamento, conforme o direito material efetivamente assegurado – direito de punir ou direito de liberdade –, o argumento acaba por favorecer um dos interesses protegidos no processo. Quase sempre, a rapidez tem servido a apressar a condenação ao invés de assegurar em definitivo, no menor tempo possível, o estado de liberdade.

Daí vem o paradoxo do direito à celeridade do processo: antecipam-se a condenação ou seus efeitos, suprimindo-se direitos e garantias do acusado. Vê-se que os meios utilizados para garantir a celeridade como direito do acusado suprimem direitos e garantias de defesa do próprio acusado. Perverte-se o próprio sentido da garantia processual. É preciso considerar, então, em que termos a celeridade deve ser compreendida no processo penal.

A reflexão em torno da rapidez do processo deve considerar que, além desse direito de delimitação temporal do processo, existe outro fenômeno interferindo no processo como um todo, invocando celeridade e agilidade na prestação da tutela jurisdicional. Trata-se, no dizer de Cândido Dinamarco, de "onda renovatória" do processo que vai em busca de resultados e tenta ultrapassar tecnicismos exagerados.[6] Tal fenômeno vem ressuscitar no processo, em geral, o direito à tutela efetiva de direitos, o direito à prestação jurisdicional favorável.[7]

Pois bem, é nesse contexto, que o processo como mediação para solução de conflitos perde força. A tutela jurídica do direito material se faz quase que imediata. A posição de quem sofre o processo é fragilizada. Preponderam os interesses de quem impulsiona a jurisdição.

Expressão desse fenômeno é a tutela jurisdicional preventiva, por meio de medidas cautelares. Antecipa-se, por este mecanismo, ainda que de forma pro-

(5) *Procesos penales de Europa*. Mireille Delmas-Marty (Org). Trad. Pablo Morenilla Alard. Zaragoza: Edijus, 2000.

(6) *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo: Malheiros, 2001.

(7) Consulte-se José Roberto dos Santos Bedaque. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

visória, a prestação jurisdicional ou a proteção do direito.[8] Apesar de no ordenamento jurídico brasileiro ser este um fenômeno do processo civil, coletivizado, o mesmo ocorre em outras ordens jurídicas também na jurisdição penal.

Não é unânime o conceito de tutela efetiva nos diversos ordenamentos jurídicos. Fica, contudo, a intuição de que a tutela efetiva tem a ver com a proteção do direito material, em curto espaço temporal, por meio de procedimento simplificado. Insere-se, pois, no contexto da eficiência, desregulamentação, informalização, desjuridicização e economicidade.[9]

Em processo penal, a idéia de celeridade tem se apresentado com dupla formulação. Na horizontal, por meio de formas negociadas de justiça. Na vertical, encurtando-se o tempo de duração e suprimindo-se fases processuais. Essas foram as recomendações do Conselho de Ministros do Conselho da Europa, reunido em 1987. A formulação proposta tinha como base expressa o sistema norte-americano do *guilty plea*. A partir do reconhecimento voluntário dos fatos, considerou-se despicienda a prova oficial dos fatos e legitimada a aplicação imediata da pena. O mesmo raciocínio foi utilizado para casos de flagrante ou de prova inequívoca dos fatos.[10]

2. Celeridade e prisão cautelar

A luta contra o tempo, no processo penal, exige maior reflexão. A justiça efetiva deve vir reforçada com garantias de liberdade. No âmbito penal, não se disputam bens, mas a proteção simultânea de dois interesses diferentes. A manutenção do estado de liberdade, restringível apenas por lei (na delimitação constitucional), modificável por meio do devido processo e alterado somente após sentença condenatória transitada em julgado, é um deles. O direito de punir, após processo de conhecimento, é outro. Enfraquecer o processo como mediação, neste contexto, implica em fortalecer um dos interesses em detrimento do outro. Na medida em que é o processo o instrumento que garante a manutenção da liberdade até decisão sobre a incidência ou não do direito de punir, sua mitigação ou seu enfraquecimento, acaba certamente por privilegiar o interesse punitivo.

Em matéria penal, qualquer medida restritiva de direitos, provisória, cautelar ou antecipada, aplicada mediante procedimento simplificado, interfere diretamente na esfera de direitos do acusado. Por conseqüência, exige-se conexão

(8) V. Cândido Rangel Dinamarco. "A questão das liminares e o perecimento do direito". *Série de Cadernos do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal* 10.

(9) Consulte-se, entre muitos, João Carlos Simões Gonçalves Loureiro. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

(10) Anabela Miranda Rodrigues, op. cit.

da medida invocada com o direito material objeto de proteção do processo e com aquele direito atingido de forma direta pela tutela jurídica apressada. A questão não se resolve processualmente. Há necessidade de se consultar concretamente o direito material a proteger face ao direito a ser restringido.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo apontou a exigência de uma "justa causa remota" para as medidas cautelares no processo penal. Para a prisão preventiva, por exemplo, impõe-se existência material de fato ilícito e típico, mais indícios de autoria, co-autoria ou participação, suficientes pelo menos para acusar.[11] O processualista, repelindo o postulado do *fumus boni iuris* para o processo penal, enfatizou que o uso da expressão *flama delicti* é mais apropriado para sintetizar a necessária percepção da materialidade do delito e de sua autoria, pressuposto das medidas cautelares no processo penal.

José Henrique Pierangelli, de seu lado, já se expressou no mesmo sentido: "não se fala em *fumus boni iuris* para se justificar qualquer medida restritiva. Pensa-se no processo penal em algo preciso e concreto: materialidade do delito e indícios de autoria".[12]

É preciso ter cuidado, portanto, com o raciocínio que engloba em visão monista o direito ao processo sem dilações indevidas e à prestação jurisdicional rápida e eficaz. Monista no sentido de enfocar por um único ponto de vista interesses tão diversos quanto os do acusado, da vítima e seus familiares e o econômico e prestacional do Estado. No procedimento escolhido não podem faltar garantias de que a liberdade será protegida e de que a declaração de inocência tenha espaço garantido como resultado possível.

A celeridade do processo, vista em única formulação, é garantista em termos muito estritos, dentro de específico contexto. Serve como contraponto à prisão preventiva obrigatória, adotada por alguns países para certos tipos de crime, em que se presume a periculosidade do hipotético autor e, mesmo assim, em sistemas nos quais a investigação é secreta, inclusive para o defensor e para o investigado, o que torna praticamente ineficaz o recurso ou a impugnação da prisão preventiva. A limitação temporal da prisão apresenta-se como garantia de liberdade frente às prisões obrigatórias.[13]

(11) "Prisão preventiva em sentido estrito". *Justiça penal 7: críticas e sugestões: justiça criminal moderna, proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquéritos, crimes de informática, trabalho infantil, TV e crime*. Jacques de Camargo Penteado (Coord.) São Paulo: RT, 2000. p. 124.

(12) "O crime culposo na dogmática atual", Palestra proferida no 1.º Seminário de Direito Penal e Processual Penal promovido pela Associação Mineira do Ministério Público, *RT* 714/477, ano 84, abr. 1995. Neste sentido, também Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 1, São Paulo/Rio de Janeiro: Forense, 1965 e, em obra mais recente, Aury Celso Lima Lopes Júnior. "Medidas cautelares no processo penal espanhol". *Revista Ajuris* 69, Porto Alegre, 1997.

(13) Conforme Roberto Delmanto Júnior, tratados internacionais e doutrina estrangeira tratam da delimitação temporal do processo conexa à prisão cautelar, como direi-

Não é o nosso caso. Há muito o Código Penal aboliu o duplo binário (pena-medida de segurança). Também a investigação secreta, sem controle jurisdicional, e a proibição de acesso aos autos do inquérito pelo advogado, não são regramentos admitidos na nossa sistemática processual. Da presunção de inocência decorre que pressupostos e requisitos para a prisão preventiva, devam verificar-se, no nosso direito, em cada caso concreto. Assim, da duração do processo, na nossa sistemática processual penal, não depende a duração da prisão processual; da existência de acusação não decorre a imposição do decreto de prisão. A prisão preventiva é excepcional no processo penal brasileiro, o que não significa dizer que seja desnecessária para a efetividade do processo.

Também não faz parte do nosso mecanismo processual que inocência e culpa resultem da aplicação direta do direito objetivo, penal e processual penal, pois a regra do contraditório impõe participação efetiva do acusado e de seu defensor na colheita de provas, na interpretação do direito a ser aplicado e na apreciação da matéria probatória (investigação, instrução e alegações finais), de forma a influir no convencimento do magistrado.

Considere-se, ainda, para sustentar o pensamento, que muitos ordenamentos jurídicos não têm integrados à sistemática processual defensiva instrumentos como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o *habeas data*. E quando se os vê presentes, muitas vezes, é em forma mitigada e primitiva. Mesmo os tribunais da liberdade, adotados na Itália e na França, com função jurisdicional específica para conhecer de medidas cautelares, em processo paralelo ao de conhecimento e sem hierarquia, não têm a mesma dimensão garantística dos nossos institutos, de prontidão a qualquer injusta coação. Na prática desses países, o juiz da liberdade acaba homologando a prisão sustentada pelo Ministério Público, pois não conhece o andamento das investigações. E, se pretender divergir, precisa motivar. O que se faz temerário, pois este magistrado sem ter acesso às investigações, só tem como alternativa confiar no indigitado ou no Ministério Público. Ressalte-se que a rapidez do processo é invocada como garantia em países com altos índices de prisão preventiva, em que se prevê prisão cautelar fundada em periculosidade, com duração de até 6 anos, sem impugnação possível após preclusão da impugnação específica.[14]

Se nossas cadeias continuam lotadas por presos preventivos ou é porque nossas leis não vêm sido interpretadas na forma constitucional, ou em razão da omissão dos juízes e tribunais de analisarem pressupostos e requisitos para a prisão no caso concreto, ou porque nossos remédios constitucionais, integrados à própria sistematicidade processual penal brasileira, apesar de muito utilizados por

to do acusado, concebido na fórmula de "direito a um julgamento em prazo razoável". O conceito é elástico, não impositivo. Permite critérios subjetivos e casuísticos na delimitação do que se entende como "prazo razoável" (*As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 300-303).

(14) V. art. 303 do Código de Processo Penal italiano, com alterações até 2000.

nossos advogados, ecoam no vazio perante a jurisdição, ou, ainda, porque, de forma residual, a solução para os conflitos penais demora a chegar, seja para absolver, seja para condenar. A estrutura do procedimento persecutório, somada a todos estes fatores, contribui para a prisão preventiva sem limites no tempo, mas não é causa direta da prisão temporalmente abusiva. O processo é atividade, há homens que lhe dão movimento. Não há procedimento por si só capaz de superar o passo lento.

3. Celeridade, procedimento e tutela de direitos

É preciso considerar: o que se apresenta como garantista para alguns ordenamentos processuais penais, pode se apresentar como retrocesso para o nosso sistema processual.

Contra a demora, nosso legislador adotou, para as infrações de menor e média gravidade, a transação penal e a suspensão condicional do processo (Lei 9.099). Tal opção veio como alternativa à lentidão, ao custo elevado do processo, à impunidade e à complexidade do processo de conhecimento. Deixando-se de lado os aspectos que dizem respeito à autodeterminação da vontade nos negócios jurídicos processuais e que assumem especial gravidade frente à coação processual penal, pode-se visualizar espécie de procedimento cautelar, já não direcionado à investigação e ao conhecimento do juiz, mas direcionado a antecipar um resultado hipotético da persecução penal. Verifica-se espécie de tutela antecipada consentida, que comporta execução forçada, ainda que não imediata.

A descriminalização veio como opção processual, como fase antecedente à ação penal, e no processo deve ser encartada. Fundamenta o raciocínio o fato de que tais procedimentos foram enxertados como fase anterior ao processo de conhecimento. Este não foi suprimido, mas deixado como supletivo na resolução das causas penais. Dir-se-á que o procedimento diferenciado é menos coativo e mais coercivo.[15] Isto realmente o é, posto que se excluem de início medidas privativas de liberdade. E é esta a vantagem e o valor positivo do juizado especial de pequenas causas. Mas, em outra análise, deixa-se desprotegida a liberdade ameaçada sobre outras formas de restrição de direitos. No procedimento especial, não se deixa espaço à argüição de inocência, o que evidencia imposição autoritária do direito a ser protegido e pouca preocupação com o pluralismo de interesses presente no processo penal. Contudo, esta é uma outra questão.

A doutrina internacional vem desenvolvendo o conceito de atos processuais de forma a que convenções sobre a competência, sobre a arbitragem, sobre a

(15) Cf. Tércio Sampaio Ferraz, a coercibilidade diz respeito à suscetibilidade de aplicação da coação e, em outro sentido, tem a ver com a vinculatividade das normas, não necessariamente ligada à ameaça de sanção (*Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001).

prova, a transação, a desistência e a confissão passem a integrar o conceito de ato processual. A admissão do negócio processual como ato do processo foi por muito tempo um tabu na Alemanha pelos partidários da autonomia do processo frente ao direito material. A apreciação do direito substancial nos quadros do processo era considerada um retrocesso para aqueles que adotavam a completa independência entre o direito processual e o direito material.[16] A situação está mudando. O direito material tem sim relevância para o processo. No processo penal, a simbiose entre o direito penal e o processo penal sempre foi evidente. Decorre que a transação e a suspensão do processo como fórmulas de resolução das causas penais são, sim, atos processuais, apesar de não serem considerados atos do processo em sentido estrito.[17]

Fica, contudo, o esclarecimento de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo de que o procedimento sumário e sumaríssimo nada mais são do que o procedimento ordinário simplificado, com prazos encurtados, concentração de atos em audiência e estreitamento da matéria probatória e que sumariedade não se confunde com rapidez, pois há procedimentos que não preservam a estrutura do procedimento ordinário (conhecimento, contraditório, julgamento).[18]

A busca pela rapidez não se faz, então, isolada. Há que se preservar a materialização do processo no procedimento, com todos os seus componentes. Assim, atos antecedentes à ação penal e procedimentos especiais encartados em fase anterior à formação do processo, condicionando a existência da ação penal, conformam fase pré-processual, inserindo-se na primeira fase da persecução penal. Se por um lado o procedimento especial acrescentou celeridade à resolução das causas penais, por outro, dilatou o procedimento nas hipóteses de ausência de conciliação, transação penal e suspensão condicionada do processo.

Outras estratégias foram adotadas em países como França, Alemanha e Portugal. A criação de ilícitos de mera ordenação social para coibir preventivamente,

(16) Cf. Ana Paula Mota da Costa e Silva, Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2001.

(17) É esclarecedor nesse sentido o desabafo de Júlio B. J. Maier no sentido de que aos juristas não existe outro caminho senão tolerar acordos e fechar os olhos para a restrição de importantes garantias do processo penal quando inexistente a possibilidade de pena privativa de liberdade. Contudo, toda opção deve ser pensada sob o enfoque dos direitos humanos, tanto no procedimento legislativo, como no procedimento judicial. Esta resignação é preferível à implantação de um Estado policial. Só assim a aceleração do processo poderá ser vista como um direito do acusado e não como um fim a realizar de forma imediata interesses do Estado ("Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un estado de derecho?". *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*. Córdoba: Lerner Editora, 2001. p. 788).

(18) "Supressão parcial do inquérito policial – Breves notas ao art. 69 e parágrafo único da Lei 9.0099/95". *Juizados Especiais Criminais. Interpretação e crítica*. Antonio Sérgio A. de Moraes Pitombo (Org.). São Paulo: Malheiros, 1997.

na forma administrativa, condutas danosas nas áreas de saúde, educação, economia, meio ambiente, trânsito, consumo e outras mais, adotando-se a fórmula de um pseudo-direito penal, aplicado por procedimento simplificado, administrativo, flexível, sem regras rígidas, no qual as agências reguladoras (*agencies*, autoridades independentes, unidades administrativas independentes) assumem o papel repressivo, acumulando funções administrativas, legislativas e jurisdicionais. Também o procedimento é menos coativo, pois se excluem medidas privativas de liberdade, sejam cautelares sejam a título de apenação.

Em paralelo à fuga do direito penal e processual penal para o direito administrativo, alguns países adotaram o sistema da instrução facultativa e do processo abreviado. Havendo prova indiciária suficiente, o Ministério Público pode requerer rito abreviado, sem instrução, para crimes de pequena ou média gravidade (pena não superiores a 5 anos, aproximadamente). Há, ainda, em alguns sistemas processuais a negociação das penas e dos ritos processuais, instituídos como sanções premiais. Nesses sistemas, não se abdica da coação pessoal. Outros ordenamentos, ainda, adotam procedimento judicialiforme, em que acusação e instrução são funções atribuídas à autoridade policial.

Em suma, inúmeras formulações têm sido inventadas para acelerar o processo: julgamentos sem a presença do indigitado,[19] supressão mesmo do processo (processo monitório, com condenação prévia), supressão das alegações finais, supressão da fase instrutória, transação penal, aquiescência quanto à pena a ser aplicada, sanções premiais e outras mais.

Quanto à realidade brasileira, cumpre ressaltar que, na prática do nosso processo penal, existem alguns mecanismos de abreviação que se têm instalado sem amparo legal. Dispensa-se a requisição do acusado preso, pois "de sua ausência não sobreviria qualquer prejuízo processual", esquecendo-se da autodefesa.[20] A

(19) Note-se que a Constituição portuguesa prevê no art. 32, 6, a realização do julgamento sem o argüido, desde que este seja representado por advogado.

(20) Já aconteceu muitas vezes de a defensoria dativa, o Ministério Público e o Juiz se surpreenderem com o fato de a vítima inocentar o acusado preso e apontar testemunha de acusação como autora do crime. Muitas vezes o reconhecimento em juízo se faz necessário, pois sequer existem elementos que indiquem a autoria. Uma cicatriz ou qualquer outra característica da pessoa presa pode servir a identificá-la com o autor ou a inocentá-la. A simples presença física já serve, em alguns casos, como autodefesa. Não se pode entendê-la em termos genéricos como disponível. Nem é preciso falar que a apresentação do acusado preso é garantia jurisdicional de que o preso não sofrerá tratamento desumano, sendo-lhe garantida a integridade física. A presença física do preso é, pois, uma das formas mais primitivas de *habeas corpus* (apresentação do corpo). É bom lembrar que mesmo na vigência do estado de defesa, nossa Constituição garante a execução de corpo de delito a requerimento do preso (art. 136, § 3.°, I), não se suspendendo a garantia de *habeas corpus*.

defesa por escrito, do art. 514, CPP, é considerada despicienda. O Ministério Público desiste de testemunhas, quando considera existir matéria probatória suficiente para a condenação e o juiz homologa. Os defensores dativos são chamados a desistir de testemunhas, porque considerados inócuos seus testemunhos para a solução da causa. Também se abreviam ou se ignoram os prazos de diligência, adiantando-se as alegações finais. É ainda freqüente a recusa do defensor dativo de recorrer da sentença condenatória, de modo a receber seus honorários em tempo curto. Provas requeridas pela defesa lhe são negadas, impedindo-se a busca da verdade importante para a afirmação da inocência. Consideram-se, ainda, sanadas nulidades não argüidas oportunamente, esquecendo-se que o momento para argüi-las é justamente o deixado às alegações finais. Advogados são obrigados, em processo com acusados diversos, a consultar mais de nove volumes no balcão e ali preparar suas alegações finais, sob o amparo legal, é verdade, mas sem que haja tempo e possibilidade de defesa efetiva. O procedimento é modificado e encurtado a critério do magistrado, sob pressão do Ministério Público. Note-se, ainda, que o excesso de prazo na instrução, provocado por atos da defesa, não é considerado por nossos tribunais como causa de constrangimento ilegal.

Tudo isso acontece em nome da celeridade. Todos esses mecanismos de abreviação processual têm em comum a supressão ou mitigação da defesa no procedimento.

A atividade defensiva está sendo, pouco a pouco, eliminada do procedimento persecutório penal. Cada vez mais a defesa vem sendo exercida em segunda instância, ou até em terceiro grau, por instrumentos de impugnação. Esse fenômeno já faz parte da nossa experiência judiciária. O advogado mais experiente, sabendo de antemão que direitos e garantias lhe serão negados, chega, de forma sarcástica, a pedir um despacho ou julgamento rápido, de forma a reclamar justiça em instância superior. Fique claro que nem todos têm a saudável ousadia. Grande parte das causas penais sequer chega aos tribunais.

A verdade é que a defesa tem sido vista como mera exceção dilatória[21] ou como apenso processual e não como mecanismo integrado à ação judiciária. O que é um contra-senso, já que a ampla defesa se impõe constitucionalmente como

(21) Conforme Tornaghi, uma das características originais da exceção era a de depender de alegação do acusado para ser conhecida. O juiz não a conhecia de ofício. Posteriormente, percebeu-se que as exceções não prejudicavam o julgamento de mérito e não impediam as razões do pedido, apenas protelavam a solução de conflitos. Daí, o reconhecimento de exceções dilatórias, que dilatavam o processo, procrastinando a decisão de mérito. O conceito passou a compreender, em sentido amplo, toda espécie de defesa. Verificou-se a impropriedade da expressão exceções processuais no processo penal para traduzir o dever do juiz de apreciar de ofício todos os impedimentos processuais. A expressão "pressupostos processuais" passou a ser utilizada em seu lugar, pois, ainda seguindo estudo de Hélio Tornaghi, os interesses do acusado tutelados pelo direito constitucional, pelo direito judiciário, pelo direito penal constituem, também, ao lado do interesse de punir, di-

pressuposto de validez do processo, embutida no que se deve compreender como devido processo legal.[22] Algo intrínseco ao processo, pelo menos como regra, não pode ter seu momento de apreciação encartado após o processo ou mesmo em procedimento ou processo diverso, apartado, incidental.

Em alguns procedimentos, nem mesmo a apreciação da justa causa tem seu momento encartado. Em outros, só em via de impugnação, por meio de recurso ou ação, é possível alguma investigação sobre as razões da defesa e conseqüente preservação da inocência. Tudo isso acontece sob a aparência de se garantir um direito do acusado, direito à celeridade do processo, ao julgamento em prazo razoável.

Defesa e celeridade do processo aparecem como direitos fundamentais do acusado. Quando exercitados tais direitos surgem hipóteses de conflito. A prevalência de um, na nossa sistemática, quase sempre anula a possibilidade de exercício do outro. A indisponibilidade da defesa no nosso processo penal, no entanto, impede a opção pela celeridade quando esta significar supressão, no procedimento, dos direitos de defesa. Nesta hipótese a celeridade no processo jamais poderia ser vista como direito fundamental, mas como fórmula de imposição imediata de penas.

Até aqui pôde-se constatar que o processo penal tem sido verdadeiramente "remendado", em diversos sistemas jurídicos daqui e de acolá. O que sobra pouco se parece com o modelo de processo garantidor da liberdade. Tornou-se mera técnica de imposição de penas.

reito público, embora conexos ao direito de liberdade. Tais direitos valem independentemente da vontade individual do acusado e se impõem com as finalidades, entre outras, de assegurar a inocência, evitar o erro judiciário e poupar o acusado de vexames desnecessários (*Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. t. I, p. 42-69). É interessante nota de Oscar von Bülow no sentido de que as exceções dilatórias do direito romano foram aceitas pelo direito germânico, repetidas de forma quase textual, e usadas na prática não como meio de evitar processos improcedentes, mas para demorar e dilatar o procedimento (*Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 24). É esta segunda concepção preponderante em relação aos atos processuais inerentes à defesa.

(22) Em termos amplos, são pressupostos processuais também os pressupostos negativos, ou seja, aqueles apontados como causa de invalidez do processo. Assim, inserem-se no conceito tanto os regramentos procedimentais, como os substanciais, respeitantes aos direitos fundamentais, todos conformando o conceito de devido processo legal. Há autores que se referem ao devido processo como condição objetiva de punibilidade, abrangente dos pressupostos processuais e de regras processuais. O processo, assim visto, estaria integrado à estrutura do direito penal (Cf. Daniel R. Pastor. "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales". *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, cit., p. 807). Melhor, contudo, é entender o processo na sua vertente substancial e não como encarte do direito material. Só assim, a ausência de pressupostos proces-

Luigi Ferrajoli, manifestando-se sobre o direito italiano, no qual convivem cinco espécies de procedimentos penais, chega a admitir a elisão, em muitos casos, do princípio *nulla poena sine judicio*.[23] Na verdade, a presença de ritos procedimentais diversos é posta como alternativa ao processo, substituindo-o como instrumental de aplicação de sanções.

Em Portugal, Tereza Pizarro Beleza já afirmou que não faz sentido a existência de formas procedimentais simplificadas em um país que optou pela intervenção mínima do direito penal e pela criação de um direito de mera ordenação social, aplicado na forma administrativa. Leia-se: "Uma grande parte da insistência à revisão do legislador processual na necessidade de *aceleração*, através da criação de formas de processo simplificadas, parece consistir em tentativas de 'resolver' processualmente questões substantivas. Se os tribunais estão inundados de bagatelas com que perdem o seu precioso tempo (assim se argumenta a propósito de regras de competência material, por exemplo), o que estão ditas a fazer no Direito Penal? Então para o que servem o princípio da intervenção mínima, no Direito Penal, e o Direito de mera ordenação social?".[24]

Na Alemanha, Heike Jung firma que a bagatelização, a negociação e a despenalização, surgiram a partir de 1975, refletindo as exigências de uma política criminal voltada ao Estado-providência. O equilíbrio processual ficou alterado com o fortalecimento do Ministério Público e com a supressão do juiz de instrução. A investigação preliminar ficou desfavorável ao acusado. Sem direito de defesa e sem previsão de remédios processuais contra restrição de direitos indevida, a posição do acusado ficou fragilizada.[25] Após reforma de 1994, ampliaram-se as hipóteses de aceleração do processo, acrescentando-se, contudo, condição suplementar: cabe ao juiz o dever de apreciar a possibilidade, no caso concretizado, de julgamento imediato.[26]

Na França, a regra que separa persecução de julgamento é violada. Sem instrução, o procedimento permite julgamento direto e aplicação da pena pelo Ministério Público. Que reclame o sancionado![27]

suais poderá ser argüida, levantada ou conhecida de ofício a qualquer tempo, desvinculada da declaração de culpabilidade e inserida no contexto da coação processual penal.

(23) *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chokr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

(24) "Julgamento de ausentes: o tempo ('celeridade') e o espaço ('ausência') na reforma da lei processual". *O processo penal em revisão*. Universidade Autónoma de Lisboa, 1998.

(25) "Les procès pénal en République féderale dÁllemagne". *Procès pénal et droit de l'homme vers une conscience européenne*. Mireille Delmas-Marty (Org.). Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

(26) Cf. Anabela Miranda Rodrigues, op. cit.

(27) Cf. Michèle-Laure Rassat. *Procédure Pénale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

4. Prescrição retroativa: garantia de celeridade sem supressão dos direitos de defesa

Chegou o momento de considerar o papel da prescrição retroativa como garantia efetiva de rapidez do processo. Considera-se, por meio deste instituto processual, a duração do processo em relação direta com a pena projetada, incluindo-se na contagem do tempo atos persecutórios e atos de defesa, intercalados na seqüência do procedimento. A proporcionalidade que se instala não tem relação com a prisão preventiva. Diz, sim, com a duração do processo e com a pena em concreto projetada.

A maior parte da doutrina distingue prescrição do delito de prescrição da pena. A primeira diz respeito à persecução, enquanto a segunda vale para a execução e tem como pressuposto a condenação.

A doutrina se divide também quanto à natureza da prescrição. Alguns optam pela natureza substantiva, outros dão preponderância a aspectos processuais. Existe ainda posição intermediária, mista, segundo a qual é impossível separar prescrição do procedimento da prescrição da pena.[28]

Assinala Jescheck que para a teoria material e mista a prescrição diz respeito aos pressupostos da apenação. Quer isto dizer que o prazo prescricional, tal como a lei penal, não podem retroagir para piorar a situação do acusado. Considera-se, cada vez mais, que a proibição de retroatividade, para pior, se aplica também aos pressupostos processuais.[29]

No direito brasileiro, a Súmula 146 do STF introduziu a prescrição retroativa em benefício do condenado. Note-se que, ao longo do tempo, essa disposição sumular foi interpretada de diversas formas. De 1963 a 1971 e de 1975 a 1977, incluía-se na contagem prescricional o tempo decorrido do fato ao recebimento da denúncia. Este período aquisitivo da prescrição foi suprimido pela Lei 6.416/77[30] e reincorporado como prazo prescricional na reforma penal de 1984.

A prescrição retroativa funcionou em períodos autoritários e em períodos de mais liberdade. Garantiu, em tempo de ditadura, a impunidade de funcionários metidos na criminalidade. Em tempo de transição, foi considerada instrumento de corrupção nas mãos da autoridade policial. Em 1984, voltou a vigorar como

(28) Consulte-se Jorge de Figueiredo Dias. *Direito penal português*. Lisboa: Aequitas, 1993.

(29) *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1991. vol. II. O autor afirma que a questão foi considerada quando se pretendeu aumentar os prazos prescricionais para atingir crimes já prescritos cometidos pelos nazistas. Como a lei penal não retroagia, a prescrição foi considerada instituto de direito processual, passível de retroação. Legitimaram-se, assim, as condenações.

(30) Cf. *Código Penal e legislação complementar*. Celso Delmanto (Org.). Saraiva, 1981.

pressuposto temporal de validez do processo, garantindo liberdade e punição, sem estabelecer privilégios.[31]

A Constituição de 1988 trouxe a imprescritibilidade de crimes considerados hediondos, afastando a possibilidade de aplicação da prescrição retroativa. A Lei 9.099/95, de seu lado, afastou, de certo modo, a possibilidade de a prescrição retroativa funcionar como causa de impunidade. Vê-se, então, que a prescrição retroativa já não impede a persecução de crimes considerados de máxima reprovação e já não é causa de impunidade de crimes de menor ou média gravidade. Ficou a prescrição retroativa com uma nova roupagem: a de garantir a eficácia da persecução no tempo, funcionando também como garantia efetiva de celeridade do processo, direito do acusado.

Como garantia de um processo célere, a prescrição retroativa é limitação cronológica da persecução, pois situa temporalmente etapas processuais e atos dos partícipes processuais. Do descumprimento dos prazos prescricionais, sobrevém invalidação do processo consumado e absolvição. É, pois, única garantia efetiva de celeridade da persecução penal que beneficia a liberdade ao funcionar como impedimento processual.

Antecipe-se, já, que a prescrição retroativa é o único instituto que delimita no tempo e no espaço a atividade persecutória do Estado. É formulação que vincula os agentes da persecução penal à rapidez, sem supressão das etapas procedimentais próprias à argüição da defesa e sem mitigação da persecução penal. O instituto é neutro no que se refere à proteção dos dois interesses em questão no processo penal. Impulsiona agentes da persecução à ação em tempo eficaz a garantir punição efetiva, ao mesmo tempo em que funciona como proibição de persecução prolongada, além dos limites temporais traçados.

O procedimento dos crimes de menor potencial ofensivo, ainda que não idealizado conforme o modelo do procedimento ordinário, integra a persecução penal e tem duração conformada pelo primeiro período aquisitivo da prescrição, que vai do fato ao recebimento da denúncia. No primeiro período aquisitivo, a prescrição não se suspende.[32]

A prescrição retroativa funciona, ao mesmo tempo, como determinação de um dever, temporalmente circunscrito, e proibição de excesso ou abuso no cumprimento desse dever, tornando-o ineficaz para o fim ao qual se destina.[33]

(31) Fauzi Hassan Chouke se refere à prescrição retroativa como controle temporal atípico da investigação criminal. Atípico porque previsto no Código Penal e não aprofundado pela doutrina como causa específica de limitação da investigação no tempo. A prescrição retroativa projetada e esperada no caso concreto foi tratada pela doutrina como falta de interesse de agir, na disciplina das condições para o exercício da ação (*Garantias constitucionais da investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995. p. 139-141).

(32) V. Paulo Sérgio Leite Fernandes e Geórgia Bajer Fernandes. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 352 et seq.

(33) Conforme Ulfrid Neumann as normas de proibição são mesmo opostas às normas de determinação. Há quem trate a diferença como uma simples questão lingüística.

5. Prescrição retroativa, preclusão e coisa julgada

Contemplando dois institutos processuais, o da preclusão e o da coisa julgada material, a prescrição retroativa tem, nos tempos atuais, dignidade como garantia de celeridade do processo. O decurso do tempo, nos diversos períodos aquisitivos, é pressuposto negativo da validade do título executório obtido.[34] Significa dizer que a condenação será válida se a seqüência de atos processuais no procedimento for obedecida no tempo aprazado.

A prescrição retroativa é, então, um fator que condiciona no tempo os diversos momentos da persecução. Investigação, formação *da opinio delicti* e decisão sobre a justa causa são delimitados temporalmente no primeiro período aquisitivo. Instrução, contraditório e julgamento, no segundo período. Apreciação dos recursos, outro período.[35]

Adiantou-se que a prescrição retroativa é fórmula que comporta a aplicação simultânea de dois institutos do processo, preclusão e coisa julgada material. Confiram-se os institutos.

A sentença absolutória transitada em julgado e a sentença condenatória transitada em julgado têm em comum a paralisação da atividade persecutória. Vale dizer, com o trânsito em julgado cessa a coação processual. A paralisação decorre da preclusão máxima ou consumativa de todos os atos persecutórios permi-

Mas quem lida com a jurisprudência percebe que a diferença entre uma norma e outra é bastante importante para distinguir prestação de fazer (imposta processualmente) de permissão (deixar fazer). Além disso, outra diferença existe no que diz com a natureza temporal de ambas as normas. Uma proibição transgredida não é o mesmo que uma determinação transgredida. Uma proibição pode ser expressa sem prazo, enquanto a determinação, sem prazo para cumprimento, seria simples recomendação ("Lógica jurídica". *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. A. Kaufmann e W. Hassemer (Organizadores). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002).

(34) Sobre pressuposto negativo de validade, consulte-se Hélio Tornaghi. *Instituições de processo penal*. Forense, 1959. vol. 1.

(35) A Lei 9.099/95 veio contornar a impunidade decorrente do lapso temporal retroativo, mas embora tenha recuperado uma punibilidade já considerada perdida no tempo, por ineficiência do aparato estatal, não suprimiu a hipótese de aplicação da lei penal por meio do processo ordinário ou sumário. Os períodos aquisitivos considerados na prescrição retroativa e fixados no tempo conforme a pena aplicada ao caso concreto estão ainda presentes, continuam válidos na delimitação do tempo (do fato ao recebimento da denúncia, do recebimento da denúncia à sentença, da sentença ao trânsito em julgado). Tem ainda vigor a prescrição retroativa no quadro dos crimes não encartados no procedimento especial da Lei 9.099. Sobre a prescrição e a Lei 9.099, consultem-se de Paulo Sérgio Leite Fernandes e de Geórgia Bajer Fernandes "Prescrição penal. Aspectos clássicos. Inovações trazidas por leis extravagantes. Hipóteses e circunstâncias pouco analisadas pela dogmática e pela jurisprudência", *Revista da Ajufe – Associação dos Juízes Federais do Brasil* 62, ano 18, Brasília, jul.-set. 1999 e *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 2002.

tidos ao longo do processo. A preclusão da persecução delimita o próprio direito material protegido na sentença de tal forma que o recurso interposto pela defesa ou pelo Ministério Público em favor do acusado fará sobreviver o processo apenas na vertente defensiva, para melhorar a situação do condenado.

Conforme Cândido Rangel Dinamarco, "as preclusões constituem expedientes técnico-jurídicos empregados em prol da abreviação dos processos e com o fito de impedir a sua duração indeterminada".[36]

Moniz de Aragão, de outro lado, afirma que as preclusões devem ser analisadas sob dois aspectos. Um, no sentido de que cada atividade processual, com finalidade específica, tem momento próprio no processo, fora do qual não poderá mais ser exercida. Outro sentido diz com seqüência de atos que deve ser respeitada de forma a assegurar precisão e rapidez no desenvolvimento dos atos processuais em direção à sentença.[37]

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes afirmam que, sob o ponto de vista objetivo, a preclusão é um fato impeditivo que assegura o avanço progressivo do processo, impedindo retrocesso no procedimento. Sob o aspecto subjetivo, a preclusão diz com a perda de uma faculdade processual.[38]

Para Celso Neves, a preclusão, coisa julgada formal, é a base da eficácia do julgado, pressuposto da coisa julgada substancial.[39] Ligam-se, aqui, os aspectos processual e material da coisa julgada. Juntos, os dois institutos conformam a prescrição retroativa.

Manoel Aureliano de Gusmão, em tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade se São Paulo em 1917,[40] ensinou que a coisa julgada é componente do sistema penal brasileiro desde a Constituição imperial de 1824, em que se vedava a qualquer autoridade fazer reviver processos findos. A Constituição republicana de 1891 repetiu a cláusula, restringindo-a, no entanto, a processos findos com sentença absolutória.

A idéia de que a coisa julgada se identificava com o próprio direito reconhecido na sentença tal como a concebiam os romanos,[41] tem a ver com a coisa julgada material. A *res in judicium deducta*, objeto do processo, passa a

(36) *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

(37) Preclusão (processo civil), em *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (Org.). Porto Alegre: Fabris, 1989.

(38) *Recursos no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

(39) "Contribuição ao estudo da coisa julgada civil", dissertação ao concurso à cátedra de direito judiciário civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1970.

(40) *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*. Saraiva, 1922.

(41) V. Manoel Aureliano de Gusmão, op. cit.

ser *res judicata*, bem reconhecido ou negado ao autor, por meio de absolvição ou condenação.

Celso Neves afirma que a coisa julgada sempre foi tratada entre os civilistas como direito material e apenas na segunda metade do século XIX passou a interessar aos processualistas.[42] Vê-se, a partir de então, o entrelaçar da coisa julgada material com a coisa julgada formal. A irrecorribilidade garante a imutabilidade do julgado. Uma é pressuposto da outra.

No processo penal, no entanto, o raciocínio não é tão claro assim. Apesar do direito material ficar vinculado à última decisão do processo, a relação jurídica de direito substancial não se extingue em se tratando de sentença condenatória. É comum o entendimento de que a sentença condenatória faz coisa julgada apenas no sentido formal, não no material. Diz-se, ainda, que a sentença absolutória faz coisa julgada absoluta e que a sentença condenatória faz coisa julgada relativa.

Na verdade, em caso de sentença condenatória, a coisa julgada é sempre parcial, no sentido formal e no sentido material. Isto porque, dependendo do direito material enfocado, tanto a coisa julgada formal como a material, são relativizadas.

Verifique-se. A coisa julgada material, sobrevinda à condenação, é absoluta, de um lado, porque estabelece limites de direito material, limite máximo de punição admissível ao caso concreto. Também no que diz respeito à coisa julgada formal, para a acusação, a preclusão máxima impede sobrevida da persecução. Consumam-se para sempre os atos persecutórios. Também por este raciocínio pode-se afirmar que a absolvição só faz coisa julgada absoluta, no sentido material, se houver coisa julgada formal para a acusação, vale dizer, se não houver recursos para a acusação. A preclusão da persecução penal opõe limites máximos à apenação, aquém daquele considerado na apenação abstrata.

Quanto ao direito de liberdade, sobrevinda a condenação, verifica-se a relativização tanto da coisa julgada formal, como da coisa julgada material. A sentença condenatória poderá ser reformada para melhorar a situação do condenado. Ao mesmo tempo, a via de impugnação pode ser reaberta, seja por meio de habeas corpus, seja por meio de revisão criminal.

A coisa julgada é parcial, conforme a perspectiva do interesse tutelado, de punir ou de liberdade. A via persecutória preclui para sempre com a preclusão dos recursos para a acusação, fixando um limite máximo de apenação, enquanto a via defensiva tem sobrevida para além do processo finalizado (HC, Revisão Criminal). Assim, a coisa julgada material, no crime, no que se refere à condena-

(42) "Contribuição ao estudo da coisa julgada civil", dissertação à cátedra de direito judiciário civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1970.

ção, é relativa porque pode ser a qualquer tempo modificada. Mas nem por isso frágil ou insegura, como posta em doutrina estrangeira, porque fixa limites máximos para a restrição da liberdade no futuro, de forma absoluta.[43]

Isto faz com que se entenda que a sentença condenatória fixa a norma penal individual, comportando-se como a *lex mitior* em relação à norma penal abstrata. Como norma mais benéfica, a norma individual retroage ao tempo dos fatos, redimensionando os prazos prescricionais. Ao mesmo tempo, tem eficácia ultra-ativa para impedir aplicação de lei ou sentença *in pejus*.[44] Significa dizer que na prescrição retroativa a sentença se comporta como as leis penais no tempo.

Adiantando o estudo, constata-se que no instituto da prescrição retroativa confluem coisa julgada material, coisa julgada formal (preclusão máxima) e preclusão (consumativa, temporal e lógica). Consumativa a que diz com atos já realizados, inclusive os do magistrado. Temporal, diz com prazos e momento procedimental específico para a prática dos atos. Lógica, tem como referência a seqüência de atos, de tal forma que o anterior seja pressuposto do anterior e o posterior seja condicionado pela realização do anterior.

Nosso sistema de impugnação das decisões penais permite a formação de uma norma individual para o caso concreto, independente da norma abstrata. O que permite considerar a garantia de "reservas de liberdade" que delimitam em restrição a amplitude da persecução, nas diversas etapas sucessivas.[45] O critério é valorativo. Permite potencializar a tutela da liberdade, por regras específicas que impedem ou dificultam a modificação do espaço de liberdade reconhecido. A opção do legislador brasileiro acaba por equilibrar, na sistemática processual penal, o desequilíbrio de forças entre persecução e defesa visualizado de início, desde a investigação.

Conclui-se que não existe espaço para a simples violação de prazos na persecução. A conseqüência para o descumprimento é séria; põe em risco a própria efetividade do processo como instrumento punitivo. De um lado, a prescrição retroativa é instrumento contra a prevaricação porque impulsiona à

(43) A fragilidade do caso julgado penal é levantada por doutrinadores de países que adotam o sistema da revisão criminal *pro societate* ao lado da revisão em favor do acusado (Portugal, Alemanha e Áustria). Consulte-se a respeito José Damião da Cunha. "A estrutura dos recursos na proposta de revisão do CPP – Algumas considerações". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2/251, ano 8, abr.-jun. 1998.

(44) V. conexão entre o comportamento da revisão criminal e a lei penal, Sérgio de Oliveira Médice. *Revisão criminal*. São Paulo: RT, 1998. p. 224. Consulte-se sobre a proibição da *reformatio in pejus* arts. 617 e 626 do CPP e art. 5.°, XL, da Constituição: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

(45) Ex.: correlação entre sentença acusação, correlação entre a decisão de recurso interposto pela acusação e o pedido manifestado, proibição de *reformatio in pejus*, proibição de revisão pro societate e, por fim, prescrição retroativa.

persecução rápida e efetiva, de outro, é garantia de liberdade porque proíbe persecução espraiada no tempo.

A prescrição retroativa funciona como determinação para perseguir o suposto infrator dentro de um tempo definido, seguindo um percurso previamente delineado (procedimento) num espaço pré-concebido (processo penal).

Só assim conjugar-se-ão celeridade processual, persecução, defesa e justiça nos procedimentos penais.

2.2

LINEAMENTOS SOBRE A TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL DA PENA

HIDEMBERG ALVES DA FROTA

SUMÁRIO: 1. As teorias preventivas da pena: 1.1 Introdução; 1.2 As espécies de prevenção da pena – 2. A prevenção especial: noções gerais – 3. A prevenção geral – 4. A prevenção geral negativa: 4.1 Aspectos favoráveis; 4.2 Aspectos desfavoráveis – 5. A prevenção geral positiva: 5.1 Intróito; 5.2 A prevenção geral positiva fundamentadora; 5.3 A prevenção geral positiva limitadora – 6. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: Este texto perscruta o núcleo da teoria da prevenção geral da pena e suas ramificações, levando em conta sua repercussão na sociedade brasileira. Parte-se de uma análise preliminar das teorias relativas (examinando-se a natureza da prevenção geral e especial, assim como seus reflexos nas legislações penais nacional e estrangeira) para finalmente se esmiuçar o conteúdo da prevenção geral negativa e positiva (fundamentadora e limitadora).

Palavras-chave: Teorias preventivas da pena – Prevenção geral e especial – Prevenção geral negativa – Prevenção geral positiva – Prevenção geral positiva fundamentadora – Prevenção geral positiva limitadora.

1. As teorias preventivas da pena

1.1 Introdução

Nas teorias *preventivas* da pena[1] (as também designadas teorias *relativas*,[2] *econômicas*,[3] *objetivas*,[4] *finalistas*,[5] *utilitaristas*[6] ou *utilitárias*[7]), cumpre a esta

(1) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal. Parte geral*, p. 104.

(2) Idem, ibidem, mesma página.

(3) Tania Maria Oliveira Camara de Carvalho. *O processo de descriminalização como alternativa para a falência do sistema penal brasileiro*, p. 11.

(4) Idem, ibidem, mesma página.

(5) Maria Adriana Reis de Souza Leão. "Fins da pena". *Revista da Faculdade de Direito de Olinda* 4-6-7/218.

(6) Tania Maria Oliveira Camara de Carvalho. Op. cit., p. 11.

(7) Fernando Capez. *Curso de direito penal*, vol. 1, p. 313.

espécie de sanção expressar o plexo de medidas atinentes ao escopo de atalhar a criminalidade em seu nascedouro,[8] antecedendo-se à lesão ao bem jurídico oriunda da conduta criminosa.[9]

Uma boa legislação – ensina Cesare Bonesana[10] (1738-1794), o Marquês de Beccaria – prefere prevenir a ocorrência do ilícito penal a punir sua prática.[11]

De cunho prático, moto político de utilidade social[12] focado em seus efeitos futuros[13] (em relação tanto ao autor do delito, quanto ao corpo social), a pena dispensaria a prioridade de realizar a justiça,[14] relegando a um papel secundário ou inexistente a retribuição (voltada esta a "devolver ao delinqüente o mal que este causou socialmente"[15]).

Nas teorias preventivas "o crime é, apenas, o *pressuposto* da sanção",[16] a "*ocasião* para que seja aplicada".[17]

Finda a Segunda Guerra Mundial, soeram tratados multilaterais e bilaterais de prevenção a crimes, exemplificados a seguir.

No âmbito das Nações Unidas, filiam-se a essa estirpe de avença internacional a *Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*, de 11.12.1948; a *Convenção sobre Prevenção e Punição de Crimes Contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, inclusive Agentes Diplomáticos*, de 14.12.1973; e a *Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas*, de 20.12.1988.

De tratados interamericanos, relacionam-se a *Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional*, de 02.02.1971; a *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*, de 09.12.1985; a *Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*, de 18.03.1994; a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e*

(8) Fabio Geraldo Veloso. "Armas de fogo e prevenção de crimes". *Bol. IBCCrim* 110/6.

(9) Roque de Brito Alves. *Ciência criminal*, p. 305.

(10) Difundiu-se o costume equivocado de chamar o Marquês de Beccaria de Cesare *Beccaria*.

(11) Marquês de Beccaria. *Dos delitos e das penas*, p. 128.

(12) Nesse sentido: Ney Moura Teles. *Direito penal*, vol. 2, p. 30; Edgard Magalhães Noronha. *Direito penal. Introdução e Parte Geral*, p. 225.

(13) Jason Albergaria. *Das penas e da execução penal*, p. 23-24.

(14) Nesse diapasão: Cezar Roberto Bitencourt. Op. cit., p. 104; Edgard Magalhães Noronha. Op. cit., p. 225.

(15) Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral*, p. 92.

(16) Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues. *ABC do direito penal*, p. 105.

(17) Edgard Magalhães Noronha. Op. cit., p. 225.

Erradicar a Violência Contra a Mulher, de 06.06.1994; e a *Convenção Interamericana Contra o Terrorismo*, de 03.06.2002.

De tratados bilaterais, cifram-se a *Convenção entre o Brasil e a Noruega para Evitar a Dupla-Taxação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital*, de 20.10.1967; a *Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda*, firmada com a Índia a 26.04.1988; e o Acordo Brasil-Peru sobre *Cooperação em Matéria de Prevenção do Consumo, Reabilitação, Controle da Produção e do Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas e seus Delitos Conexos*, de 28.10.1999.

Por último, mencionam-se o Código Penal peruano de 1991,[18] ao eleger "a prevenção de delitos e faltas como meio protetor da pessoa humana e da sociedade" (art. I), e a Parte Geral, reformada em 1984, do Código Penal brasileiro, ao inserir a "prevenção do crime" nos propósitos da fixação da pena (art. 59, *caput*, CPB).

1.2 As espécies de prevenção da pena

A partir de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833),[19] informa Cezar Roberto Bitencourt,[20] as teorias preventivas se bifurcam na *prevenção geral* (*genérica*, *coletiva* ou *social*) e *especial* (*específica*, *particular* ou *individual*).

Enquanto a prevenção geral age "sobre a generalidade da população",[21] a prevenção especial se propõe a desestimular o agente[22] a cometer novas infrações penais.[23]

Nesse compasso, transcrevem-se estas prescrições legais:

a) Primeiro parágrafo, da antiga redação da parte final do artigo 51, do Código Penal mexicano de 1933:[24]

(18) Código Penal peruano. Disponível em: <http://www.congreso.gob.pe/out_of_domain.asp?URL=http%3A//www.leyes.congreso.gob.pe/>. Acesso em: 22.10.2002.

(19) Não confundir o doutrinador, legislador e juiz da Baviera (Alemanha) Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach com seu filho, Ludwig Andreas Feuerbach (1804-1872), filósofo de orientação materialista, predecessor do materialismo dialético de Karl Heinrich Marx (1818-1883).

(20) Cezar Roberto Bitencourt. Op. cit., mesma página.

(21) Luís Greco. "Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de 'Política criminal e sistema jurídico penal' de Roxin". *RBCCrim* 32/132.

(22) Idem, ibidem, mesma página.

(23) Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. Op. cit., p. 92; João José Leal. *Direito penal. Parte geral*, p. 317.

(24) Código Penal Federal mexicano. Versão atualizada disponível em: <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/txt/9.txt>. Acesso em: 20.04.2003. Versão antiga do primeiro

"Artigo 51.

Dentro dos limites fixados por lei, os juízes e tribunais aplicarão as sanções estabelecidas para cada delito, tendo em conta as circunstâncias gerais de execução e as peculiares do delinqüente. Quando se tratar de punibilidade alternativa o juiz poderá impor, motivando sua decisão, a sanção privativa de liberdade quando ela for inevitável aos fins de justiça, prevenção geral e especial."

b) Parte final do artigo 25 do Código Penal boliviano de 1973:[25]

"Artigo 25. – (A sanção). – A sanção compreende as penas e as medidas de segurança. Tem como fins a reforma e readaptação social do delinqüente, assim como o cumprimento das funções preventivas gerais e especiais."

c) *Caput* do artigo 4.º do Código Penal colombiano de 2000:[26]

"Artigo 4.º – Funções da pena. A pena cumprirá as funções da prevenção geral, retribuição justa, prevenção especial, reinserção social e proteção do condenado."

d) *Caput* do artigo 27 *bis* (*sic*) do Código Penal argentino de 1984:[27]

"Art. 27. *bis* – Ao suspender condicionalmente a execução da pena, o tribunal deverá determinar que, durante um prazo que fixará entre dois e quatro anos segundo a gravidade do delito, o condenado cumpra todas ou algumas das seguintes regras de conduta, contanto que resultem adequadas para a prevenção de novos delitos:"

e) n. 2 do artigo 6.º do Código Penal espanhol, atualizado pelas Leis Orgânicas 7 e 8, de 22.12.2000:[28]

"2. As medidas de segurança não podem resultar nem mais gravosas nem de maior duração que a pena abstratamente aplicável à ação cometida, nem exceder o limite do necessário para prevenir a periculosidade do autor."

f) 2.ª parte do n. 1 do artigo 88 do mesmo Código Penal espanhol:[29]

"Excepcionalmente podem os Juízes ou Tribunais substituir as penas de prisão que não excedam a dois anos aos réus não habituais quando das circunstân-

parágrafo do artigo 51 disponível em: <http://www.itch.edu.mx/informacion/derechos/cpf.pdf>. Acesso em: 20.04.2003.

(25) Código Penal boliviano. Disponível em: <http://www.jus.gov.ar/minjus/ssjyal/biblio/CPBolivia.html>. Acesso em: 21.10.2002.

(26) Código Penal colombiano. Disponível em: <http://inicia.es/de/pazenred/cpcol/cpcol1.htm>. Acesso em: 21.10.2002.

(27) Código Penal argentino. Disponível em: <http://www.justiniano.com/codigos_juridicos/codigo_penal.htm>. Acesso em: 23 out. 2002.

(28) Código Penal espanhol. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/legislacao/estrangeira/4364> Acesso em: 14.04.2003.

(29) Ibididem.

cias de fato e do culpável se infiram que o cumprimento daquelas haveria de frustrar seus fins de prevenção e reinserção social."

g) 1.° parte do artigo 20 do Código Penal bielo-russo, reformado em 1994:[30]

"Artigo 20. Propósitos da Punição

A punição não deve apenas ser um castigo para o crime cometido, como também deve almejar a correção e educação do condenado no exato espírito da administração da justiça, assim como prevenir a prática de novos crimes tanto pelo condenado quanto por outras pessoas."

h) Artigo 3.° do Código Penal paraguaio de 1997:[31]

"Artigo 3.° – Princípio da prevenção

As sanções penais terão por objeto a proteção dos bens jurídicos e a readaptação do autor a uma vida sem delinqüir."

i) N. 1 do artigo 33 do Código Penal iugoslavo de 1977:[32]

"Propósito da punição

Artigo 33

O propósito da punição no contexto do propósito geral das sanções penais (art. 5.°, par. 2.°) é:

1) Prevenir o criminoso de cometer atos criminosos e sua reabilitação."

Por fim, consoante reza a seção 61 do Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch – StGB*) promulgado a 13.11.1998,[33] no sistema repressivo teutônico as medidas de reforma e prevenção se consubstanciam nos tratamentos psiquiátrico (n. 1) e de desintoxicação (n. 2), prisão preventiva (n. 3), supervisão de conduta (n. 4), suspensão da permissão de dirigir (n. 5) e proibição de exercer qualquer profissão (n. 6).

2. A prevenção especial: noções gerais

Em regra, as teorias da prevenção especial remontam exclusivamente ao autor do delito.

(30) Código Penal bielo-russo. Disponível em: <http://www.belarus.net/softinfo/catal_la/l00093.htm>. Acesso em: 14.04.2003.

(31) Código Penal paraguaio. Disponível em: <http://www.itacom.com.py/ministerio_publico/codigo_penal/>. Acesso em: 14.04.2003.

(32) Código Penal iugoslavo. Disponível em: <http://pbosnia.kentlaw.edu/resources/legal/bosnia/criminalcode_fry.htm>. Acesso em: 14.04.2003.

(33) A tradução anglófona do Código Penal alemão de 1998 está disponível *in totum* em <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>, *home-page* do Instituto de Direito Europeu e Comparado da Universidade de Oxford. A leitura na língua nativa do CPA pode ser feita no *site* do Ministério da Justiça da Alemanha, disponível em: <http://jurcom5.juris.de/bundesrecht/stgb/index.html>. Acesso em: 20.04.2002.

Por meio "de uma pena de acordo com as condições do sentenciado",[34] procura-se impedi-lo de perpetrar novos crimes, ao ressocializá-lo (*prevenção especial positiva*); segregá-lo ou neutralizá-lo (*prevenção especial negativa*).[35]

Desenvolvidas na passagem do Estado Guardião (Liberal) para o Estado Intervencionista (do Bem-Estar Social), marcada nos grandes centros populacionais do Ocidente por crescimento demográfico, êxodo rural, instabilidade política e consolidação do modo de produção capitalista, tais teorias atingem o setor econômico-laboral e comprometem-se com o resguardo da ordenação pública incipiente.[36]

Fundem-se no trinômio *corrigir*, *ressocializar* ou *inocuizar* (*neutralizar*).[37]

Dão primazia ao uso da palavra *medida* e preterem o termo *pena*, já que esta implica livre-arbítrio ou uma capacidade racional do indivíduo, enquanto aquela importa em periculosidade.[38]

Consentâneo com o disposto no art. 5.°, § 6.°, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22.11.1969[39] (Pacto de San José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 06.11.1992), a prevenção especial do sujeito ativo objetiva reformá-lo e readaptá-lo.

Ao propugnar por "condições para a harmônica integração social do condenado e do internado", o art. 1.°, *in fine*, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11.07.1984) tornou a prevenção especial um dos ditames reitores do Direito Penitenciário pátrio.[40]

Nessa linha, lembram Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr.:

"Na Itália, a Constituição é expressa no art. 27: As penas não podem consistir em tratamento contrário ao senso de humanidade e devem atender à reeducação do condenado."[41]

Aplaudida por patrocinar a ressocialização e coibir a reincidência, a prevenção especial peca por brechas em sua construção suscetíveis destas observações:

1. Estivesse esse filão da doutrina dominando a legislação penal em sua inteireza, restaria impune o agente dispensado de intimidação, reeducação ou

(34) Alberto Zacharias Toron. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*, p. 117.

(35) Luís Greco. Op. cit., p. 133.

(36) Cezar Roberto Bitencourt. Op. cit., p. 109-110.

(37) Idem, ibidem, p. 110.

(38) Idem, ibidem, mesma página.

(39) "As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados." (Art. 5.°, § 6.°, Pacto de San José da Costa Rica.)

(40) Nilo Batista. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 113.

(41) Luiz Vicente Cernicchiaro; Paulo José da Costa Jr. *Direito penal na Constituição*, p. 125.

neutralização[42] (este seria parte do grupo de "pessoas que cometem um crime e nunca mais voltam a cometer outros delitos"[43]);

2. Ao espezinhar os valores e as opiniões do sentenciado, a ressocialização ínsita à prevenção especial positiva ofende sua liberdade de consciência e crença (art. 5.°, VI, 1.ª parte, CF/88), assim como sua liberdade de pensamento (art. 5.°, IV, 1.ª parte, CF/88)[44] e dignidade (art. 1.°, III, CF/88);

3. Por advogar o cumprimento, inerente à neutralização do violador da lei repressiva, de penas (1) de morte (sem haver guerra declarada), (2) de natureza perpétua, (3) de trabalhos forçados ou (4) cruéis, também a prevenção especial negativa avilta a dignidade do preso (art. 1.°, III, c/c o art. 5.°, XLVII, *a*, *b*, *c*, *e*, e XLIX, *in fine* – todos da *Lex Mater*).

3. A prevenção geral

Com prenúncio na Idade Antiga,[45] a prevenção geral adverte a coletividade acerca da vigilância da repressão estatal,[46] ao absorver a parêmia romana "a certeza da impunidade constitui o maior estímulo ao crime".[47]

Justifica-se a referida teoria em face da insuficiência da prevenção especial, com fincas neste ensinamento de Roberto Lyra:

"Se a repressão prevenisse a incidência e a reincidência, as sementes da criminalidade teriam sido perdidas para sempre com o primitivismo e o absolutismo. (...) De que vale fazer cessar o estado perigoso destes ou daqueles indivíduos se eles continuarão desarmados ante o estado perigoso da sociedade?

Mas, se se trata de proteção, de obra tutelar e benéfica, não seria iníquo contemplar apenas os que cometeram crimes?"[48]

De duas formas a prevenção geral reflete no corpo social: (1) ao intimidar delinqüentes em potência ou efetivos (*prevenção geral negativa*); (2) ao ratificar a confiança do povo depositada no ordenamento jurídico (*prevenção geral positiva*).

Em ambas as sobreditas modalidades, a natureza retributiva da pena remanesce, dentro do fito de propiciar ao agente uma punição exemplar (embo-

(42) Cezar Roberto Bitencourt. Op. cit., p. 111.

(43) Maria Adriana Reis de Souza Leão. Op. cit., p. 222.

(44) Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr. *Direito penal na Constituição*, p. 127.

(45) Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*, p. 218.

(46) Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr. Op. cit., mesma página.

(47) Antonio José Miguel Feu Rosa. *Direito penal. Parte geral*, p. 414.

(48) Roberto Lyra. *Direito penal científico (criminologia)*, p. 184-185.

ra, repita-se, aos olhos das teorias preventivas, não seja essa a missão substancial da sanção penal).

O assinalado resquício do retribucionismo fomenta o risco de a via exemplificativa descambar na vingança,[49] patroneada pelos meios inconscientes de atuação da prevenção geral sobre a coletividade, a disseminar na "multidão anônima"[50] um clamor tácito pela desforra.

Com o passar do tempo a pena periga se reduzir à função simbólica de impressionar as massas (serventia fagocitada pela prevenção geral positiva) ou de disseminar o gosto pela vindita na maioria silenciosa.

O respeito a uma norma penal implicaria a renúncia do ser humano a impulsos inatos contrários à ordem pública.

Quem se submete aos mandamentos legais, ao saber que outrem se eximiu da sua cota de sacrifício, negando-se a reprimir em si tendências das quais o cumpridor da lei se privou, poderia anuir implícita ou explicitamente a se lançar mão da vingança pública em moldes análogos ao da Lei de Talião (*Olho por olho, dente por dente*), a favor de se devolver "lesão por lesão e morte por morte".[51]

Seria assim a prevenção geral artífice da tirania[52] e a pena, "instrumento de terror estatal em relação a determinado tipo de crimes (como os políticos) ou de autores que, revelando inadaptabilidade social, não poderiam ser recuperados, e, por conseguinte, a pena estaria se negando a si mesma".[53]

4. A prevenção geral negativa

Conhecida por teoria da *coação psicológica*, do *constrangimento psicológico*, da *intimidação*, muitos preferem simplesmente denominar a *prevenção geral negativa* de teoria da *prevenção geral*.[54]

Trata-se da prevenção geral propriamente dita,[55] apoiada "na idéia de que as pessoas se absterão de cometer delitos pelo temor de serem descobertas e castigadas".[56]

Deflui da mentalidade iluminista, erguida na Europa no decorrer da transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal, corolária da ênfase na coação

(49) Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. Op. cit., p. 104.

(50) Idem, ibidem, mesma página.

(51) Idem, ibidem, p. 183.

(52) Idem, ibidem, p. 106-107.

(53) René Ariel Dotti. *Bases e alternativas para o sistema de penas*, p. 137.

(54) Ney Moura Teles. *Direito penal*, p. 34.

(55) Idem, ibidem, mesma página.

(56) Raúl Cervini. *Os processos de descriminalização*, p. 108.

psíquica em detrimento da coação física. Espelha o entendimento da Escola Clássica[57] de que o delito acarreta a "violação consciente e voluntária de norma penal".[58]

Tem-se em mira ser bem mais influente a convicção da punição do que "a gravidade da pena prevista abstratamente".[59] Recorda-se o pensamento do Marquês de Beccaria, da opinião de que "o mais relevante na intimidação trazida pela pena (*poena*) é a certeza da punição".[60]

Com arrimo em Feuerbach, credita-se ao impulso da sensualidade a causa dos crimes (impulso criminoso, nas palavras de Romagnosi[61]), na esteira de uma fictícia racionalidade absoluta do ser humano e dos objetivos da ordenação estatal.[62]

Impenderia à pena o contra-impulso, transmutado na certeza de sua aplicação,[63] com o desígnio de que "o infrator, potencial ou efetivo, simplesmente se abstenha da prática do crime, bastando, assim, que controle 'os impulsos da sensualidade', podendo permanecer com seus valores ou defeitos".

À sanção penal decorrente de lei, Feuerbach confere a solução da criminalidade, se houver sua cominação tanto em abstrato (leia-se: "a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas"[64]), quanto em concreto (materializada em uma punição nos limites da culpabilidade do agente, não lesando direito seu nem alheio).

Conjugado com o medo, o livre arbítrio levaria o homem a abstrair, pesados os prós e contras, a desvantagem de cometer o crime diante da ameaça efetiva de

(57) A Escola Clássica inaugura as escolas penais européias do século XIX com uma mixórdia de crenças filosóficas, liberais e humanitárias. Oito caracteres são, grosso modo, sua marca registrada: "a) o Direito tem uma natureza transcendente, segue a ordem imutável da lei natural; b) o delito é um ente jurídico, já que constitui a violação de um direito; c) a responsabilidade penal é lastreada na imputabilidade moral e no livre-arbítrio humano; d) a pena é vista como meio de tutela jurídica e como retribuição da culpa moral comprovada pelo crime; e) o método utilizado é o dedutivo ou lógico-abstrato; f) o delinqüente é, em regra, um homem normal que se sente livre para optar entre o bem e o mal, e preferiu o último; g) os objetos de estudo do Direito Penal são o delito, a pena e o processo". *Vide* Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral*, p. 48-70.

(58) Cristina Zackseski. "Da prevenção penal à 'nova prevenção'". *RBCCrim* 29/169-170.

(59) Oswaldo Henrique Duek Marques. *Fundamentos da pena*, p. 115.

(60) Maria Adriana Reis de Souza Leão. Op. cit., p. 218.

(61) Paulo de Souza Queiroz. Op. cit., p. 48-49.

(62) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal. Parte Geral*, p. 106-108.

(63) Idem, ibidem, mesma página.

(64) Paulo de Souza Queiroz. *Direito penal. Introdução crítica*, p. 49. Apud Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hummurabi, 1989, §§ 13 et seq.

imposição de uma pena certa (despojada de indefinição), a restabelecer o equilíbrio rompido com a execução do delito e a desestimular o ingresso de outrem na vida criminosa.

O legislador lusitano implicitou tal intento em sua ordem penal, ao estatuir no art. 40, § 1.º, do CP Português de 1982,[65] *in verbis*:

"A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade."

4.1 Aspectos favoráveis

No lanço traçado por Santiago Mir Puig,[66] a prevenção geral negativa oferece subsídios a uma justificação legítima da pena, se condicionada às molduras do Estado Democrático e Social de Direito.

Com efeito, a prevenção geral em testilha acerta ao reconhecer o criminoso previdente, a engendrar, certifica Carlos Lélio Lauria Ferreira, "um cálculo próprio dos investidores do mercado financeiro, analisando a relação custo-benefício da operação".[67]

"Se o risco de ser preso for alto" – prossegue Lauria – "o bandido pensa duas vezes antes de agir. Quando o risco é baixo, a audácia e a violência aumentam".[68]

4.2 Aspectos desfavoráveis

A prevenção geral negativa ignora quer o meliante crente em não ser descoberto,[69] quer os criminosos profissionais, habituais, impulsivos, passionais, movidos à explosão momentânea e impremeditada, bem como os portadores de doença mental ou distúrbio de aprendizagem.[70]

Desconhece, ainda, motivações pessoais e sociais (*verbi gratia*, a subcultura da violência), óbices ao potencial dissuasivo jurídico-penal[71] e ensejos para os questionamentos:

(65) Artigo 40 do Código Penal português. Disponível em: <http://www.cea.ucp.pt/lei/penal/penal40.htm>. Acesso em: 21.10.2002.

(66) Paulo de Souza Queiroz. Op. cit., p. 50. Apud Santiago Mir Puig. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976. p. 67.

(67) Carlos Lélio Lauria Ferreira. "A falácia da pena de morte". *Jornal do Commercio*. Manaus, 04.06.2001.

(68) Idem, ibidem.

(69) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal*, p. 106.

(70) Tulio Kahn. "Intimidação, incapacitação ou prevenção? Qual o melhor meio para reduzir a criminalidade?". *RBCCrim* 30/201.

(71) Alberto Zacharias Toron. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*, p. 114.

"Como explicar, a partir dos pressupostos da racionalidade da ação, que 97% dos infratores sejam do sexo masculino? Acaso o efeito intimidatório da pena só 'funciona' para as mulheres?"[72]

A função motivadora da pena só repercute caso a sociedade colabore, ao introjetar no indivíduo valores éticos em consonância com o sistema penal (o que inexiste em alguém criado na marginalidade).[73]

Em suma, a prevenção geral negativa se sustenta em um tripé inconsistente:[74]

1. O conhecimento da norma penal por seu destinatário (o que nem sempre ocorre);

2. A influência daquela sobre este (por exemplo, o cumprimento da lei pode ser unicamente motivado por uma razão extrajurídica – *v.g.*, religiosa – e, ilustra Claus Roxin, "as cruéis penas corporais e de morte dos séculos passados, como o suplício da roda ou esquartejar e cortar em pedaços membros do corpo, não conseguiram fazer diminuir a criminalidade"[75]);

3. A idoneidade dos meios preventivos (uma lei pode ser incapaz de persuadir o sujeito ativo a não executar a infração penal).

Em complemento às críticas atrás alinhavadas, Paulo José da Costa Jr.[76] reputa injustificável se castigar "um indivíduo não em consideração a ele próprio, mas em consideração aos demais". Costa Jr. nota nessa proposição o afã de "instrumentalizar o ser humano, infligindo-lhe um mal, para que outros se abstenham da prática criminosa".[77] Julga inútil em três ocasiões a avultada ameaça ínsita à pena: 1) na responsabilidade objetiva; 2) se a infração for cometida por inimputável; 3) em se tratando de leis intimidadoras sem "eco na consciência social".[78]

Alusivo ao primeiro vértice do tripé antes esmiuçado (a presunção de conhecimento da lei pelo criminoso), evoca-se uma grita da dogmática ressonante já nos anos 70, ao constatar o intumescimento da legislação penal desprover o popular da "remota idéia da existência dessa 'ameaça penal' por atacado, que o circunda em todos os passos".[79]

A quantidade exacerbada de diplomas penais atenta contra a eficácia da ordem penal e concorre para os atuais altos índices nacionais de criminalidade.

Nesse diapasão, aduz Damásio Evangelista de Jesus:

(72) Tulio Kahn. Op. cit., p. 201.

(73) Alberto Zacharias Toron. Op. cit., p. 115.

(74) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual...*, p. 107-108.

(75) Evandro Pelarin. *Bem jurídico-penal. Um debate sobre a descriminalização*, p. 46.

(76) Paulo José da Costa Jr. *Direito penal. Curso completo*, p. 123-124.

(77) Paulo José da Costa Jr. Op. cit., p. 123.

(78) Idem, ibidem, p. 124.

(79) René Ariel Dotti. *Reforma penal brasileira*, p. 21. Apud Nilo Batista. "Algumas palavras sobre descriminalização". *Revista de Direito Penal* 13-14/32, 1974.

"Por que, com uma legislação tão abrangente, ocorre esse aumento da criminalidade? As razões são muitas. Uma delas é a confusão legislativa. Não é raro um ex-aluno meu telefonar perguntando qual é a lei aplicável a determinado fato. Não é difícil, também, um Juiz de Direito, um membro do Ministério Público ou um Delegado de Polícia telefonar e dizer: – 'Não sabemos o que fazer!' Há uma confusão tão grande com relação à legislação que eles acabam tendo dificuldades em aplicá-la. Ninguém mais sabe o que está em vigor. Essa situação leva não a uma sensação, mas à certeza da existência de impunidade no nosso sistema penal, porque ele não é sério e, conseqüentemente, não funciona."[80]

A apontada fé do criminoso em sua impunidade não se arraiga apenas em sua autoconfiança.

A referida crença ganha respaldo da realidade social, permeada de sintomas que levam muitos à conclusão de que acreditar que a Justiça Criminal intimida a criminalidade é levar a sério uma falácia, atesta a socióloga Julita Lemgruber,[81] diretora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes (CESEC-UCAM) e diretora do Departamento do Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro (Desipe) de 1991 a 1994, baseada em pesquisas de vitimização colhidas na Inglaterra, País de Gales e Estados Unidos.

No tocante aos crimes orquestrados na Inglaterra e no País de Gales em 1997, só 2,2% redundaram em condenação, enquanto nos Estados Unidos puniram-se unicamente 3,7% dos crimes violentos perpetrados em 1994.

Segundo estudo do Instituto das Nações Unidas de Pesquisa Inter-regional de Crime e Justiça (Unicri), para cada 100 (cem) crimes cometidos no Brasil, notificam-se à Polícia somente 20 (vinte).[82]

Constitui o *efeito funil*: filtram-se os crimes duas vezes (primeiro, tirando-se a diferença entre crimes ocorridos e comunicados; depois, verificando-se a capacidade do Poder Público de fazer ocorrências policiais se concretizarem em inquéritos) até sobrar um número reduzido de infrações penalizadas, percebe Tulio Kahn,[83] o qual crê em duas máximas: 1) quanto menor a impunidade, maior a intimidação; 2) quanto mais pobre o país, maior o pendor do agente a se arriscar e menores os efeitos inibitórios do endurecimento da pena.[84]

O articulista exibe pesquisa de vitimização do 2.º trimestre de 1999, apurada pelo Ilanud (Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção

(80) Damásio Evangelista de Jesus. *Justiça e impunidade*. Disponível em: <http://www.damasio.com.br>. Acesso em: 07.05.2002.

(81) Julita Lemgruber. "Verdades e mentiras sobre o sistema de justiça criminal". *Revista CEJ* 15/23-24.

(82) Fernando Fernandes Jr. "Ladrão, não: empresário no ramo do crime". *Jornal da Tarde*. São Paulo, 03.02.2002.

(83) Tulio Kahn. Op. cit., p. 199.

(84) Idem, ibidem, p. 200-201.

do Delito e Tratamento do Delinqüente e pela Secretaria de Estado de Segurança Pública de São Paulo.

Durante tal período, nesse Estado 1 (um) em cada 15 (quinze) crimes virou inquérito policial e apenas 1 (um) em cada 44 (quarenta e quatro) infratores restou efetivamente preso (descontam-se os crimes não punidos com prisão e o relaxamento desta).

Ilação automática do criminoso racional: se as chances de ser preso são baixas é porque o crime compensa.[85]

Compara Damásio Evangelista de Jesus:

"Por que na Alemanha não há um número grande de crimes de sangue, homicídios e latrocínios? Porque lá se consegue apurar, processar e mandar para a cadeia 85% dos autores de crimes de sangue. Isso cria na população a consciência da existência de punição. No Brasil, qual é a consciência?

Em relação a roubo e furto, temos declarações de Delegados de que somente 15% das vítimas procuram a Polícia nestes casos. As outras desistem porque sabem que não vai acontecer coisa alguma. Temos conhecimento também de que algumas Delegacias de Polícia de São Paulo criaram o que passaram a chamar de 'papel de bala'. Quando o assalto ou o furto é de pequeno valor, o Delegado ou o agente policial, que recebe a vítima, usa um papel para anotar a reclamação e, depois que a pessoa vai embora, joga-o no lixo."[86]

Outra questão instigante concerne ao quadro social brasileiro.

A maioria dos crimes, afirma Kahn, possui caráter famélico e a maioria da população carcerária é hipossuficiente, com pífias oportunidades de trabalho digno.[87]

Assinada por Tito Montenegro, reportagem da revista *Época* de 15.04.2002 (*Números que fazem pensar. Estudos mostram a relação entre a falta de dinheiro no bolso e o aumento da criminalidade no Brasil*) arremata: praticada por jovens pobres, parcela avassaladora dos crimes prospera à medida que a economia declina e a distribuição de renda míngua.

De pesquisa realizada nos EUA entre 1992 e 1997, os economistas Richard Freeman (*College of William and Mary*) e William M. Rodgers III (Universidade de Harvard) inferem: nesse tempo a queda de 2,6% no desemprego e a redução de 3,9% dos crimes contra o patrimônio vieram à tona em razão do crescimento da economia norte-americana durante os anos 90 ter sido bem distribuído, o que permitiu quantidade considerável de jovens humildes se convencer de que valia a pena se comportar bem.

Desesperança de vida: homicídio em Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo, 1981 a 1997 – investigação científica dos economistas Marcos Lisboa

(85) Idem, ibidem, mesma página.

(86) Damásio Evangelista de Jesus. *Justiça e impunidade*. Disponível em: <http:// www.damasio.com.br>. Acesso em: 07.05.2002.

(87) Tulio Kahn. Op. cit., p. 201.

(Fundação Getulio Vargas) e Mônica Andrade (Universidade Federal de Minas Gerais) – adere à tese de que "o aumento do salário real e a queda nas desigualdades"[88] contribuem para diminuir homicídios na população jovem, principalmente entre 15 (quinze) e 19 (dezenove) anos, faixa etária na qual, despiciendo salientar, alastram-se assassinatos.

Entre 60 (sessenta) países averiguados pelo *Mapa da Violência*, da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco), noticia a *Folha de S. Paulo* de 04.05.2002,[89] o Brasil tira a medalha de bronze em índice de homicídios de jovens de 15 (quinze) a 24 (vinte e quatro) anos, perdendo só para Colômbia e Porto Rico.

Terceiro lugar conquistado pelo aumento de 48% da taxa de assassínios nessa camada, ao longo da década de 90.

De 2000 a 2001 o rendimento médio dos trabalhadores paulistanos caiu em 8,9% e de 1995 a 2001 em 21,9%.

Em dois decênios os homicídios triplicaram em São Paulo: de 13,8 (por 100 mil habitantes) em 1980, pularam para 42 em 2000.

Sessenta por cento dos presos paulistas não concluíram o ensino fundamental.

Um crescimento de 1% de desigualdade no Rio de Janeiro provoca o acréscimo de 0,2% nos homicídios entre homens com 25 (vinte e cinco) anos.

Sete especialistas brasileiros entrevistados pelo semanário carioca receitam o investimento em "políticas e programas de governo que minimizem a marginalização dos jovens da periferia".

"Maiores algozes e principais vítimas dos assassinatos" – continua a matéria jornalística –, "eles precisam de educação, assistência social e emprego. Um conjunto de medidas que o Estado brasileiro ainda não foi capaz de garantir."

Por derradeiro, assenta-se a inexistência de balizas a conter a amplitude do penalmente punível, uma porta aberta para a prevenção geral negativa se desdobrar em um Estado de terror.[90]

5. A prevenção geral positiva

5.1 Intróito

Biparte-se a prevenção geral positiva na *prevenção geral positiva fundamentadora* e na *prevenção geral positiva limitadora*, de características opostas, doravante destrinçadas.

(88) Tito Montenegro. "Números que fazem pensar. Estudos mostram a relação entre a falta de dinheiro no bolso e o aumento da criminalidade no Brasil". Rio de Janeiro, *Revista Época*, 15.04.2002.

(89) Leila Suwwan. "Brasil é o 3.º em morte de jovens, diz Unesco".

(90) Paulo de Souza Queiroz. Op. cit., p. 50.

5.2 A prevenção geral positiva fundamentadora

Quando a doutrina menciona a prevenção geral positiva, invariavelmente se reporta à prevenção geral positiva fundamentadora (*funcionalismo normativista, sistêmico, extremo* ou *radical, modelo funcionalista fechado, prevenção geral de integração* ou *integrativa*), primeiro idealizada por Hans Welzel e depois melhor detalhada por Günther Jakobs, sob inspiração de Niklas Luhmann.[91]

Entre as manifestações da prevenção geral, cuida-se da maior entusiasta do simbolismo da sanção penal, no que empalidece o papel intimidativo desta.

Seu prelúdio se encontra na Escola Funcionalista de Émile Durkheim (1858-1917), sociólogo francês para quem o crime alude a um aspecto normal da convivência social. Durkheim condena a delinqüência apenas em seus excessos, quando a sanção penal aplicada conservaria a coesão e a defesa social "mediante a expiação da culpa [*lato sensu*]".

Influenciada por suas raízes funcionalistas, a prevenção geral positiva fundamentadora não enxerga no sistema penal um feixe de valores: vê nele uma "máquina em funcionamento",[92] cujo desempenho deficitário deriva de instabilidade social oriunda de condutas criminosas a desmotivarem a lealdade do cidadão comum ao pacto social encaixilhado pelo Direito Positivo.

Consoante o sentir de Alessandro Baratta[93] (acompanhado pela glosa de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini[94]), ao invés de se endereçar a infratores atuais ou potenciais, nessa subteoria à pena incumbe demonstrar a efetiva vigência das normas penais, reforçando nos cidadãos fiéis à lei a fé no bom funcionamento do sistema ("método de integração social"[95]) e o ânimo em se submeterem aos mandamentos legais.

Aos cultores da corrente em debate, a pena resguarda os valores éticos e orienta a submissão do indivíduo às normas "inseridas no contrato social",[96] esforço boicotado pela "comunicação defeituosa"[97] transmitida pelo autor de qualquer ato desviante.

(91) Alberto Silva Franco. "As perspectivas do direito penal por volta do ano 2010". *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, vol. 9-10, p. 55.

(92) Tatiana Viggiani Bicudo. "A globalização e as transformações no direito penal". *RBCCrim* 23/106.

(93) Alessandro Baratta. "Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico". *RBCCrim* 5/21. Apud Alberto Zacharias Toron. Op. cit., p. 116.

(94) Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. *O direito penal na era da globalização*, p. 104.

(95) Tatiana Viggiani Bicudo. Op. cit., mesma página.

(96) Oswaldo Henrique Duek Marques. *Fundamentos da pena*, p. 105.

(97) Fábio Guedes de Paula Machado. "Crise do direito penal". *RT* 765/427.

Ao se descurar da conduta preconizada pelo ordenamento penal, o indivíduo decepciona seus pares e coloca o sistema social em xeque.

Dedicando-se a cultivar no povo falsas expectativas,[98] com o intuito não só de responder aos clamores populares e midiáticos contra a insegurança galopante, como também de manter intacta a credibilidade estatal, dilapidada pela violência cotidiana, o Direito Penal olvida a busca por uma "alternativa ao sistema penitenciário",[99] concentra-se em repelir a criminalidade convencional das massas empobrecidas (em benefício da criminalidade econômica) e pretere a defesa dos bens jurídicos essenciais para privilegiar a proteção da boa imagem das normas penais.

Em pequeno bosquejo, esclarece Armin Kaufmann:[100]

"(...) à prevenção geral positiva [fundamentadora] corresponderiam três tarefas: uma função informativa, advertindo o cidadão do que está proibido e do que se deve fazer; a missão de reforçar e manter a confiança na capacidade do ordenamento jurídico para impor-se e triunfar; por último, a tarefa de fortalecer na população uma atitude de respeito para com o direito."

Com o desiderato de preservar um "sistema social que nunca é questionado",[101] pleiteia-se a imposição, sem freios, de padrões éticos, em sede de um Direito Penal desmesurado, a cargo de tarefas "que ele não pode cumprir, ou que cumpre a despeito de assegurar as garantias e princípios que lhe são básicos",[102] ocupando-se "de campos hoje constituintes dos centros de riscos e percepção pública, como meio ambiente, economia, impostos, drogas, terrorismo, processamento automático de dados (...), por meio dos delitos de perigo, geralmente abstratos, para os quais é suficiente a comprovação da ação".[103]

Nessa senda, comenta Zaffaroni:

(98) A relação entre o sistema penal e as expectativas sociais é esclarecida por Luís Greco no artigo intitulado Introdução à dogmática funcionalista do delito – "Em comemoração aos trinta anos de 'Política criminal e sistema jurídico penal' de Roxin". *RBCCrim* 32/139-142.

(99) Antonio García Pablos. *Derecho penal – Introducción*. Madri: Universidad Complutense, 1995. p. 384. Apud Tatiana Viggiani Bicudo. Op. cit., p. 106.

(100) Antonio García-Pablos de Molina. *Derecho penal – Introducción*. Madri: Universidad Complutense, 1995. p. 382. Apud Alberto Silva Franco. "As perspectivas do direito penal por volta do ano 2010". *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, vol. 9-10, p. 61.

(101) Muñoz Conde. *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitária de Jerez, 1985. p. 122. Apud Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal*, p. 117.

(102) Tatiana Viggiani Bicudo. Op. cit., p. 107.

(103) Evandro Pelarin. *Bem jurídico-penal. Um debate sobre a descriminalização*, p. 154-155.

"O poder punitivo se potencializa e elimina suas limitações mais formais e elementares. A justiça se nivela à função policial e a polícia a um órgão sem limite ético nem jurídico."[104]

A prevenção geral positiva fundamentadora, "conduzida ao extremo, nega o critério de proporcionalidade entre a pena e a violação do bem jurídico tutelado pela norma".[105]

Em decorrência do túmido simbolismo da prevenção geral positiva fundamentadora, inexiste a sua confirmação empírica ancorada no aumento ou redução das infrações penais – inviável, portanto, imprimir a esse ramo doutrinário rigor científico.

Adstrita a uma postura *reativa* da pena, despossuída de uma estratégia *preventiva*, falta-lhe atuar sobre as causas e situações do crime (não basta agir contra as conseqüências do delito).[106]

Nessa direção, alertava Puglia em 1891:

"Tem-se demonstrado, à evidência, que as medidas de repressão não têm aquela eficácia tão decantada por muitos ilustres pensadores, de fazer diminuir o número de delitos, porque causas poderosas, cuja força propulsora para o delito é muito superior à força de repulsão das penas, arrastam muitas vezes os homens a ações muito prejudiciais à sociedade e, portanto, enquanto não forem removidas estas causas, ou, ao menor, enquanto não for, com providências oportunas, atenuada a sua influência sobre a atividade humana, o Movimento da criminalidade permanecerá constante, se não adquirir ainda maior energia."[107]

Identifica-se o escólio acima reproduzido com a quadra hodierna, em que se denota na seara penal "uma verdadeira e absoluta incapacidade operacional, ou seja, o que está programado para ingressar no âmbito de controle penal (*input*) é infinitamente superior a sua capacidade de atuação (*output*)".[108]

Tal asserção se respalda no *aftermath* da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072, de 25.07.1990).

Em sua presente versão[109] (alterada pelas Leis 8.930/94 e 9.695/98), a Lei 8.072/90 comporta nove ilícitos tentados ou consumados, relacionados nos incs. e parágrafo único do seu art. 1.º:

(104) Eugenio Raúl Zaffaroni. "Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana". *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, vol. IV, p. 34.

(105) Oswaldo Henrique Duek Marques. Op. cit., p. 106.

(106) Cristina Zackseski. Op. cit., p. 175.

(107) Citado por Antônio Moniz Sodré de Aragão. *As três escolas penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 237. Apud Paulo Roberto da Silva Passos. *Elementos de criminologia e política criminal*, p. 37.

(108) Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. Op. cit., p. 87.

(109) Texto finalizado a junho de 2003.

1. Homicídio, simples (art. 121, CPB), praticado em atividade típica de grupo de extermínio (ainda que cometido por um só agente), e qualificado (art. 121, § 2.°, I, II, III, IV e V, CPB);

2. Latrocínio (art. 157, § 3.°, *in fine*, CPB);

3. Extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2.°, CPB);

4. Extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (respectivamente, art. 159, *caput*, e art. 159, §§ 1.°, 2.° e 3.°, CPB);

5. Estupro (art. 213, c/c o art. 223, *caput*, par. ún., CPB);

6. Atentado violento ao pudor (art. 214, c/c o art. 223, *caput*, par. ún., CPB);

7. Epidemia resultante em morte (art. 267, § 1.°, CPB);

8. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput*, §§ 1.°, 1.°-A e 1.°-B, CPB);

9. Genocídio (arts. 1.°, 2.° e 3.° da Lei 2.889, de 01.10.1956).

Junto com a tortura, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o art. 5.°, XLIII, CF/88 agrupa os crimes hediondos na relação de infrações penais "inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia".

De questionável constitucionalidade, a Lei 8.072/90 alarga o prazo da prisão temporária (art. 2.°, § 3.°), proíbe seja o indulto (art. 2.°, I, *in fine*),[110] seja a progressão da pena (art. 2.°, § 1.°), bem como a liberdade provisória (art. 2.°, II, 1.ª parte), além de facultar ao magistrado impedir o réu de apelar em liberdade, "em caso de sentença condenatória" (art. 2.°, § 2.°, *a contrario sensu*).

Contudo, os esforços articulados pelo Poderes Executivo e Legislativo Federais malograram em tolher tais infrações penais, repara a *Folha de S. Paulo* de 05.09.2000,[111] a propósito dos dez anos de vigência da Lei 8.072/90, arrimada em dados colhidos pelo Ministério da Justiça, decursivos das Secretarias Estaduais de Segurança Pública.

No Estado de São Paulo, noticia o precitado diário paulistano, o latrocínio, do 2.° semestre de 1995 ao primeiro semestre de 2000, passou de 0,66% (por mil habitantes) para 0,81%. Homicídio doloso, de 14% para 17,7%. Tráfico de entorpecentes, de 10,22% para 14,26%. E extorsão mediante seqüestro, de 0,029% (dez seqüestros) para 0,10% (trinta e oito seqüestros).

De notícia positiva, sobra o estupro. Decaiu de 6,81% para 5,62%.

Em verdade, leis severas e exageradas, porquanto "desconsideram o fenômeno criminal como efeito de muitas causas",[112] transformam-se em uma série

(110) "(...) e conseqüentemente, [de proibir a concessão] da comutação da pena." Alberto Silva Franco. "Crimes hediondos". *Leis penais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 402.

(111) Estanislau Maria. *Lei rígida não inibe crimes hediondos*.

(112) Francisco de Assis Toledo. Op. cit., p. 5.

de diplomas legais "a operar ou como importante fator criminógeno, ou como intolerável meio de opressão".[113]

"A redução dos fatores favoráveis à delinqüência", argumenta Roque de Brito Alves, "é que [faz com que], agora, apresentem nula ou escassa delinqüência os países da Escandinávia (em Estocolmo, entre janeiro e junho de 1984, somente um crime de homicídio tinha sido praticado), na Holanda – a média de homicídios em todo o país é de 8 (oito) por ano –, na Suíça, na Áustria, países que, inclusive, substituíram progressivamente as penas privativas de liberdade para outros substitutivos ou alternativas de pena, sem repressão penal rigorosa a respeito [disso] em seus novos estatutos penais. Então, a legislação penal mais benigna não fez com que aumentasse a delinqüência, e sim a mesma diminuiu pela redução de fatores predisponentes sociais e individuais para o delito".[114]

Em outras palavras, a prevenção geral positiva fundamentadora deságua em um Direito Penal deveras simbólico, desmedido, carente de higidez científica, a erigir uma enganosa impressão de retomada de um controle rígido do Estado sobre o mundo do crime,[115] engrupindo a opinião pública por meio de leis excessivas e por vezes draconianas, ensanchas para autoritarismo e criminalidade robustecidos, hábeis na "conservação da realidade social desigual".[116]

"Quanto mais se sobrecarrega o Direito Penal", deduzem Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini,[117] "mais se obtém um efeito contrário ao pretendido, porque é precisamente quando menos funciona".

"O processo hiperinflacionário", prosseguem Gomes e Bianchini, "é autoneutralizador (autofágico) do direito em geral (e especialmente do 'penal')".[118]

Ambos os penalistas sublinham a função simbólica da pena nestes quatro diplomas legais: Lei 9.677, de 02.07.1998; Lei 9.455, 07.04.1997; Lei 3.311, de 15.10.1886; Lei 2.033, de 20.09.1871.[119]

Pela inteligência da Lei 9.677/98, quem falsificar remédio recebe a pena mínima de dez anos (art. 273, CPB), incorrendo na mesma sanção o falsificador de "creme para alisar cabelo".[120]

(113) Idem, ibidem, mesma página.

(114) Roque de Brito Alves. Op. cit., p. 305-306.

(115) Ney Mora Teles. Op. cit., p. 35.

(116) Massimo Pavarani. "Da perna da pena ao seu reencontro? Reflexões sobre uma procura". *Ensaios Criminológicos*, p. 99.

(117) Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini. Op. cit., p. 109.

(118) Idem, ibidem, p. 110.

(119) Idem, ibidem, p. 110-111.

(120) Idem, ibidem, mesma página.

Na época em que tal norma legal entrou em vigor, rememora Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich, "até mesmo os tipos culposos"[121] se enquadravam no rol dos crimes hediondos – categoria a que passavam a pertencer as infrações capituladas nos art. 272 a 276, CPB.

A Lei 9.677/98 "corrigiu a ementa anterior", preleciona Guidalevich, "alçando à categoria de crime hediondo somente a figura típica do art. 273, e seu parágrafo primeiro subdividido pelas letras 'A' e 'B' numa demonstração inusitada de técnica de construção legislativa em matéria penal".[122]

As duas indicadas leis, disserta a apontada lente, procedem de uma "resposta aos brados exaltados da mídia nacional que, naquele ano [1998], reclamava providências urgentes do Poder Público face às denúncias surgidas em diversos pontos do território nacional a respeito de falsificações e adulterações de medicamentos".

Além de midiáticas, discorre Luiz Flávio Gomes, as modificações na Lei 8.072/90 provêm de motivações eleitorais:

"As principais leis relacionadas com os crimes hediondos saíram nos anos 90, 94 e 98. Ano de 1990: disputa entre Collor e Lula (aprovou-se a primeira lei de crimes hediondos: Lei 8.072/90); ano de 1994: Fernando Henrique *versus* Lula (Lei 8.930/94); ano de 1998: Fernando Henrique *versus* Lula (Leis 9.677/98 e 9.695/98)."[123]

Móvel semelhante teve o legislador ao redigir a Lei 9.455/97, criminalizando a tortura "somente após a filmagem por um amador de cenas de tortura praticada por policiais em Diadema (caso da Favela Naval) e que foram transmitidas por redes de televisão de todo o País".[124]

Na realidade, detecta-se a interferência da opinião pública sobre a atividade legiferante pátria ainda no final do século XIX: "a Lei 3.311, de 15.10.1886, que criminalizou o delito de incêndio, foi aprovada depois de anos de discussão, logo que sucederam dois incêndios na cidade do Rio de Janeiro; a Lei 2.033, de 20.09.1871, passou a punir o homicídio imprudente depois de um acidente de trens na cidade de Jundiaí, em São Paulo".[125]

5.3 A prevenção geral positiva limitadora

O nome da subteoria em epígrafe aclara seu significado.

(121) Fabíola Girão Monteconrado Guidalevich. "Análise crítica da Lei 9.677, que elevou à categoria de crime hediondo a falsificação de medicamentos". *Revista Jurídica Amazonense* 2-9/190.

(122) Idem, ibidem, mesma página.

(123) Luiz Flávio Gomes. "Mais uma lei de crimes hediondos?". *Correio Braziliense/Direito & Justiça*, Brasília, 27.05.2002.

(124) Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini. Op. cit., p. 111.

(125) Idem, ibidem, mesma página.

Nessa subdivisão da teoria relativa da pena, "a prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do Estado".[126]

Reação aos abusos da prevenção geral positiva fundamentadora e, portanto, contrária a um *jus puniendi* ilimitado (panacéia das mazelas sociais), a prevenção geral positiva limitadora, amparada pela "atual dogmática penal",[127] condiciona a atuação do Direito Penal.

Enquanto o segmento fundamentador da prevenção geral positiva retira da seara penal a índole de "*ultima ratio* para a resolução dos conflitos sociais, passando a ser a *prima ratio*",[128] a corrente limitadora reverte o processo: de primeiro expediente para compor o litígio, o Direito Penal retorna à condição de último recurso.

Com o fulcro de conservar "as conquistas das garantias dos direitos individuais",[129] a prevenção geral positiva limitadora reabilita "os princípios cardeais de defesa do indivíduo frente ao poder punitivo"[130] (*exempli gratia*, os postulados da dignidade humana, intervenção mínima, culpabilidade, lesividade e ressocialização), provenientes do Estado Democrático, Pluralista e Social de Direito.

Almejando conquistar sem dissimulações a confiança da população no sistema penal, na subteoria em análise a pena se alicerça em uma prevenção geral intimidatória e limitadora, emoldada pelos direitos e garantias fundamentais.

6. Conclusão

Ante o exposto, consignam-se estes apontamentos:

a) Nas teorias preventivas da pena, à sanção penal cabe nomeadamente eliminar as raízes da criminalidade, ao se anteceder ao crime, pondo em segundo plano ou ignorando a administração da justiça e a punição pelo ato ilícito;

b) A prevenção geral busca dissuadir o corpo social de delinqüir. A prevenção especial anseia em afastar o criminoso do seio da sociedade e, se calhar, recuperá-lo ao convívio coletivo;

c) A prevenção especial se baseia no trinômio corrigir, ressocializar ou inocuizar. Intenciona inibir o sentenciado de perpetrar novos ilícitos penais, ao ressocializá-lo (prevenção especial positiva); segregá-lo ou neutralizá-lo (prevenção especial negativa);

(126) Renato Flávio Marcão; Bruno Marcon. *Rediscutindo os fins da pena.* Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/rediscutindo.html>. Acesso em: 20.04.2003.

(127) Alberto Silva Franco. Op. cit., p. 55.

(128) Tatiana Viggiani Bicudo. Op. cit., p. 106-107.

(129) Oswaldo Henrique Duek Marques. Op. cit., p. 109.

(130) Evandro Pelarin. *Bem jurídico-penal. Um debate sobre a descriminalização*, p. 162.

d) Conquanto alvitre à ordem estatal o louvável esforço de envidar esforços a fim de ressocializar o criminoso, a prevenção especial peca quando ignora quem pratica um crime e nunca mais volve à delinqüência. No mais, ao desrespeitar os valores e opiniões do preso, a ressocialização preceituada pela prevenção especial positiva não só viola a liberdade de consciência e crença daquele (art. 5.°, VI, 1.ª parte, CF/88), como também sua liberdade de pensamento (art. 5°, IV, 1.ª parte, CF/88) e dignidade (art. 1.°, III, CF/88);

e) A prevenção geral chama a atenção da coletividade para a repressão estatal contra a atividade criminosa, ao intimidar delinqüentes em potência ou efetivos (prevenção geral negativa) e corroborar a confiança do povo, depositada no ordenamento jurídico (prevenção geral positiva);

f) Consoante apregoa a prevenção geral negativa, pesados os prós e contras, o indivíduo perceberia a desvantagem de cometer o crime diante da ameaça efetiva de imposição de uma pena certa, a repor a harmonia social esgarçada com a execução do delito;

g) Omite a prevenção geral negativa as hipóteses (1) de desconhecimento da norma penal por seu destinatário; (2) de inaptidão daquela em influenciar este e (3) da possibilidade de uma lei não persuadir a pessoa a se eximir da conduta delituosa;

h) A inflação de normas penais recrudesce o baixo teor intimidatório do sistema penal, inviabiliza a prevenção geral negativa e colabora para o crescimento da violência;

i) Divide-se a prevenção geral positiva na prevenção geral positiva fundamentadora e na prevenção geral positiva limitadora, de características contrárias;

g) Enquanto o segmento fundamentador da prevenção geral positiva confere à seara penal a índole de primeira opção da interveniência estatal na sociedade, sua antítese limitadora reabilita o Direito Penal como último expediente daquela;

l) Com a aspiração de manter intacto o *status quo*, a prevenção geral positiva fundamentadora proporciona a aplicação de um Direito Penal hipertrofiado, a serviço do combate a delitos de perigo abstrato, distanciado da preservação dos bens jurídicos fundamentais;

m) Ademais, a prevenção geral positiva fundamentadora anui com um campo penal entregue ao simbolismo desmedido, em que a higidez científica cede passo à construção de um falso novel domínio do Estado sobre o mundo do crime, ludibriando-se a opinião pública por meio de leis excessivas e por vezes draconianas, ensanchas para autoritarismo e criminalidade robustecidos;

n) A prevenção geral positiva limitadora homenageia o Estado Democrático, Pluralista e Social de Direito, promovendo um *jus puniendi* sob o monitoramento das garantias fundamentais do cidadão.

Bibliografia

ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ALVES, Roque de Brito. *Ciência criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

BECCARIA, Marquês de. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

BICUDO, Tatiana Viggiani. "A globalização e as transformações no direito penal", *RBCCrim* 23/97-109, São Paulo, jul.-set. 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal. Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

———. "Penas e medidas alternativas – Visão crítica". *Revista CEJ* 15/64-72, Brasília, set.-dez. 2001.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1.

CARVALHO, Tania Maria Oliveira Camara de. "O processo de descriminalização como alternativa para a falência do sistema penal brasileiro". Manaus: CIESA, 2001. Monografia (Bacharelado em Direito), Curso de Direito, Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas, 2001.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal. Curso completo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

———. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FERNANDES JR, Fernando. "Ladrão, não: empresário do ramo do crime". *Jornal da Tarde*, São Paulo, 03.02.2002.

FERREIRA, Carlos Lélio Lauria. "A falácia da pena de morte". *Jornal do Commercio*, Manaus, 04.06.2001.

FRANCO, Alberto Silva. "As perspectivas do direito penal por volta do ano de 2010". *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, vol. 9-10, p. 43-63, 1.°-2.° sem. 2000.

———. Crimes hediondos. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1995. p. 398-465.

———; STOCCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. vol. 1.

GOMES, Luiz Flávio. "Mais uma lei de crimes hediondos?". *Correio Braziliense/Direito & Justiça*, Brasília, 27.05.2002.

———; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: RT, 2002.

GRECO, Luís. "Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de 'Política criminal e sistema jurídico penal' de Roxin". *RBCCrim* 32/120-163, São Paulo, out.-dez. 2000.

GUIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. "Análise crítica da Lei 9.677, que elevou à categoria de crime hediondo a falsificação de medicamentos". *Revista Jurídica Amazonense* 9-2/189-199, Manaus, out.-dez. 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Justiça e impunidade*. Disponível em: <http://www.damasio.com.br>. Acesso em: 07.05.2002.

KAHN, Tulio. "Intimidação, incapacitação ou prevenção? Qual o melhor meio para reduzir a criminalidade?". *RBCCrim* 30/197-206, São Paulo, jun. 2000.

LEAL, João José. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 1998.

LEÃO, Maria Adriana Reis de Souza. "Fins da pena". *Revista da Faculdade de Direito de Olinda* 6-7-4/205-233, Olinda, jan.-dez. 2000.

LEMGRUBER, Julita. "Verdades e mentiras sobre o sistema de justiça criminal". *Revista CEJ* 15/12-29, Brasília, set.-dez. 2001.

LYRA, Roberto. *Direito penal científico (criminologia)*. Rio de Janeiro: José Rufino-Editor, 1974.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. "Crise do direito penal". *RT* 765/417-435. São Paulo, ano LXXXVIII, jul. 1999.

MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. "Rediscutindo os fins da pena". Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/rediscutindo.html> Acesso em: 20.04.2003.

MARIA, Estanislau. "Lei rígida não inibe crimes hediondos". *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. *c*1, 05.09.2000.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MONTENEGRO, Tito. "Números que fazem pensar". *Revista Época* 204, São Paulo, 15.04.2002.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal. Introdução e Parte Geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Elementos de criminologia e política criminal*. Bauru: Edipro, 1994.

PAVARANI, Massimo. "Da perda da pena ao seu reencontro? Reflexões sobre uma procura". São Paulo, IBCCrim, 2002. p. 91-125. Ensaios Criminológicos.

PELARIN, Evandro. "Bem jurídico-penal. Um debate sobre a descriminalização". São Paulo, IBCCrim, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, vol. 1.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal. Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. *ABC do direito penal*. 11. ed. São Paulo: RT, 1993.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: RT, 1995.

SUWWAN, Leila. "Brasil é o 3.º em morte de jovens, diz Unesco". *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 04.05.2002.

TELES, Ney Moura. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. vol. 2.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*. São Paulo: RT, 1996.

VELOSO, Fabio Geraldo. "Armas de fogo e prevenção de crimes". *Bol. IBCCrim* 110/6-7, São Paulo, ano IX, jan. 2002.

ZACKSESKI, Cristina. "Da prevenção penal à 'nova prevenção'". *RBCCrim* 29/167-191, São Paulo, jan.-mar. 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana". Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, vol. 4, p. 25-36, 2.º sem. 1997.

——— e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

2.3

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA EXCLUSÃO DA TIPICIDADE PENAL

MARCELO RODRIGUES DA SILVA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Constituição Federal: 2.1 O direito penal; 2.2 Relação entre Constituição e direito penal; 2.3 A Constituição Federal como conteúdo material do direito penal – 3. Bem jurídico-penal: 3.1 Escorço histórico; 3.2 Conceito; 3.3 Funcionalidade; 3.4 Constituição e bem jurídico-penal – 4. O tipo e a tipicidade: 4.1 O tipo; 4.2 Relevância do bem jurídico na elaboração do tipo penal; 4.3 A tipicidade; 4.4 Tipicidade e valores constitucionais – 5. A exclusão da tipicidade: 5.1 Relevância social da conduta; 5.2 Ausência de bem jurídico-penal a ser protegido; 5.3 Adequação social da conduta; 5.4 Risco permitido – 6. Conclusão – Bibliografia.

Palavras-chave: Direito penal – Constituição Federal – Valores constitucionais – Bem jurídico – Tipo – Tipicidade – Exclusão da tipicidade – Adequação social – Risco permitido – Relevância social.

1. Introdução

Questão de relevo, e que nos parece ainda não debatida em profundidade, é a da caracterização típica em cotejo à ordem constitucional de 1988, de cunho declaradamente social e democrático. É imperativo entender o sistema de valores e normas vigentes e pôr ao largo o aparente conflito entre os valores libertários, de índole garantista, e a necessidade de repressão por meio da pena criminal.

O dogma causal não atende às necessidades de interpretação e aplicação da norma penal de forma suficientemente racional e justa. Não se compraz, ademais, com os postulados fundamentais do Estado igualitário, fraterno e pluralista, comprometido com a manutenção da vida, da liberdade e da justiça. É necessário entender a *Lex Legum* como produto natural e legítimo dos vários reclamos que ecoam na sociedade para, em seguida, analisar o Direito Penal, em congruência com as modernas doutrinas nacionais e alienígenas, segundo um instrumento de pacificação social voltado à proteção dos valores constitucionalmente consagrados. Neste passo, a teoria do bem jurídico apresenta fundamental importância, visto constituir a cristalização dos reclamos sociais,

servindo de alicerce à elaboração dos tipos de crimes. Também se faz necessário atentar para o conteúdo material do tipo e o estudo valorativo da adequação típica, com especial atenção para o conteúdo material da ação.

No presente trabalho, fulcrados nos valores e nas diretrizes da Carta, objetivamos indicar os requisitos, a nosso ver, mais genéricos e elementares à adequação típica, que ainda hoje infelizmente passam despercebidos ao operador do direito.

2. A Constituição Federal

A significação vocabular do termo *constituição* remete à idéia de constituir, formatar, criar e dar forma. Na acepção jurídica, conquanto exista alguma divergência doutrinária, Constituição significa o conjunto de princípios e normas que dão gênese e estruturam um Estado, i.e., agrupamento de pessoas (povo) reunidas dentro em determinado espaço territorial. Assim, *os fundamentos de um Estado são lançados em sua Carta de Constituição.*

A Carta Constitucional originariamente surgiu como instrumento de poder político, ora limitando, ora dilatando a força do governante. Suas origens, com as feições que hoje conhecemos, remontam à Idade Média, quando os nobres ingleses reunidos exigiram do soberano João Sem Terra a promulgação de uma Carta que contivesse a delimitação dos poderes do soberano (Magna Carta de 1215).

Num segundo momento, a Constituição englobou a tarefa de definir a forma e a organização do Estado, delimitando e dividindo o monopólio do poder entre os agentes da urbe administrativa, i.e, definindo a estrutura política do Estado.

Modernamente, na sociedade democrática, a Carta surge como resultado de um acordo social[1] em que as várias forças e interesses que convivem dentro de um Estado firmam o Contrato Constitucional não mais como simples instrumento de poder ou como definição de uma estrutura política, mas extrapolando essas funções, com vistas à definição de certos objetivos que devem ser perseguidos e alcançados por toda a sociedade. A Constituição, resultante do consenso possível ou operacional,[2] assume nítido caráter participativo e comunitário à medida que deixa de ser utilizada como instrumento de poder de um único sujeito, ou de um grupo restrito, e passa a concretizar o conjunto de necessidades, interesses e aspirações de toda a coletividade, vinculando, destarte, a utilização do poder à agremiação social.

(1) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. "La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista". *Ciencias Penales* 15/15, São José da Costa Rica, dez. 1998.

(2) PORFÍRIO, Geórgia B. F. de Freitas e FERNANDES, Paulo Sérgio L. "Valores em conflito na Constituição". *Revista do Advogado* 53/72-73, São Paulo, out. 1998.

2.1 O direito penal

Sob o aspecto formal, o Direito Penal pode ser definido como o conjunto de normas que descrevem condutas criminosas e correlacionam as sanções respectivas, disciplinando a forma de aplicação, a validade e a execução de referidas normas.

Não nos basta, contudo, somente a forma do Direito Penal. É imperativo indagar acerca de seu sentido, sua razão de ser, seu objetivo. Para tanto, se faz necessário conceituar o próprio *Direito*.

De maneira sucinta, podemos definir o Direito como ciência cultural, normativa e heterônoma que se volta à integração pacífica e harmoniosa dos agentes que contracenam em sociedade, i.e., ciência do *dever ser* (do ideal), que tem por objeto de estudo a norma como elemento exterior ao próprio homem.

Vários atos podem entrar em rota de colisão com o Direito, i.e., atentar contra o escopo de integração pacífica e harmoniosa dos homens entre si. Tais atos denominam-se antijurídicos ou ilícitos. Ocorrem nas mais variadas intensidades, podendo atingir particulares ou coletividades, em seus atributos individuais ou metaindividuais.

Por outro lado, existem interesses (ou bens) alçados ao mais elevado patamar dentro de determinadas sociedades, os quais devem ser colocados a salvo de toda e qualquer ofensa ou ameaça de lesão. Podemos citar, como exemplo, os bens vida, integridade física, administração da justiça, fé pública etc. Todo ato ilícito que atente contra bens de semelhante dimensão ensejará a imediata resposta repressora: o Estado, na qualidade de representante e guardião da sociedade, haverá de punir o infrator, com vistas, num primeiro momento, a coibir a reiteração da conduta lesiva.

Sob o prisma material, então, podemos definir como Penal o ramo do Direito que *tem por objeto proteger os interesses e as necessidades mais preciosos* (bens jurídicos) *à sociedade*, colocando-os a salvo de lesão ou perigo. Para alcançar esse desiderato, delimita a atuação do Estado, como titular do direito de punir, dispondo sobre quais condutas reputa atentatórias ou lesivas, assim como a maneira pela qual semelhantes condutas deverão ser reprimidas. Em verdade, o Direito Penal se apresenta como instrumento de *promoção da pacificação, do equilíbrio e da ordem sociais*.

2.2 Relação entre Constituição e direito penal

A Carta Magna, enquanto acordo social, não pode ser vista apenas como instrumento de sobreposição aos demais ramos do Direito, segundo a visão normativa de Kelsen.[3] Analisar a inter-relação da Norma Fundamental com os de-

(3) Pirâmide normativa, onde o vértice é ocupado pela Constituição.

mais segmentos normativos sob o prisma meramente formal ou hierárquico seria, a nosso ver, restringir a verdadeira *ratio essendi* da Carta.

A sociedade organizada, ao eleger os representantes que ocuparão a Assembléia Constituinte, inequivocamente externa sua vontade de criar um novo modelo de Estado, e somente o faz porquanto descontente com o anterior. Assim, a nova Carta, consubstanciando o acordo entre as várias forças que interagem na sociedade, representando as necessidades e os interesses dos diferentes segmentos de que é composta, apresenta o modelo de Estado reclamado.

O que aflora de mais relevante e evidente em uma nova Carta de cunho democrático não é a normatização em si, porém os valores então consagrados pela sociedade. Muito além de constituir um novo conjunto de normas, representa verdadeiro elenco de valores legitimamente reconhecidos: "a Constituição, antes de se apresentar como norma jurídica suprema, representa o momento através do qual valores, interesses e bens são fixados como referencial para a convivência em sociedade".[4] Tais valores devem irradiar por todos os setores do agir e do pensar daquela comunidade, impregnando e norteando os mais diferenciados campos da atividade humana.

Dessa forma, os valores constitucionais refletem na Economia, nas Finanças, na Política, na Administração Pública e Privada, nas Relações de Trabalho, e, de maneira muito especial, no Direito. Inconcebível admitir leis em atrito com a Constituição, haja vista que esta representa a vontade popular da sociedade organizada.

O Direito, enquanto ciência cultural e normativa, com muita razão deve ser consentâneo à nova sistemática constitucional, irradiando os valores deste em todos os segmentos de seu atuar.

O ramo Penal, a exemplo do Direito como um todo, e porque cuida mais de perto do *status libertatis* dos cidadãos, deve adequar-se ao conteúdo valorativo socialmente consagrado por meio do Diploma Constitucional.[5] Os valores humanos estão em constante evolução, alternando-se, inclusive, em escala de relevância. A par disso, e com vistas a não agir em desconformidade à ordem de valores vigente, o Direito Penal deve ligar-se estreitamente à *Lex Legum*.

2.3 A Constituição Federal como conteúdo material do direito penal

Assevera Luiz Regis Prado que "a especificidade constitucional reside exatamente no fato de ser uma norma portadora de determinados valores mate-

(4) PORFÍRIO e FERNANDES. "Valores...", cit., p. 75.

(5) Segundo RIBEIRO LOPES, "se uma nova Constituição significa uma nova feição para o Estado (...) é conseqüente que no exercício da atividade estatal surjam novos interesses de punir, daí a verificação de que a mudança constitucional há de significar, quase que invariavelmente, a mudança da legislação penal. E essa reordena-

riais, que lhe dão sentido próprio e presidem sua interpretação e aplicação. Assim, *a nenhuma norma infraconstitucional é facultado ignorar esse quadro axiológico e todas devem ser examinadas objetivando tornar possível sua real concreção*".[6]

O Direito Penal, reverberando os valores declinados na Carta, deverá submeter seu conteúdo à vontade desta. Os princípios penalísticos, o processo de criação das leis penais, e o conteúdo das normas criminais deverão estar em absoluta sintonia com os valores da ordem constitucional, respeitando-os e zelando pela sua aplicação e vigência.

Neste passo, a fim de delimitarmos conteudisticamente o Direito Penal em face da Ordem Constitucional, necessário se faz conhecer os fundamentos da Carta Brasileira.

O Estado Democrático Brasileiro, forjado pela Constituição Federal de 1988, elegeu o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a justiça (preâmbulo); a dignidade da pessoa humana (art. 1.°, III); e a promoção social (art. 3.°) como valores fundamentais de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Sagrou, pois o Estado Democrático, Social e Pluralista de Direito, ou simplesmente Estado Social e Democrático de Direito, em compasso com as mais recentes constituições. Eis o compromisso estampado desde início no preâmbulo da Carta.

O Estado Brasileiro é, pois, reconhecidamente composto de forças ideológicas diversas (pluralismo); reunidas em prol do desenvolvimento e bem-estar das pessoas, com vistas à erradicação da pobreza, marginalização e diferenças sociais e regionais (promoção social); que poderão expor suas idéias de forma livre e participativa, as quais serão adotadas na medida em que representarem o desejo da maioria de seus membros (democrático).

Trata-se de um único Estado reunindo três facetas complementares e indissociáveis entre si:

1) o Estado de Direito, onde a lei, em sentido material, rege a nação com vistas à realização dos valores estampados na Lei Maior. Nas palavras de Afonso José da Silva, "é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça, não pela generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. (...) Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social";[7]

ção varia na proporção direta das transformações políticas" (*Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: RT, 2000. p. 207).

(6) *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1996. p. 60-61, grifo nosso.

(7) *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 110.

2) o Estado Democrático, onde todo poder emana do povo, que o exerce de maneira: direta (por meio da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo) ou indireta (por meio de representantes eleitos por tempo determinado); participativa no processo decisório e nos atos de governo; e pluralista, respeitando as diferentes idéias, culturas e etnias, com pleno direito ao exercício da livre expressão de opiniões e pensamentos divergentes; e

3) o Estado Social, destinado à realização do bem-estar geral dos cidadãos, desiderato alcançado por meio de políticas públicas de promoção da liberdade, da igualdade e do desenvolvimento da pessoa humana. Ao revés do que acontecia no Estado Liberal, a intervenção econômica, com vistas a corrigir distorções sociais, marginalização e pobreza, é instrumento de uso corrente, impondo, em decorrência, restrições ao exercício da atividade capitalista.

Completam-se em sentido as três facetas do Estado Brasileiro na medida em que o bem-estar social apenas é alcançado junto à comunidade livre e participativa, que no exercício do poder utilize o aparato legislativo de maneira coerente para regular a atividade de seus membros.

Irradiado pelos fundamentos constitucionais, também o Direito Penal deve ter cunho marcadamente social e democrático, adotando como valores supremos a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o bem-estar e a segurança individuais e coletivos. Na Carta encontramos diretrizes expressas no sentido de garantir a prevalência dos citados valores, senão vejamos: a segurança será alcançada por meio do princípio da legalidade (art. 5.°, XXXIX), da irretroatividade da lei penal (art. 5.°, LX), e da pessoalidade da condenação (art. 5.°, XLV); a igualdade, entre outras formas, por meio da repressão ao racismo (art. 5.°, XLII); a liberdade, por meio da vedação a penas de caráter perpétuo (art. 5.°, XLVII, *b*); a dignidade da pessoa humana, entre outros modos, será alcançada por meio da vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5.°, III), da individualização da pena (art. 5.°, XLVI), da forma de seu cumprimento (art. 5.°, XLVIII), e do respeito à integridade física e moral do preso (art.5.°, XLIX) etc.

A par dos citados valores, a ordem constitucional de 1988 impôs outros, de igual relevo penalístico. É o que acontece, por exemplo, com o art. 225, § 3.°, que confere ao legislador penal a tutela do meio ambiente, inovando nosso direito interno ao possibilitar a responsabilização da pessoa jurídica (o que se concretizou com a edição da Lei 9.605/98); e com o art. 5.°, XXXII, dispondo sobre a defesa do consumidor por meio de dispositivos penais (Lei. 8.078).

A Carta, enquanto elenco de valores, inovando alguns e ratificando outros já consagrados, e mesmo porque restringindo o espectro de atuação da norma penal, em verdade, delineia todo o conteúdo do Direito Penal.

3. Bem jurídico-penal

A tarefa de definir bem jurídico-penal não é simples, máxime porquanto a doutrina não se pacificou ao redor do tema, excetuando no que toca à sua im-

portância: extreme de dúvidas que a teoria do bem jurídico desempenha função basilar na moderna dogmática penal. Contudo, nos lançaremos, mesmo que de forma tímida e restrita aos limites do presente trabalho, à tarefa de conceituá-lo.

3.1 Escorço histórico

A idéia de bem jurídico lança suas bases no movimento iluminista, marco histórico da desvinculação entre o ético-religioso e o crime,[8] primeiro e decisivo passo no caminho da humanização do Direito Criminal. A obra de Beccaria evidencia essa preocupação, centrando suas idéias no binômio crime/pena correspondente, de modo a delimitar a atuação do soberano contra a liberdade individual.

Posteriormente Feuerbach apresenta a noção de crime segundo a lesão de um direito subjetivo. Neste universo, sob um aspecto estritamente individualista, competiria ao Direito Penal resguardar contra lesão o indivíduo ou mesmo o Estado (como representante da coletividade), na qualidade de titulares do mencionado direito subjetivo.

Seguiu-se a formulação de Birnbaum, que no limiar do século XIX introduziu pioneiramente a noção de bem jurídico, implicando o conceito de direito subjetivo. Conquanto não tenha utilizado a locução *bem jurídico* (*Rechtsgut*), adotou expressões semelhantes e capazes de transmitir a mesma idéia.[9]

Em seguida, Binding enunciou a estreita ligação do bem jurídico à norma, i.e., como objeto de proteção da norma penal. Prescreveu que o bem jurídico era criado pelo legislador ao enunciar a norma: "na construção dogmática das normas de Binding (...) se entende por bem jurídico tudo aquilo em cuja manutenção inalterada e incólume o Direito positivo (...) têm um interesse. O Ordenamento provê a proteção de tal interesse precisamente mediante a outorga de garantias (...) ao bem jurídico respectivo, frente a lesão ou perigo não desejados ao mesmo. Os concretos objetos de tutela das normas constituem o capital de bens do Ordenamento jurídico".[10]

Entretanto, foi von Liszt quem formulou as bases do conceito como modernamente é conhecido, acrescentando às concepções anteriores que "bem jurídico é o interesse juridicamente protegido", deixando claro (em oposição à Binding) que "o ordenamento jurídico não cria o interesse, quem o cria é a vida", findando por arrematar que "o direito penal tem como missão peculiar a defesa

(8) REGIS PRADO. *Bem jurídico-penal...*, cit., p. 21 et seq.; FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 29 et seq.; RIBEIRO LOPES. *Teoria constitucional...*, cit., p. 289 et seq.

(9) Cf. FERREIRA DA CUNHA, ob.cit., p. 46

(10) NAVARRETE, Miguel Polaino. *El bien juridico en el derecho penal*, Sevilha: Editorial Católica Espanhola, 1974, p.108

mais enérgica dos interesses especialmente dignos e necessitados de proteção".[11] Entende, portanto, que o bem jurídico preexiste à norma, à qual compete unicamente protegê-lo.

Seguiram-se as concepções neokantistas, que, de maneira geral, observam no bem jurídico apenas uma forma de interpretação teleológica do crime,[12] e, mais recentemente, as concepções sociológicas, nas quais o bem jurídico é analisado sob um prisma funcionalista e despido de qualquer juízo normativo.[13]

3.2 Conceito

Não há, entre os doutrinadores, consenso quanto à definição de bem jurídico. O mesmo não ocorre quanto à sua importância, restando unânime que a dogmática penal moderna somente admite o crime enquanto lesão, ou ameaça de lesão, a bens jurídicos, verdadeira pedra angular do Direito Penal. Sua conceituação, por conseguinte, se torna imprescindível ao nosso estudo.

Partindo da expressão vocabular da palavra bem, Navarrete afirma que, "em uma acepção primária (...), deve entender-se (tudo) quanto é susceptível de apresentar utilidade à pessoa ou à coexistência em sociedade. Todo bem, em contraposição a mal, constitui desde logo objeto de valoração jurídica de significado positivo".[14]

Prossegue, assentando que "pode entender-se por bem (jurídico), em síntese, *aquilo que tem valor para o particular ou a coletividade, estimando-se como valor*, em um sentido primário e fundamental, *a utilidade ou aptidão para satisfazer necessidades humanas. Integra, pois, um bem tudo o que em geral é susceptível de contribuir ao bem-estar e aperfeiçoamento físico ou psicológico da pessoa*".[15] Por derradeiro, assevera que bem jurídico-penal é todo o "bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica" capaz de conferir dignidade e progresso à pessoa humana, "cuja outorga é reservada às prescrições do Direito Penal".[16]

Hans Welzel, de seu turno, apresenta-nos outra definição. Para ele "bem jurídico é todo o estado social desejável que o Direito visa a resguardar de lesões, e, portanto, a missão do Direito Penal consiste em protegê-lo",[17] defendendo

(11) VON LISZT, Franz . *Tratado de derecho penal*. Trad. Luis Jiménes de Asúa, da 2. edição alemã, Barcelona: Reus, 3. ed., t. 2, p. 6.

(12) Cf. FERREIRA DA CUNHA, op. cit, p. 64 et seq., e RIBEIRO LOPES, op. cit., p. 303 et seq.

(13) Cf. PRADO, op. cit., p. 31 et seq., e FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 90 et seq.

(14) Op. cit., p. 28.

(15) Op. cit., p. 29, grifo nosso.

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

(17) *Derecho penal alemán. Parte general*. 11. ed. Santiago do Chile: Jurídica, 1970. p. 15-16

tratar-se de "um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente".[18] No mesmo sentido caminham Wessels[19] e Jescheck,[20] entre outros, entendendo cuidar-se de valores ou bens vitais à convivência humana.

Permitimo-nos discordar dos quanto observam o bem jurídico como algo vital. É que no Estado Social e Democrático de Direito não podem prevalecer conceitos relativos, como se apresenta o caráter de vitalidade apontado: poderá sê-lo para um indivíduo, para uma coletividade, contudo certamente não será vital à totalidade das pessoas. Assim, no modelo de Estado assinalado, tem lugar a relevância social (ao revés da vitalidade) porque, além de gozar de maior profundidade e abrangência, encontra-se calcada no consenso operacional ou possível,[21] condição que extirpa qualquer ranço de relatividade. Tudo quanto é socialmente relevante, porque consensualmente eleito como tal (afastando, assim, qualquer relativização do conceito), espelha as necessidades, os interesses e os valores aptos à conformação do digno desenvolvimento, individual e coletivo, dos cidadãos.

De outro lado, em fina sintonia com os fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito, fulcrado na relevância social, Hormazabal Malaree entende que "bens jurídicos são relações sociais concretas de caráter sintético protegidas pela norma *penal que nascem da própria relação social democrática como uma superação do processo dialético que têm lugar em seu seio*".[22]

A par das definições relacionadas, procuramos traçar um conceito de bem jurídico-penal contemporâneo ao fundamento social e democrático que anima o Estado de Direito para o qual nos voltamos.

Nesse sentido, adotando a metodologia de Navarrete, partimos do conceito de bem. Ao lado da inata consideração que se tem acerca da figura tratada,[23] podemos dizer que bem é tudo aquilo que desperta um significado de valor, material ou cultural, ao ser humano, individual ou coletivamente considerado. É significado porquanto capaz de transmitir uma idéia, uma mensagem ou um sentimento, que poderá ser de interesse ou de necessidade. É valor porque revestido de alguma estimação (econômica, sentimental, ética, religiosa etc.). Por exemplo, o afeto e o carinho que os pais devotam aos filhos, embora intangível, é significado de inestimável valor.

(18) Op. cit., p. 15.

(19) Citado por RIBEIRO LOPES, op. cit., p. 329.

(20) Idem, p. 330.

(21) Vide item 1 *supra*.

(22) *Bien juridico y estado social y democratico de derecho*. 2. ed. Santiago do Chile: Conosur, 1992. p. 152, grifos nossos.

(23) A expressão mais clara e até mesmo intuitiva que se tem de *bem* é a de algo com fundo econômico, i.e., alguma coisa que valha dinheiro como uma casa, um automóvel, uma jóia etc.

Bem jurídico, por sua vez, é todo o significado de valor que, ante sua relevância social, demanda a tutela do sistema normativo. Aproveitando o exemplo anterior, o sentimento que os pais devotam aos filhos é irrelevante para fins jurídicos na medida em que desinteressa ao Estado e, por conseguinte, à sociedade como um todo e aos cidadãos de forma particular. Não se apresenta ilegal, conquanto de moralidade discutível, aos pais nutrirem repulsa ou ódio pela prole. Ao sistema jurídico e à sociedade interessa que os pais promovam a manutenção de seus descendentes menores de 18 anos, sendo irrelevante as impressões pessoais que guarneçam entre si.

Bem jurídico-penal, então, é todo o significado de valor cuja relevância social reclama a tutela do Direito Penal. Posto que o objeto deste ramo do Direito é a manutenção da paz, da harmonia e da ordem sociais[24] (ideais materializados por meio de bens jurídico-penais), na consecução desse objetivo são eleitos valores máximos (naquele momento histórico) para serem postos a salvo de quaisquer lesões capazes de desestabilizar o equilíbrio social. Assim, o Direito Penal tem por finalidade proteger os significados de valor eleitos como relevantes e merecedores de proteção, a qual não poderá ser alcançada de outra forma senão mediante a repressão estatal.

Convém, ainda, assinalar a importância de diferenciar bem jurídico de bem jurídico-penal, como o faz Mir Puig.[25] Enquanto o primeiro é gênero, o segundo é espécie, de singular interesse à dogmática penal. De efeito, à medida que o objeto de estudo se foca na espécie (*e.g.*, bem jurídico-penal), o campo de análise e atuação se restringe e se especializa, haja vista o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal (nem todo o bem jurídico reclama proteção por meio das sanções penais).

Enfatize-se que o Direito Criminal resguarda apenas os bens essenciais (ou, como preferimos, relevantes) ao convívio social (convívio este que deve ser pacífico, harmonioso e ordenado). Os bens jurídicos não essenciais, os que se encontram comodamente assegurados por meios extra-penais (por meio de sanções civis ou administrativas, por exemplo), e os que não correm o risco de fenecer ante alguma lesão ou ameaça, estes não devem gozar da proteção penal.

3.3 Funcionalidade

Várias funções são reputadas ao bem jurídico. Procuramos assinalar as mais relevantes:

– Função conformadora dos tipos penais (ou função de garantia): ao elaborar a norma, o legislador deve guiar-se pelo estreito caminho por onde passa o bem jurídico. Não deve partir da conduta que visa a reprimir, mas sim daquilo

(24) Ver item 1.1 *supra*.

(25) *El derecho penal en el estado social y democratico de derecho*. Barcelona: Ariel, 1991. p. 159.

que visa a proteger. Assim, tomando como ponto de partida o bem jurídico, e somente ele, o legislador haverá de redigir a norma nos estritos limites do necessário para alcançar este objetivo.

– Função interpretativa: o bem jurídico é o elemento central da norma penal, dando-lhe forma e sentido. Destarte, na tarefa de apreender o conteúdo material da norma, e ainda com vistas a impor limites ao *jus puniendi* estatal, o exegeta não pode prescindir da interpretação teleológica.

Como desdobramentos da função interpretativa, temos a função de segurança e a função individualizadora de aplicação da lei. Esta diz respeito à extensão e gravidade da lesão ao objeto tutelado, servindo mais particularmente para dosar a pena. Aquela encontra respaldo na segurança de respeito à vontade coletiva, que no Estado Democrático fundamenta não só a criação, mas também a aplicação da lei.

– Função crítica: serve ao legislador como selecionador de objetos de tutela, e ao penalista como fiscal garantidor da proteção de bens jurídicos. A visão crítica deve nortear a postura do penalista ante condutas formalmente típicas que careçam de conteúdo material.

3.4 Constituição e bem jurídico-penal

A Carta Política do Estado Social e Democrático de Direito é a expressão primeira dos valores vigentes, produto legítimo dos reclamos atinentes aos mais variados grupos e setores representativos da comunidade nacional, amalgamados naquilo que chamamos de consenso operacional, i.e., a resultante funcionalmente possível e executável de todos os desejos, necessidades e interesses que compõem o tecido social. Consubstancia os valores mais representativos da comunidade à qual se dirige, recomendando idônea proteção a ditos valores. É, pois, inquestionavelmente o mais valioso referente material de bens jurídicos.

O Estado de Direito Brasileiro, de matiz social-democrata, reconhece nos valores liberdade e dignidade da pessoa humana seus fundamentos de validade e existência. Significa dizer que estes valores precedem quaisquer outros dentro da sociedade brasileira.

O valor dignidade da pessoa humana somente é alcançado mediante o suprimento das necessidades elementares contextualizadas em determinada sociedade. Nas comunidades civilizadas hodiernas, a dignidade de seus membros somente por ser atingida mediante o acesso à habitação (aparelhada de saneamento básico, eletricidade etc.), à assistência médica (eficiente e condigna), à educação (formal, política e conscientização social), ao trabalho (e conseqüente remuneração bastante suficiente para suprir as necessidades ora indicadas), à alimentação (suficiente e necessária à sobrevivência e exercício das demais tarefas que se desenvolve em sociedade), à cultura, ao lazer etc.

Porém não é só. O valor em tela pressupõe e compreende o respeito à pessoa e às suas características individuais (integridade física, moral, religiosa etc.),

conferindo tratamento igualitário aos homens, sem descurar, entretanto, a diversidade que os cerca. A aplicação de penas corporais, penas infamantes ou infligentes de segregação, bem assim como a submissão do preso ao cárcere superlotado e sem mínimas condições de salubridade, degrada a condição humana.

A dignidade da pessoa humana não representa meio para atingir-se um fim, mas verdadeiramente constitui o objetivo primeiro da sociedade. No Estado Social e Democrático de Direito, o valor individual prevalece sobre o valor coletivo, sempre.[26]

A liberdade é valor supremo e inato a qualquer pessoa, não admitindo restrições. É pressuposto de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Sua universalidade lança raízes no ideário da Revolução Francesa, somente aperfeiçoando-se nas últimas décadas do século XIX.

Liberdade e dignidade da pessoa humana representam a base da sociedade e do Estado brasileiros, servindo de norte e de balisa a todos os valores e correspondentes bens jurídicos atinentes ao complexo de relações amiúde eclodidas em nossa comunidade.

Conforme assinala Regis Prado, "em um Estado de Direito democrático, a determinação dos valores elementares da comunidade deve estar, em princípio, delineada na Constituição. (...) o legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal".[27]

Seguindo as diretrizes constitucionais – que nada mais são do que a expressão da vontade popular, reconhecendo o Texto Magno tudo quanto a sociedade já consagrou –, o legislador ordinário somente poderá alçar a bem jurídico os valores e os interesses delineados na Carta.

Ao lançar mão do *jus puniendi* como instrumento de proteção a bens jurídicos, o legislador deverá escudar-se na primária fonte normativa de valores (i.e., na Constituição), sob pena de lesionar mais do que espera proteger. A sanção penal, é certo, lesiona um bem jurídico a fim de resguardar outro. Afigura-se, então, de suma importância proceder à análise valorativa dos bens em questão: a sanção penal, concretizada por meio do sacrifício a um bem jurídico, somente deve ser admitida quando em perigo outro bem de, ao menos, idêntica importância.[28] Assim, a restrição da liberdade individual somente é admitida enquanto único meio de pôr a salvo outra liberdade de igual relevo.

Outrossim, somente deve ser admitido como criminoso o comportamento unânime e consensualmente aceito como tal pela sociedade à qual se dirige.

(26) "A Constituição fixou que o valor 'pessoa humana' seja o fim para a realização de qualquer valor social. O valor social, por sua vez, é meio para a realização da dimensão individual, não podendo este sobrepor-se a ela, jamais. A dignidade humana prevalece. É inquestionável." (PORFÍRIO e FERNANDES, "Valores...", cit., p. 75.)

(27) *Bem jurídico-penal...*, cit., p. 66-67.

(28) PRADO. *Bem jurídico-penal...*, cit., p. 68.

Trazendo à baila o conceito de bem jurídico aperfeiçoado por von Liszt, lembramos que a vida cria o valor, e, em corolário, o bem jurídico, e não o legislador. Este apenas reconhece normativamente o *status* valorativo conferido pela sociedade. Portanto, o legislador não cria bens jurídicos ao elaborar tipos criminais, porém reconhece-os por meio do processo de normatização penal.

O sistema normativo haverá de conformar-se à realidade valorativa imposta constitucionalmente, o que desde pronto assinalamos não ser tarefa simples.

4. O tipo e a tipicidade

A teoria do delito conceitua o crime segundo um acontecimento composto de três partes, a saber: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Já os adeptos da Teoria Finalista encontram no delito apenas duas partes (tipicidade e antijuridicidade), servindo a culpabilidade como pressuposto para a imposição de pena.

Ao legislador compete enunciar a descrição abstrata das condutas socialmente reprováveis, e cuja forma de repressão cabe ao Direito Criminal por meio da elaboração típica, ou seja, mediante a pormenorizada descrição das coibições.

Ocorrente o fato no mundo naturalístico, compete ao estudioso do Direito Penal analisar o primeiro de seus elementos constitutivos, qual seja, o tipo e a peculiar tipicidade.

Tipo e tipicidade são, pois, duas facetas da mesma realidade: o primeiro, elementar à realidade normativa; o segundo, à realidade material; aquele, pertencente ao mundo valorativo; este, ao mundo concreto e tangível. Principiam a análise conjuntural do fato, sujeitando-o ao primeiro requisito de validade e existência enquanto conduta penalmente reprovável. Daí sua importância na dogmática jurídico-penal.

4.1 O tipo

A origem histórica do tipo encontra suas raízes na constante busca de segurança e garantia de liberdade dos súditos perante o poder soberano. Sua aplicação se estende a todos os ramos do Direito em que se faz necessária a criação de salva-guardas legais para que o cidadão possa fazer frente ao Estado, mais especificamente interessando ao ramo do Direito Público, e, de forma ainda mais estreita, por colocar em risco os bens maiores do homem (*e.g.*, vida e liberdade), ao Direito Penal.

Informa Luisi,[29] citando Jiménez de Ásua, que a Ordenação Criminal prussiana de 1805 já adotava a idéia de tipo penal segundo uma ação punível,

(29) LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Safe, 1987. p. 15.

um fato objetivo. Na doutrina penal alemã do século XIX, o vocábulo *Tatbestand* expressava a noção de tipo conforme a totalidade do fato delituoso, sem precisar seus contornos. Concebiam-no como algo inseparável e indistinto dos atuais conceitos de antijuridicidade e culpabilidade. O crime era visto como um bloco monolítico, indiviso, cuja descrição legal levava o nome de *Tatbestand.*

Foi Ernst Beling, em 1906, quem apresentou pela primeira vez o tipo com os contornos modernos, separado dos demais elementos componentes do crime. Fê-lo na obra intitulada "Die Lehre vom Verbrechen". O delito já não era um todo inseparável, não bastando mais a simples realização da conduta prevista no modelo legal para consumar-se o crime.

Outros doutrinadores germânicos debateram o conceito de Beling, falho por não admitir elementos subjetivos como elementares ao tipo. Formulações posteriores, das quais pontifica a de Hans Welzel em "Studien zur System des Strafrechts" (1939), supriram tal falha, consolidando o posicionamento atual do tipo na dogmática penal.

O tipo penal consiste na descrição normativa da conduta proibida. Em se tratando de conduta, encontra seu núcleo no verbo que descreve a ação ou omissão reprimida. Assim, na figura do art. 121 do CP brasileiro, o tipo encontra-se vazado nas palavras "matar alguém", sendo proibida a conduta indicada pelo verbo (i.e., matar) somente quando dirigida ao elemento normativo da descrição legal (i.e., alguém). De efeito, a simples realização do verbo núcleo (matar) não configura o crime em tela, a menos que o objeto da ação seja a pessoa humana (alguém).

A descrição do fato criminoso é elaborada a partir de elementos objetivos e subjetivos. Daí falar-se em parte objetiva e parte subjetiva do tipo. Os primeiros constituem-se dos elementos chamados necessários (sujeito ativo, conduta e bem jurídico tutelado) e de outros chamados acessórios (relativos a circunstâncias de tempo, lugar, meios empregados, etc.; ou normativos, i.e., cuja compreensão depende de uma atividade valorativa ou definição legal, como as expressões "mulher honesta", "coisa alheia móvel", "funcionário público", "estrangeiro" etc.). Os segundos referem-se à vontade do agente: após as discussões levantadas por autores alemães no início do século XX, reconheceu-se que o elemento volitivo integra a descrição contida na norma, deslocando-se a culpa e o dolo da culpabilidade para a tipicidade.

O tipo, enquanto descrição abstrata realizada pelo legislador, pertence ao mundo valorativo, ao mundo do dever ser, trabalhando de maneira reflexa: ao descrever apenas a conduta proibida enseja a idéia de que tudo o mais é lícito. Liga-se estreitamente ao princípio da legalidade, elementar à Ciência Penal, que se perfaz ante a clara e precisa descrição da ação ou omissão coibidas.

A legalidade e a anterioridade, ambas pertencentes ao elenco de princípios mais básicos e elementares ao Estado Social e Democrático de Direito, porquanto orientadores do tipo penal, conferem segurança e garantia de liberdade e justiça aos cidadãos. Se é verdade que não há crime sem lei anterior que o defina, não menos verdadeiro é que a descrição legal deverá ser clara o suficiente para que todos, indistintamente, possam compreendê-la.

4.2 Relevância do bem jurídico na elaboração do tipo penal

O bem jurídico objeto de proteção é a preocupação primeira do legislador na redação da conduta proibida. Informa Luisi que "os bens jurídicos estão na base de criação dos tipos penais",[30] acentuando Ribeiro Lopes que serve de "base da construção da teoria da tipicidade e com amplos reflexos tanto sobre a teoria da antijuridicidade quanto da culpabilidade",[31] i.e., fundamentando toda a teoria do delito. Trata-se de elemento sempre presente em qualquer tipo penal, sem o qual não pode existir fato de interesse criminal.

Ao ter em mente os significados de valor mais preciosos à comunidade, o legislador se esmera na tarefa de criar, abstratamente, condutas atentatórias a semelhantes valores, as quais serão normatizadas como paradigmas proibidos. Estará, pois, criando espécies de condutas (ou tipos de condutas) cuja realização dará ensejo à resposta repressora do Estado, servindo esta como meio de proteção da sociedade.

Vale dizer que o Direito Penal não protege a norma, porém os significativos valores eleitos como merecedores da tutela penal. Isso porque o potencial ilícito contido na ação ou omissão do agente não reside na transgressão à norma, mas na lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Neste sentido, declara Navarrete que "o conteúdo material do injusto, de efeito, não pode nunca identificar-se com a mera contrariedade formal à norma. Só com relação ao objeto de tutela próprio de cada descrição penal pode-se determinar (...) a existência do injusto material. Sem a presença de um bem jurídico ou valor estimável digno de garantia penal (...) o preceito positivo carece de justificação substancial. Por outro lado, em nenhum caso resulta admissível considerar como bem jurídico o Direito objetivo, porque o Ordenamento que assegura, mediante cominação de penas, *os bens e valores necessários ou favoráveis à vida em sociedade não pode confundir-se com o próprio objeto por ele protegido*".[32]

Por outro lado, impende dizer que, na maioria dos códigos penais, os tipos vêm agrupados segundo o objeto que visam a proteger, tais como a vida, a integridade física, a honra, o patrimônio, a administração da justiça etc. Tais são os bens jurídicos tutelados pela norma. Assim, exercem também uma função organizacional na topografia dos estatutos criminais, reunindo as figuras delitivas num mesmo capítulo, de conformidade com o objeto de proteção da norma.

Veja-se, então, que o bem jurídico serve, quando menos, para dar forma e conteúdo ao tipo criminal, e também para sistematizá-lo de maneira concatenada e organizada dentro dos estatutos penais. Porém não é só. Não podemos olvidar

(30) Op. cit., p. 50.

(31) "Teoria...", cit., p. 217.

(32) Op. cit., p. 106, grifos nossos.

sua função hermenêutica, conferindo substrato imprescindível à interpretação teleológica da norma. De efeito, ao exegeta caberá deslindar o fato concreto sem afastar-se do verdadeiro sentido impresso na lei. A mera identificação formal entre a conduta abstrata (prevista na lei) e a real (efetivamente praticada) não basta ao perfazimento do crime. O bem jurídico é ponto de partida obrigatório tanto do legislador, ao elaborar a norma, quanto do operador do Direito, ao aplicá-la; é o que efetivamente os ata enquanto equacionadores das divergências eclodidas no seio da comunidade, sob pena da mais completa e absoluta subversão dos sistemas social e legal.

4.3 A tipicidade

Enquanto o tipo integra o mundo valorativo do dever ser, a tipicidade pertence ao mundo concreto do ser. Consiste na subsunção, na identificação da ação ou omissão concretamente realizada ao modelo abstrato da norma.

O exercício de subsunção, contudo, não pode ser mera tarefa intelectual, desvalorada. É mister a análise valorativa da conduta sopesada, indagando-se acerca de sua razão e finalidade.

Para Winfried Hassemer, "a missão específica do estágio da tipicidade (dentro da teoria do delito) é caracterizar o relevo da proteção a bens jurídicos, que constitui a especificidade de toda cultura jurídico-penal.(...) Assim, a questão que tem de responder o jurista neste estágio da estrutura do delito é: este comportamento realiza os elementos de um tipo do código penal (ou de uma lei penal especial)? Por tipo se entende o conjunto de elementos que descrevem um delito determinado (...). Tipicidade significa, portanto, que o comportamento corresponde à descrição legal do delito".[33]

A Ciência Penal não mais se compadece em solucionar o binômio fato abstrato/fato concreto. É de mister, precedentemente à indagação acerca da ilicitude e culpabilidade, dimensionar se o ato concreto alcança a forma abstrata da lei e atinge de modo relevante o objeto que esta visa a proteger. A simples identificação de condutas não deve servir de base para que o Estado atinja a dignidade da pessoa humana mediante violação dos direito mais elementares do homem (tal como se apresenta a privação da liberdade e, em alguns Estados, a privação da própria vida).

4.4 Tipicidade e valores constitucionais

Como é de ver, a concreção da tipicidade não se limita à identificação de condutas por meio do exercício de sobreposição do fato concreto ao fato previs-

(33) *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Munhoz Conde e Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 261.

to em lei. É preciso, antes de mais nada, analisar o fato ante os valores constitucionais vigentes em dado momento histórico e social. Nunca jamais será permitido admitir-se adequação típica de conduta valorativo-constitucionalmente positiva, ou seja, no âmbito do socialmente permitido.

Assim é que no Estado Social e Democrático de Direito, conforme se declara o Brasileiro, destinado a assegurar o desenvolvimento humano, a igualdade dos cidadãos, a promover a justiça dentro de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, onde reina a má distribuição de renda, onde cerca de 2/3 da população vive abaixo da linha da pobreza, como se poderá admitir a caracterização típica da invasão de armazéns públicos para o saque de gêneros alimentícios de primeira necessidade?[34]

Abeberando-nos mais uma vez na lição de Afonso José da Silva, lembramos que o Estado de Direito curva-se ante o império da lei que realize os objetivos e ideais estampados na Constituição. Não se trata da lei em sentido formal, senão em seu atributo material, daquela capaz de promover a igualdade, a justiça social, o desenvolvimento e a dignidade da pessoa humana.

Conforme escreve Hormazabal Malaree "o tipo penal expressa mais que uma ação. No tipo se contêm uma *situação social*, um processo interativo singular que deve se realizar concorrendo as circunstâncias pessoais e objetivas que de forma abstrata e genérica nele se contemplam".[35]

O tipo penal, e por conseguinte a tipicidade, não é um ente isolado, apartado do contexto social. Não se trata de instituto autônomo, cuja existência independe da sociedade. Tem sua origem nas demandas coletivas de proteção. A caracterização típica urge seja feita sob o crivo dos valores maiores eleitos pela mesma sociedade. Assim, não obstante os valores intrínsecos de cada bem, a manutenção da propriedade em detrimento da vida humana nos parece colidir frontalmente contra os fundamentos do Estado alcunhado Social de Direito.

Leis que atentem contra princípios elementares de humanidade e dignidade, valores primeiros de qualquer povo que se entenda civilizado, conquanto indubidosamente inconstitucionais porque opostas aos valores e princípios dispostos na Carta, não admitem nunca a caracterização típica sob pena de serem validadas e produzirem maiores males do que benefícios, subvertendo todo o sistema legal. Inadmissível que um Estado cujos valores supremos sejam liberdade, igualdade e desenvolvimento humanos, fundamentado na dignidade da pessoa, objetivando a promoção do bem estar de todos, adotando o princípio da individualização da pena e sua forma de cumprimento, e repudiando o tratamento desumano ou degradante, aplique a hedionda lei que confere tratamento inadvertida e diferidamente mais gravante a alguns condenados, entendendo, ade-

(34) Conforme os levantes orquestrados pelo Movimento Sem Terra em várias cidades do país. Pretendemos estimular a reflexão sobre a realidade brasileira, que não pode passar despercebida aos acurados olhos do penalista.

(35) Op. cit., p. 171.

mais, que existam condutas passíveis de se amoldarem ao inconstitucional modelo nela estampado.

Deve-se repudiar toda forma de opressão travestida de legalidade, repelindo-se por todos os meios a inversão de valores com vistas à utilização do aparato normativo de forma partidária. O tipo penal, caso desvirtuado, servirá muito bem a propósitos casuísticos, mesquinhos e particularizados, em malefício de toda a sociedade. O estudo da adequação típica, deste modo, reclama o confronto com os valores maiores eleitos em dado momento histórico, sob pena de reputarem-se típicas ações carecedoras de tipicidade material. O estudioso do Direito Penal deve ter sempre presente em sua memória as palavras de Hassemer:[36] "o estágio da tipicidade caracteriza o âmbito da liberdade de ação".

5. A exclusão da tipicidade

Por esclarecedora e precisa, mais uma vez lançamos mão das palavras de Hormazabal Malaree acerca da adequação típica. Preleciona o citado penalista que "determinar a tipicidade de uma conduta não se esgota simplesmente no processo lógico-formal de subsunção. Implica um momento posterior de valoração. E não pode ser de outra forma se se tem em conta que o tipo penal não é simplesmente uma soma de diferentes elementos objetivos e subjetivos, mas que é antes de mais nada uma valoração que se expressa através de ditos elementos".[37]

O perfazimento da tipicidade ocorre em duas frentes, uma formal e outra material, sendo mister a interação de ambas para surgir no mundo concreto a tipicidade real, aquela capaz de verdadeiramente se identificar com a forma abstrata idealizada na norma. Para tanto, concorre o elemento valorativo, do qual o operador do direito não tem como afastar-se, identificando lógica, formal e conteudisticamente as ações.

Não podemos olvidar, ademais, e sem adentrarmos no campo da ilicitude, que a tipicidade serve como forma no mínimo indiciária da antijuridicidade. Isso porque, em respeito ao princípio da legalidade penal, somente a conduta não aceita socialmente é rotulada de ilícita e indicada de forma expressa na lei. Em corolário, a conduta é descrita pela norma exatamente porque antijurídica.

Condutas há, porém, que embora formalmente típicas não constituem (ou não podem constituir) crime, não obstante a função indiciária de antijuridicidade inerente ao tipo penal. Tal ocorre em função da inexistência de conteúdo material capaz de adequar tipicamente estas condutas, ocasionando a chamada exclusão da tipicidade.

Operando na primeira etapa do estudo analítico do delito, a exclusão da tipicidade produz o desinteresse criminal pelo fato que apenas externamente se

(36) *Fundamentos..*, cit., p. 262.

(37) Op. cit., p. 171.

identifica com o modelo normativo. O conteúdo material subordina o formal, valendo dizer que sua falta demanda a retirada do segundo (porque insuficiente ao reconhecimento da subsunção de condutas).

A falta de conteúdo material capaz de gerar a exclusão da tipicidade pode ser justificada de vários modos: por imposição legal (art. 142 do CP brasileiro), pelo princípio da insignificância; pela adequação social da conduta etc. Interessa-nos a análise das justificativas constitucionais para a retirada da adequação típica. Envolvidos neste desiderato, apresentamos o que, a nosso ver, são as mais relevantes maneiras pelas quais isso ocorre.

5.1 Relevância social da conduta

A Magna Carta sagrou a liberdade como valor supremo do Estado de Direito Brasileiro. Já no preâmbulo diretivo de seus postulados, a Carta apresenta o valor em tela como estruturante deste Estado. É, pois, anseio do povo, e dessa forma vinculante dos poderes constituídos, o respeito à liberdade, à prerrogativa de qualquer do povo de deslocar-se, ativar-se, pensar e articular-se como bem lhe aprouver dentro do território nacional.

Referido valor somente encontra limite em face da necessidade maior de proteção a bens jurídicos. Dessa forma, admite-se a coexistência do dogma permissivo (liberdade constitucional) e normas proibitivas, máxime aquelas de natureza criminal, no sistema legal interno. O imperativo de convívio coletivo harmônico justifica a restrição à liberdade, pondo termo ao paradoxo aparente.

Curial, neste passo, a bem da subsistência do Estado de cariz social e democrática como se apresenta o nosso, operar-se a norma de exceção (vez que a liberdade é a regra) nos estritos limites do sumamente necessário, tanto no momento de sua redação quanto, ou senão ainda mais, no posterior momento de sua aplicação.

Para receber a pecha de antijurídica e dispensar atenção do Direito Penal, é mister que a conduta goze de relevância social. Socialmente relevante é tudo quanto diga respeito a indeterminado número de pessoas que compõem a coletividade nacional. Em corolário, tudo quanto for capaz de quebrantar a harmonia do convívio coletivo é dotado de relevância social. Essa a justificativa capaz de fazer admitir a mitigação do valor liberdade.

O fato capaz de atingir esferas de interesse restritos, isolados ou particulares não pode ser objeto de estudo da Ciência Penal. Em casos que tais, a prevenção ao dano, ou sua reparação, poderá deslindar-se na órbita extra-penal.

Hassemer traz lição digna de nota acerca do tema em questão: "A doutrina penal dos últimos tempos transformou a concepção de bem jurídico na teoria da danosidade social. Com isto se têm marcado as mais importantes orientações de política criminal. Em primeiro lugar, evidencia-se que a teoria e a prática do direito penal não podem prescindir das Ciências Sociais e que, além do direito

penal, se devem tomar em conta as necessidades e interesses do sistema social. *Em segundo lugar, se esclarece que nem toda lesão a um interesse humano (bem jurídico) exige uma reação do direito penal, mas somente aquela que apresenta caráter de danosidade social, i.e., que seus efeitos lesivos vão mais além do conflito entre autor e vítima e dano individual que esta última sofra.* Em terceiro lugar, exige que o legislador penal disponha de conhecimentos empíricos e que os aplique na formulação das condutas puníveis na previsão das conseqüências jurídicas".[38]

Na aplicação da lei, o operador não pode perder de vista a relevância social da conduta, sob pena de cometer arbitrariedades. A relevância social integra o conjunto de atributos imanentes à tipicidade material. Assim, a subtração de coisa de ínfimo valor não constitui furto; a ofensa irrogada no círculo restrito de pessoas atadas por laços de parentesco não constitui difamação; a agressão que somente produz escoriações leves não constitui lesão corporal; porque a todos estes casos falta a relevância social da conduta.

É imperioso observar que a falta de relevância social fere de morte a caracterização típica. Embora cercando-se de toda a precisão possível, ainda assim a lei confere amplo espectro de movimentação ao operador do direito para trabalhá-la em face do caso concreto. Dentro do amplo campo da adequação típica, urge seja realizado um trabalho valorativo, certificando que o fato em estudo não trata de casuísmo ou privatismo, que desinteressam por completo ao Direito Criminal voltado para o Estado Social e Democrático de Direito.

Submeter o cidadão à estigmatização do processo penal, colocando em xeque seu *status libertatis* em face de condutas irrelevantes (sob o aspecto da coletividade com um todo), colide frontalmente com o ideário de liberdade que fundamenta o Estado Brasileiro. A tipicidade, nestes casos, e até mesmo por razões de Política Criminal, deve ser excluída.

5.2 Ausência de bem jurídico-penal a ser protegido

Como já dissemos, o ponto de partida comum ao legislador e ao operador do Direito, ao tratarem o fato social de interesse criminal, é o bem jurídico. Todo o tipo de crime tem por objetivo proteger os significados de valor eleitos em dado momento histórico como dignos desta tutela.

A norma penal não é simples preceito comportamental ou ético. Não é um fim em si mesma, visando unicamente à proteção da própria norma. Ao revés, a lei penal visa a colocar a salvo os interesses maiores da coletividade, os quais não se encontram suficientemente protegidos por outros meios.

O Estado Democrático não admite a criação de leis penais destinadas a fiscalizar condutas meramente comportamentais desvinculadas de bens jurídico-

(38) Op. cit., p. 38, grifos nossos.

penais. A criação e a fiscalização de padrões deontológicos ou religiosos não são tarefas do Direito Penal.

Apresenta-se sumamente necessário estudar o caso concreto à luz do objeto de proteção da norma. A ação ou a omissão praticadas consubstanciarão injusto punível não por infringirem a lei, mas por lesarem ou colocarem em risco o bem jurídico objeto de proteção. Dessa maneira, apresenta-se contrário aos princípios fundamentais de liberdade, igualdade e pluralismo que alicerçam o Estado Brasileiro a criminalização de condutas inaptas a lesionarem ou efetivamente colocarem em perigo determinados bens jurídicos, a exemplo do que ocorre com os crimes de mera conduta. Referidos princípios não se coadunam à pronta e imediata repressão ao simples porte de substância estupefaciente (art. 16, Lei 6.368/76). A criação dos chamados crimes de mera conduta é medida largamente adotada em Estados totalitários, cujo objetivo não é outro senão restringir o âmbito de liberdade do cidadão como medida voltada à proteção da manutenção do poder nas mãos de poucos. Ao superar o último regime de exceção (1964-1983), a sociedade brasileira demonstrou que não mais se compatibiliza com este modelo de Estado. Resta, então, a necessidade de excluir a tipicidade do fato praticado em desacordo com a lei, porém incapaz de atingir o objeto de proteção desta.

5.3 Adequação social da conduta

Welzel, em seu primeiro tratado sobre a parte geral do Código Penal alemão ("Studien zum System des Strafrechts", Berlim, 1939), de forma pioneira, posicionou a adequação social junto ao tipo, como elemento necessário ao juízo da tipicidade.[39] Escreveu que "a ação (...) continua sendo uma abstração (...) se não for concebida *como fenômeno de significação social*, como ação no âmbito social da vida"[40] e por isso "não existem conceitos típicos jurídico-penais, nem sequer os descritivos como, por exemplo, matar, lesionar, danificar, que sejam conceitos causais de lesões causais a algum bem jurídico, *mas conceitos sociais de relação e de significação, i.e., conceitos cujo conteúdo de sentido se desprende de sua função no todo social*".[41] Entendia, dessa forma, que o fato de interesse penalístico deve ser estudado dentro do contexto social em que veio a lume, e que todo comportamento realizado no âmbito do socialmente adequado (ou permitido socialmente) não perfazia o tipo penal, excluindo-se, então, a tipicidade.

A teoria angariou opositores, os quais posicionaram a adequação social na antijuridicidade, outros na culpabilidade, e outros a mantiveram na tipicidade,

(39) Apud CANCIO MELIÁ, "La teoria de la adecuación social en Welzel". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 46/698, Madri: jan.-abr. 1993.

(40) Apud BUSTOS RAMIREZ e HORMAZABAL MALAREE. "Significación social y tipicidad". *Doctrina Penal* 3/544, Buenos Aires, 1980, grifos nossos.

(41) Idem, ibidem.

não faltando quem a analisasse como elemento preliminar a esta. Até mesmo *Welzel* reviu seu posicionamento, colocando-a, em uma segunda fase, na antijuridicidade, e, por derradeiro, dizendo tratar-se apenas de critério hermenêutico orientador da interpretação da lei.[42]

Permitimo-nos, entretanto, discordar das teses opostas e ratificar a posição da adequação social dentro do juízo de tipicidade. Com efeito, a natureza democrática e legalista do Estado ora tratado, aliada ao caráter de *ultima ratio* e fragmentariedade do Direito Penal, apenas e tão-somente autoriza a segregação corporal para fazer frente a ofensas indebeláveis por outros mecanismos sociais. Sob esse ponto de vista, a intervenção penal não se justifica, chegando mesmo a ofender a ordem constitucional, em face dos comportamentos socialmente permitidos ou tolerados.

Não se pode olvidar que as relações sociais são dinâmicas, modificando-se com o passar dos tempos. Perdem-se as amarras com o passado, fazendo repensar atitudes e posturas, permitindo-se o que dantes não era e proibindo-se o que até então era admitido. A legislação penal, em especial as codificações, não se modificam com a mesma velocidade segundo a qual o faz a sociedade (e é positivo que assim seja, a fim de evitarem-se reformas oportunistas). As novas proibições levam tempo para se cristalizar nos estatutos criminais, e as permissões (i.e., a revogação das proibições) levam ainda mais tempo.

Surge, então, a problemática seguinte: conquanto expressamente proibido por lei, o comportamento passa a ser socialmente tolerado, criando-se formas alternativas e eficientes de solucionar eventuais conflitos. Ora, não é demais dizer que a lei penal não se revoga pelo desuso. Então, o que resta fazer?! O Estado Social de Direito, de matiz democrática, não se compadece com o sacrifício desnecessário dos valores fundamentais liberdade e dignidade humana postos a perigo.

É de se ter presente que o Direito Penal serve como instrumento de liberdade e de pacificação social, e não como aparato contrário a ditos valores. A função de proteção a bens jurídicos é colocada a serviço da harmonização social. Dessa maneira, "se um comportamento, apesar de danificar bens, não os defrauda, *e isto porque sua aceitação se converteu em costume*, ele somente é contraditório se partir-se de uma visão 'policial' de segurança dos bens".[43]

A teoria da adequação social surge como efetiva válvula de escape, verdadeira tábua de salvação da estrutura estatal e social. Ante condutas socialmente adequadas, ao operador do direito compete reconhecer a carência de tipicidade (porque lhe falta elemento de fundo, i.e., material). Assim nos parece, de exem-

(42) Apud CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 701-702; e BUSTOS RAMIREZ e HORMAZABAL MALAREE, op. cit., p. 544-545.

(43) JAKOBS, citado por CANCIO MELIÁ em "La teoria de la adecuación social en Welzel". *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madri, jan.-abr. 1993, p. 709, grifos nossos.

plo, que as espécies adultério, sedução, presunção de estupro em função da menoridade etc. constituem comportamentos tolerados pela sociedade em função das transformações sofridas no comportamento sexual do povo brasileiro nos últimos sessenta anos. A significação de referidas condutas na década de 40 é completamente diferente da de hoje, pois naquela época semelhantes fatos agrediam costumes de há muito arraigados na sociedade de então, sendo de toda forma inadmissíveis. Por certo, a comunidade social dos dias atuais não se vê mais agredida como outrora diante de condutas que tais. A aceitação, pela sociedade, dessas condutas afasta a carga valorativo-negativa estampada nos modelos estanques capitaneados na lei (tipo penal), rechaçando a possibilidade de se identificar o fato concreto com o paradigma normativo, i.e., excluindo a tipicidade.

5.4 Risco permitido

Como desdobramento da teoria da adequação social, a teoria do risco permitido se torna justificação necessária a várias condutas rotineiramente levadas a efeito nas interações sociais. Contudo, a especificidade do tema exige discussão apartada.

No âmbito da exclusão da tipicidade encontramos, não obstante, aquelas condutas que, mesmo pondo em perigo bens jurídicos, são permitidas ou toleradas. Cuida-se, pois, das ações que realizam um risco socialmente permitido, tolerado pelo meio comunitário. São todas aquelas condutas que, mesmo pondo em risco bens jurídicos consagrados, contribuem de alguma forma para a manutenção do moderno convívio humano. De exemplo, é permitido o risco inerente ao tráfego viário (que pode ceifar vidas, lesionar pessoas e danificar coisas de valor econômico), às atividades industriais e comerciais prenhes de insalubridade (tanto assim que as Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho disciplinam seu limite de tolerância, tendo em vista que degradam, ou simplesmente acabam, com a vida e a saúde do trabalhador), e a certas atividades do desporto (boxe, automobilismo etc.).

Em todos estes casos a conduta não se afeiçoa ao modelo disposto no tipo porque lhe falta a reprovabilidade social, elemento necessário à caracterização da tipicidade objetiva. E nem poderia ser de outra forma, haja vista a natureza plural e liberal conferida à sociedade brasileira pela Carta Constitucional. Não há como conciliar os bens maiores pluralismo e liberdade (como corolários do Estado Democrático de Direito) dentro de uma mesma sociedade senão lançando mão do risco permitido.

6. Conclusão

A Constituição de um povo representa bem mais que um simples apanhado de regras e normas a serem obedecidas. É, antes de mais nada, a real expressão de vontade da sociedade organizada, delimitando a atuação do Estado e dos

particulares, aglutinando os interesses, as necessidades e as aspirações dessa mesma sociedade.

Ora, se a sociedade relaciona as diretrizes, os valores maiores e mais preciosos na Constituição (tais como a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento social etc.), é imperativo que todo o sistema normativo se curve a ditos valores, sob pena de a Carta não ser mais do que mero ornamento.

O Direito Penal serve à sociedade como instrumento de pacificação e harmonização ao convívio coletivo. Sua função, segundo visão da moderna doutrina penal, é a preservação de bens jurídicos. Estes, por sua vez, encontram sua fonte na Magna Carta Estatal. A Constituição, enquanto expressão primeira da vontade popular, deve irradiar seus valores por todos os campos do agir humano, atingindo, destarte, o Direito. Neste passo, ao tolher as mais elementares prerrogativas de convivência comunitária do ser humano (*e.g.*, liberdade e dignidade humana), o ramo Penal do Direito deve estar em perfeita sintonia com as orientações valorativas da *Suma Lex*.

No atual estágio de desenvolvimento, a sociedade não deve observar o Direito Penal senão como instrumento de proteção às prerrogativas mais elementares do cidadão, exercido em benefício da liberdade, da manutenção da paz, da harmonia, da igualdade, dignificando o ser humano.

A lei, contudo, muitas vezes é falaciosa, contendo erros ou enviando o intérprete a conclusões equivocadas. É mister, então, sua análise mais detida e aprofundada, de molde a evitarem-se tais erros. Atente-se para a sistemática da norma penal, que adota o método consistente em descrever as condutas proibidas mediante a enunciação de tipos de crimes.

Observamos que, não raras vezes, a forma exterior da ação ou omissão praticadas identifica-se com o modelo estanque previsto na lei criminal. Entrementes, o Direito Penal aplicado no seio do Estado Social e Democrático de Direito, que põe em destacada posição os valores liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, não pode se limitar à mera semelhança aparente de condutas, cerceando e tolhendo os mais elementares direitos dos cidadãos por força de condutas de intuito e profundidade criminais duvidosos.

Surge, assim, a necessidade de examinar o conteúdo e a dimensão do fato de interesse penalístico. Para configurar crime o ato deve gozar de relevância social, i.e., atentar contra bens jurídicos comuns à coletividade, e não a restrito círculo de pessoas; tal conduta deverá estar na contra-mão de tudo quanto a sociedade admita como permitido, ou ao menos tolere, de modo que seja necessário debelar esse agir, e que isso apenas se torne viável por meio da segregação penal; sempre lembrando que a ação ou a omissão apenas terão interesse penal quando lesionarem ou colocarem em perigo bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

Enunciamos, por conseguinte, que somente haverá crime ante condutas socialmente desaprovadas, que tenham relevo social e danifiquem bens jurídicos,

e, ainda, que se desenvolvam fora do âmbito do risco permitido. A carência de algum desses elementos leva à exclusão da adequação típica da conduta.

A teoria da exclusão da tipicidade se destina à aplicação de um Direito Penal mais coerente com a Constituição Federal, mais humano, mais dignificante e mais igualitário. Somos, na atualidade, vitimados por inflação legislativo-penal capaz de contribuir somente para o descrédito do sistema repressivo. O que se precisa, com efeito, é de um conjunto de leis penais mais sucinto, lógico, congruente, apto a ser aplicado na integralidade e com efetividade.

Já é tempo de varrermos todo o resquício de autoritarismo fascista do sistema legal brasileiro, órfão de efetiva reforma capaz de pôr termo às arbitrariedades praticadas sob o manto da lei.

Houve bons influxos com a edição da Lei 9.099/95, que pôs ao largo (mediante tratamento judicial especificamente simplificado) vasta gama de condutas, no mais das vezes, desmerecedoras de maior atenção do sistema criminal. Porém ainda assim urge seja estreitada a percepção dos valores sociais vigentes na efetiva prática do Direito Criminal.

Figuras de relevância social questionável, muito mais assemelhadas ao exercício de casuísmos; condutas regularmente toleradas pela sociedade; fatos que nem sequer arranham bens jurídico-penais; todos esses casos merecem a desatenção do Direito Repressivo.

É de se ter sempre em mente que a má utilização das normas penais, quer seja pela inflação legislativa, quer seja pela conseqüente ineficiência ou injustiça do sistema judiciário, milita em desfavor do sistema penal, que se verá mais e mais desacreditado. Surge, então, a expansão da criminalidade, vez que o delinqüente agirá acoberto pela impunidade, restando apenas o cidadão de bem a sofrer os destemperos do sistema punitivo.

A exclusão da tipicidade vem com propósito de evitar erros, abusos e arbitrariedades, revitalizando o ideal de justiça material e contribuindo verdadeiramente para manutenção da harmonização social.

A realização do ideal de Justiça a partir das diretrizes, proposições e imposições do Direito é tarefa das mais árduas e, talvez por isso, das mais importantes e edificantes atribuições do jurista. Concretizar valores ideais no seio de uma comunidade cada vez mais individualista, pragmática e imediatista exige muita perseverança e dedicação.

Urge que o operador do Direito espraie seu olhar por todos os setores do conhecimento humano, detendo-se não só nos litígios e controvérsias, porém vivenciando as experiências de transformação do corpo social, com especial atenção aos costumes do povo.

O Direito Penal não pode, ante pena de fazer ruir a base do Estado, ser visto como algo estanque e longínquo da comunidade. É, antes de mais nada, instrumento desta comunidade, existindo para servi-la, e não para servir-se dela.

No início do novo milênio, é desesperadoramente necessário valorizar, acima de todas as coisas, a pessoa humana, não apenas de maneira formal, mediante prescrições legais, mas a fundo, fazendo valer os ideais maiores eleitos pelo povo. Já é tempo de efetivar os princípios de igualdade, liberdade, dignidade e desenvolvimento social coletivo e individual. Já é tempo de restringir a utilização da pena criminal somente àquelas condutas socialmente execráveis, que exponham a perigo bens jurídicos de relevo coletivo inquestionável.

Bibliografia

BARATTA, Alessandro. "Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico". *RBCCrim* 5, São Paulo, jan.-mar. 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan e HORMAZÁBAL MALARÉE, Hérnan. "Significación social y tipicidad". *Doctrina Penal* 3, Buenos Aires, 1980. 3.

CALLEGARI, André Luis. "A imputação objetiva no direito penal". *RBCCrim* 30, São Paulo, abr.-jun. 2000.

CANCIO MELIÁ, Manuel. "La teoría de la adecuación social en Welzel". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 46, Madri, jan.-abr. 1993.

CUELLO, Joaquin. "Pressupostos para una teoria del bien juridico protegido en derecho penal". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 35, Madri, maio-dez. 1981.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "La contextualizacíon del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista". *San Ciencias Penales* 15, José da Costa Rica, dez. 1998.

DOLCINI, Emilio. MARINUCCI, Giorgio. "Constituição e escolha de bens jurídicos". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 1-1, Coimbra, abr.-jun. 1994.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FIANDACA, Giovanni. "O bem jurídico como problema teórico e como critério da política criminal". *RT* 776, São Paulo, jun. 2000.

GONZÁLES, Carlos Suáres e CANCIO MELIÁ, Manuel. "La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva". *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* 7, Buenos Aires, 1997.

HASSEMER, Winfried. "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". *Pena y Estado* 1, Barcelona, 1991.

———. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, do original Einfuhrung in die Grundlagen des Strafrechts. Barcelona: Bosch, 1984.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hérnan. *Bien juridico y estado social y democratico de derecho – El objeto protegido por la norma penal*. 2. ed. Santiago do Chile: Conosur, 1992.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general*. 4. ed. Trad. José Luiz Manzares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

KARGL, Walter. "Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho: sobre la conexíon delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena". *La insostenible situación del derecho penal*. Ganada: Comares, 2000.

LIMA DE CARVALHO, Márcia Dometila. "Da fundamentação constitucional do direito penal e da relevância do crime econômico e ambiental". Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Teoria constitucional do direito penal.* São Paulo: RT, 2000.

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

NAVARRETE, Miguel Polaino. *El bien jurídico en el derecho penal.* Sevillha: Catolica Espanhola, 1974.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal.* Porto Alegre: Safe, 1989.

PORFÍRIO, Geórgia Bajer de Freitas e FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. "Valores em conflito na constituição". *Revista do Advogado* 53, São Paulo, out. 1998.

POVEDA PERDOMO, Alberto. "Fundamentación material del injusto: entre el derecho penal protector de bienes jurídicos y el derecho penal defensor de la vigencia de la norma". *Actualidad Penal* 21, Madri, maio 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* São Paulo: RT, 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general.* Trad. da 2. edição. Madri: Civitas, 1997. t. I.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal". *Pena y Estado* 1, Barcelona, 1991.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán – Parte general.* 11. ed. Santiago: Jurídica del Chile, 4. ed. castelhana, trad. Bustos Ramirez y Sérgio Yañes Pérez, 1997.

———. *El nuevo sistema del derecho penal.* Trad. espanhola de José Cerezo Mir, 1965.

2.4

DA ESTRUTURA MORFOSSINTÁTICA DOS TIPOS PENAIS

TÚLIO LIMA VIANNA

SUMÁRIO: 1. Pressupostos metodológicos – 2. Pressupostos conceituais – 3. Breves considerações gramaticais – 4. Análise morfossintática de um tipo penal – 5. Comentários sobre a oração principal – 6. Comentários sobre a oração subordinada adjetiva restritiva – 7. Comentários sobre a oração subordinada substantiva subjetiva reduzida de infinitivo: 7.1 Dos aspectos do verbo típico; 7.2 Dos complementos do verbo típico; 7.3 Dos adjuntos adverbiais do verbo típico; 7.4 Da formação dos tipos complexos; 7.5 Do sujeito do verbo típico – 8. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: A análise da estrutura gramatical dos tipos penais é o objeto deste trabalho. Através de um estudo sistemático dos tipos do Código Penal, procurou-se traçar um paralelo entre conceitos da teoria do delito (conduta, elementos descritivos e normativos, sujeito ativo e passivo etc) e conceitos gramaticais tanto da morfologia (verbo, adjunto adverbial etc) quanto da sintaxe (sujeito, predicado, orações coordenadas e subordinadas etc).

Palavras-chave: teoria do delito; tipos penais; teoria geral da parte especial do Código Penal; morfossintaxe; língua portuguesa; interpretação literal; técnica legislativa.

1. Pressupostos metodológicos

Este é um trabalho interdisciplinar. Procuramos aqui, aplicando a técnica da análise sintática, fornecer subsídios para uma correta interpretação gramatical dos tipos penais. Para tanto, buscou-se uma análise dos elementos comuns aos tipos penais da Parte Especial do Código Penal de 1940. Todavia, as conclusões aqui apresentadas servirão perfeitamente para a análise dos tipos penais extravagantes, dadas as semelhanças das redações empregadas pelos legisladores.

Não se deve olvidar, entretanto, que o processo de interpretação gramatical é apenas um dentre tantos outros existentes. Nosso objetivo aqui é fornecer elementos para este processo de interpretação, mas cumpre frisar que o uso isolado deste método possivelmente não levará ao intérprete conclusões satisfatórias.

2. Pressupostos conceituais

Assim como a doutrina jurídica, os gramáticos, muitas vezes, divergem sobre conceitos fundamentais de sua ciência. Inicialmente cabe-nos um posicionamento em relação aos conceitos gramaticais adotados.

Para Luiz Antonio Sacconi, "frase é qualquer comunicação feita por meio de palavras. (..) Não tem, necessariamente, sentido completo, já que se dissermos apenas *sim* ou *não*, isolados de um contexto, nada representarão".[1]

Para esse mesmo autor, "oração é todo e qualquer enunciado que contém verbo ou expressão verbal"[2] Para Napoleão Mendes de Almeida, todavia, "oração é a reunião de palavras ou a palavra com que manifestamos aos nossos semelhantes, de maneira completa, um pensamento".[3]

Há dois pontos de discordância entre os autores. A presença do verbo, que é obrigatória para Sacconi, e o pensamento completo, que para Almeida é imprescindível.

Adotaremos neste trabalho um conceito pelo qual "oração é todo e qualquer enunciado que contém verbo ou expressão verbal capaz de manifestar um pensamento completo".

Esse conceito melhor se adapta às particularidades da frase típica. A presença do verbo na oração típica é uma característica comum às legislações que adotam o Direito Penal da Ação em detrimento do Direito Penal de Autor. Por outro lado, não se pode conceber uma oração típica vazia de significado. Não seria lógico admitir que o tipo penal possa ser considerado uma oração sem integridade semântica. Assim, neste trabalho analisaremos orações perfeitas do ponto de vista sintático e semântico.

3. Breves considerações gramaticais

A gramática tradicional possui inúmeras divisões. Dentre elas podemos destacar a Fonética, que estuda os sons e suas representações, a Semântica, que estuda o significado das palavras (e conseqüentemente os sinônimos, antônimos, homônimos, parônimos etc), a Morfologia, que estuda a palavra isolada do contexto da frase, e a Sintaxe, que estuda a estrutura lógica da oração.

A nós, neste trabalho, interessará principalmente o estudo da Sintaxe e, subsidiariamente, o da Morfologia.

A classificação morfológica das palavras pode ser encontrada em qualquer dicionário naquelas famigeradas abreviaturas que antecedem a definição do

(1) SACCONI (1990), p. 280.
(2) SACCONI (1990), p. 283.
(3) ALMEIDA (1995), p. 407.

vocábulo e que a maioria das pessoas simplesmente desprezam. Isso é possível, pois tal classificação independe de contexto.

A morfologia classifica as palavras em: substantivos (os seres, as coisas), verbos (ação, estado, fenômeno), adjetivos (características dos substantivos), advérbios (características de verbos, adjetivos e outros advérbios), artigo (individualizador ou generalizador do substantivo), pronomes (substitutos dos substantivos ou dos adjetivos), preposições (conectivo de palavras), conjunções (conectivo de orações ou termos de mesma função sintática) e interjeições (emoção ou sentimento repentino).

A sintaxe classifica os elementos das orações em: sujeito (sobre quem se declara algo) e predicado (a declaração).

Os elementos do sujeito são: núcleo (substantivo ou pronome substantivo), adjunto adnominal (termo não preposicionado que caracteriza nomes ou, se preposicionado, que caracteriza substantivos concretos) e complemento nominal (termo sempre preposicionado que caracteriza substantivos abstratos, adjetivos e advérbios).

Os elementos do predicado são: núcleo (nos predicados verbais e verbo-nominais, um verbo com significado e, nos predicados nominais, o predicativo), objeto direto (termo não preposicionado que sofre a ação verbal), objeto indireto (termo preposicionado que sofre a ação verbal), adjunto adverbial (circunstância da ação verbal, podendo ser de tempo, lugar, modo etc), predicativo (adjetivo ou termo de valor adjetivo unido a um substantivo por um verbo) e também o adjunto adnominal e complemento nominal.

Por fim, vale lembrar que cada um desses elementos da oração pode aparecer na forma de uma única palavra ou como outra oração. *Verbi gratia:*

Direito Penal é importante (sujeito *Direito Penal*); *É importante que você estude Direito Penal* (sujeito *que você estude Direito Penal*).

O juiz julgou a causa (objeto direto *a causa*); *O juiz julgou que o réu era inocente* (objeto direto *que o réu era inocente*).

Este tipo de oração que funciona como um termo sintático de outra oração recebe o nome de oração subordinada (que será subjetiva, se for sujeito, objetiva direta, se objeto direto e assim sucessivamente). A oração que possui outra oração como seu termo sintático, por sua vez, recebe o nome de oração principal.

As orações subordinadas, podem ser desenvolvidas ou reduzidas (com o verbo em uma de suas formas nominais). *Verbi gratia:*

Quando disse isto, saiu. (oração subordinada adverbial temporal desenvolvida: *quando disse isto*; oração principal: *saiu*).

Dizendo isto, saiu. (oração subordinada adverbial temporal reduzida de gerúndio: *dizendo isto*; oração principal: *saiu*).

As orações subordinadas não possuem integridade semântica (sentido completo) e só possuem existência perfeita como termo sintático da oração principal.

Analisemos a seguinte oração: *Convencer alguém.*

Obviamente, esta oração não possui sentido completo. Faltam-lhe dois elementos que completem-lhe o significado. O primeiro deles é o objeto indireto, pois quem convence, convence alguém a algo ou de algo. Melhor ficaria a oração então: *Convencer alguém a cantar.*

A oração continua sem sentido completo. Imaginemos alguém chegando para um amigo e falando: *Convencer alguém a cantar.*

Naturalmente este amigo indagaria o que ele deseja dizer com esta oração que pode ser interpretada de várias formas: *Gostaria de convencer alguém a cantar; não descansarei até convencer alguém a cantar; é necessário convencer alguém a cantar (convencer alguém a cantar é necessário).*

Em todas as frases acima, a oração *convencer alguém a cantar* é parte de uma oração maior com sentido completo.

No primeiro exemplo a oração funciona como objeto indireto da oração principal. No segundo, como adjunto adverbial de tempo. E, no último, como sujeito.

A oração *convencer alguém a cantar* é uma oração subordinada substantiva subjetiva reduzida de infinitivo. É subordinada, pois não tem existência (nem sintática, nem semântica) isolada da oração principal. É substantiva, pois poderia ser perfeitamente substituída por um substantivo ou pronome substantivo (*v.g. isso*). É subjetiva, pois funciona como sujeito da oração principal. E, por fim, é reduzida de infinitivo, pois em vez de possuir uma estrutura típica de *sujeito + verbo conjugado* (ex: ele convença) traz tão somente o verbo no infinitivo. Se desenvolvermos as subordinadas teremos:

Gostaria que eu (ele) convencesse alguém a cantar.

Não descansarei até que eu (ele) convença alguém a cantar.

É necessário que eu (ele) convença alguém a cantar.

4. Análise morfossintática de um tipo penal

Iniciaremos nosso estudo analisando o tipo do art. 121 do CP, que estabelece em seu *caput*:

"Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos."

Conforme visto, a simples oração *Matar alguém* não significa nada isoladamente. Portanto a leitura do tipo do art. 121 do CP deve ser:

Matar alguém é fato típico cuja pena varia de seis a vinte anos de reclusão.

Acrescentando-se simplesmente a expressão *é fato típico* completou-se o sentido da oração tornando possível sua análise morfossintática. Temos, pois, uma oração principal e duas orações subordinadas:

Oração principal: *é fato típico*

Oração subordinada substantiva subjetiva reduzida de infinitivo: *matar alguém*

Oração subordinada adjetiva restritiva: *cuja pena varia de seis a vinte anos de reclusão.*

Analisando isoladamente cada uma das orações, temos:

Oração principal com predicado nominal. Verbo de ligação *ser* na terceira pessoa do singular do presente do indicativo (*é*). O predicativo do sujeito (*matar alguém*) é a expressão *fato típico*. O núcleo do predicativo é o substantivo *fato*.

A oração subordinada substantiva subjetiva reduzida de infinitivo tem como núcleo do predicado verbal o verbo *matar* que é transitivo direto. *Alguém* é um pronome indefinido que funciona na frase como objeto direto do verbo *matar*.

A oração subordinada adjetiva restritiva tem como sujeito a expressão *cuja pena*. O núcleo do sujeito é o substantivo *pena* que tem como adjunto adnominal o pronome relativo *cujo*. O núcleo do predicado é o verbo intransitivo *variar* na terceira pessoa do singular do presente do indicativo (*varia*) e tem como adjunto adverbial de limitação a expressão *de seis a vinte anos*. A expressão *de reclusão* é complemento nominal do adjunto adverbial de limitação.

5. Comentários sobre a oração principal

A oração principal *é fato típico* não aparece expressamente nos tipos penais e quanto a ela cabem algumas observações importantes.

Primeiramente há que se justificar o uso dessa expressão como integrante dos tipos penais, já que ela não aparece expressamente redigida. Ocorre nos tipos penais uma figura de linguagem denominada elipse. Elipse [do gr. *élleipsis*, 'omissão', pelo lat. *ellipse*.] é a omissão deliberada de palavra(s) que se subentende(m), com o intuito de assegurar a economia da expressão[4] Um exemplo claro deste fenômeno é o adjetivo *catedral* que é tomado muitas vezes por substantivo pela presença da elipse do substantivo *igreja*. Assim na frase *A catedral estava cheia* o que se diz é *A (igreja) catedral estava cheia*. Do contrário estaríamos admitindo um adjetivo como núcleo do sujeito, hipótese impossível no vernáculo.

Nos tipos penais ocorre fenômeno análogo. O enunciado *Matar alguém*, por si só, é vazio de conteúdo e não diz nada. Imaginemos a figura de uma pessoa que chega para um grupo de amigos e diz *Matar alguém.* Os amigos perguntarão: *Você quer matar alguém? Você precisa matar alguém? Você quer que nós matemos alguém?* A mesma cena tornar-se-ia, no entanto, cristalina se a pessoa dissesse: *Matar alguém é crime.*

(4) FERREIRA (1999).

Pelo exposto, está claro que todos os tipos penais possuem uma oração elíptica. Note-se ainda que a oração elíptica é a oração principal do período. Menos pacífica, no entanto, é a redação ideal desta oração subentendida.

A maioria da doutrina nacional, que defende a tricotomia do delito em ação típica, antijurídica e culpável, há de concordar conosco que a melhor redação a ser dada a essa oração seria *é fato típico*, pois aqui só há referência ao primeiro elemento do delito.

Todavia, para os defensores da Teoria do Tipo Total do Injusto a redação do período elíptico é um pouco mais complexa devendo ficar assim: *é fato típico, se o agente não estiver agindo em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal.*

Para estes doutrinadores o tipo possui além dos elementos cognoscitivo e volitivo, o elemento axiológico. Assim, o fato só será típico, se não estiver acobertado por uma das causas de exclusão da antijuridicidade. Daí a inclusão da oração subordinada adverbial condicional no período elíptico comum aos tipos penais.

Como corolário desta tese, a consagrada tricotomia do crime em fato típico, antijurídico e culpável seria substituída pela dicotomia em fato típico (e, com a presença da subordinada adverbial condicional subentendida, conseqüentemente antijurídico) e culpável. O tipo do *caput* do art. 121 do CP assim deveria ser lido: *Matar alguém é um fato típico, se o agente não estiver agindo em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal, cuja pena varia de seis a vinte anos de reclusão.*

Não há como negar que do ponto de vista morfossintático é perfeitamente admissível essa tese. O problema é que do ponto de vista gramatical também seria admissível dizer que o período elíptico deveria ter a seguinte redação: *é fato típico, se o agente não estiver agindo em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal e for imputável, puder conhecer a ilicitude de seu ato e dele for exigível conduta diversa.*

A oração subordinada adverbial condicional passaria então a ser um período composto por coordenadas sindéticas aditivas. A primeira: *se o agente não estiver agindo em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal*, a conjunção aditiva *e* e a segunda coordenada: *for imputável, puder conhecer a ilicitude de seu ato e dele for exigível conduta diversa* (que também seria uma subordinada adverbial condicional). Por esta redação, o fato típico seria então necessariamente ilícito e culpável.

Fogem aos objetivos deste trabalho considerações mais profundas a respeito da Teoria do Delito. Só desejamos demonstrar aqui que efetivamente há um período elíptico nos tipos penais. Queremos deixar claro que, do ponto de vista morfossintático, há inúmeras variantes de redação perfeitamente possíveis desta oração. Não cabe à gramática, mas aos doutrinadores que estudam a Teoria do

Delito, esclarecer qual a redação dessa oração subentendida. Certo é que, sejam quais forem suas opções, sempre encontrarão sustentáculo na língua para suas teses.

Nos limites deste texto seguiremos a orientação da doutrina nacional majoritária e tomaremos como pressuposto que a oração principal elíptica dos tipos penais é tão somente *é fato típico*.

Os delitos subsidiários, que devem ser absorvidos por outro crime mais grave, quando constituem elemento deste, vêm, muitas vezes, acompanhados de orações subordinadas adverbiais condicionais como: *se o fato não constitui crime mais grave* (art. 132, art. 238, art. 239, art. 314, art. 325, art. 337), *se o fato não constitui elemento de outro crime* (art. 249), *se o fato não constitui elemento de crime mais grave* (art. 307), *se o fato não constitui crime contra a economia popular* (art. 177, § 1.º).

As orações subordinadas adverbiais condicionais também são freqüentemente usadas para indicar as formas culposas (*v.g.* art. 121, § 3.º, art. 129, § 6.º etc.), os delitos qualificados (*v.g.* art. 121, § 2.º, art. 129, § 1.º e 2.º etc.), as causas de aumento (*v.g.* art. 122, par. ún., art. 129, § 7.º etc.) e de diminuição de pena (v.g. art. 121, § 1.º, art. 129, § 4.º etc.).

6. Comentários sobre a oração subordinada adjetiva restritiva

A oração subordinada adjetiva restritiva (*cuja pena varia de x a y de reclusão/detenção*), assim como a oração principal (*é fato típico*), também é comum a todos os tipos da parte especial do Código Penal, só variando o adjunto adverbial de limitação.

A subordinada adjetiva restritiva pode, no entanto, vir acrescida de uma coordenada aditiva (*e multa*) ou de uma coordenada alternativa (*ou multa*). No primeiro caso, a pena de multa é aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, enquanto que, no segundo, a multa é aplicada alternativamente nos casos em que a sanção do tipo permite ao juiz escolher entre a pena privativa de liberdade e a pena pecuniária.[5]

No art. 180.º, § 1.º o legislador acrescenta uma segunda oração coordenada alternativa (*ou ambas as penas*) dando ao magistrado a possibilidade de aplicar qualquer das penas isoladamente ou ainda aplicá-las em conjunto.

O concurso de crimes é previsto expressamente no Código Penal com o uso do adjunto adverbial de acréscimo *além da pena correspondente à violência* (art. 140, § 2.º, art. 150, § 1.º, art. 163 par. ún., IV e art. 197, I e II, art. 198, art. 199, art. 200, art. 203, art. 204, art. 227, § 2.º, art. 228, § 2.º, art. 230, § 2.º, art. 335, art. 344, art. 345, art. 352, art. 353, art. 354 e art. 358).

(5) DELMANTO (1998), p. 91.

Os delitos subsidiários, que devem ser absorvidos por outro crime mais grave, quando constitui elemento deste, vêm, muitas vezes, acompanhados de orações subordinadas adverbiais condicionais como: *se o fato não constitui crime mais grave* (art. 132, art. 238, art. 239, art. 314, art. 325, art. 337), *se o fato não constitui elemento de outro crime* (art. 249), *se o fato não constitui elemento de crime mais grave* (art. 307), *se o fato não constitui crime contra a economia popular* (art. 177, § 1.°).

As orações subordinadas adverbiais condicionais também são freqüentemente usadas para indicar as formas culposas (*v.g.* art. 121, § 3.°, art. 129, § 6.° etc.), os delitos qualificados (*v.g.* art. 121, § 2.°, art. 129, § 1.° e 2.° etc.), as causas de aumento (*v.g.* art. 122, par. ún., art. 129, § 7.° etc.) e de diminuição de pena (*v.g.* art. 121, § 1.°, art. 129, § 4.° etc.).

7. Comentários sobre a oração subordinada substantiva subjetiva reduzida de infinitivo

Não há nada mais característico na frase típica penal do que o verbo no infinitivo. Nela, o legislador brasileiro fez uma clara opção pelo direito penal da ação em detrimento de um direito penal de autor. O princípio do *nullum crimen sine conducta* é uma garantia jurídica elementar e o verbo típico é a manifestação clara e inequívoca desta garantia.

7.1 Dos aspectos do verbo típico

Um interessante tópico da gramática, muitas vezes negligenciado em nossos liceus, é o que trata dos aspectos verbais.

Aspecto é a duração do processo verbal. Ao aspecto interessa a noção de início, curso, fim ou mesmo um instante da ação verbal. Há verbos que exprimem ação de longa duração (*viajar*, *viver*, *trabalhar*) e verbos que exprimem ação de curta duração (*explodir*, *estourar*, *acordar*).[6]

Por outro lado, no estudo do Direito Penal faz-se a distinção entre crimes instantâneos e crimes permanentes.

Crimes instantâneos são os que se completam num só momento. A consumação se dá num determinado instante, sem continuidade temporal.

Crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo. O momento consumativo se protrai no tempo.

Crimes instantâneos de efeitos permanentes são os crimes em que a permanência dos efeitos não depende do agente. São crimes instantâneos que se caracterizam pela índole duradoura de suas conseqüências.[7]

(6) SACCONI (1990), p. 201.

(7) JESUS (1985), p. 171.

Vejamos então os principais aspectos do processo verbal e sua relação com a classificação *supra* dos delitos:

1) pontual ou momentâneo: O processo é instantâneo, súbito. Não se analisa aqui seu resultado. Exemplo: *espirrar*, *olhar*, *sair* etc. É o aspecto verbal dos crimes instantâneos (mais especificamente dos delitos formais e delitos de mera conduta). Exemplo: *caluniar* (art. 138) e *ameaçar* (art. 147) – delitos formais – *entrar* (art. 150) e *desobedecer* (art. 330) – ambos delitos de mera conduta.

2) durativo, cursivo ou progressivo: O processo está em desenvolvimento, isto é, continua depois que inicia. Exemplo *dormir*, *existir*, *morar*, *saber* etc. É o aspecto verbal dos crimes permanentes. Exemplo: *permanecer* (art. 150) e *manter* (art. 229).

3) permansivo: O processo terminou, mas seus resultados continuam por determinado tempo. Exemplo: *adoecer*, *aprender*, *castigar*, etc. É o aspecto verbal dos crimes instantâneos de efeitos permanentes. Ex.: *matar* (arts. 121 e 123), *destruir* (arts. 163, 165, 211, 255, 305 e 346) e *apropriar* (arts. 168, 169, 312 e 313).

Vale analisar ainda mais dois aspectos nos quais encontramos interessantes relações com o Direito Penal:

1)incoativo ou inceptivo (o processo começa). Exemplo: *brotar*, *decolar*, *nascer*. É o aspecto de todos os tipos cujo núcleo é o verbo *induzir* (arts. 122, 216, 227, 228 e 248).

2) conclusivo ou cessativo (o processo termina). Exemplo: *acabar*, *acordar*, *chegar* etc. É o aspecto dos tipos penais omissivos. Exemplo: *abandonar* (arts. 133 e 323) e *deixar* (arts. 135, 164, 243, 244, 246, 269 e 320).

Estudado o núcleo do tipo, analisemos agora seus complementos.

7.2 Dos complementos do verbo típico

Denomina-se *objeto* o termo que complementa o sentido do verbo. Na verdade, o *objeto* é o ser que sofre a ação verbal. Será ele *direto* se estiver unido ao verbo diretamente (sem necessidade de preposição) e será ele *indireto* se estiver unido ao verbo por uma preposição.

O estudo da relação dos verbos com seus complementos denomina-se *Regência Verbal*. Assim temos *verbos intransitivos* (não exigem complemento), *transitivos diretos* (exigem um complemento não preposicionado), *transitivos indiretos* (exigem um complemento preposicionado) e *bitransitivos* (exigem dois complementos: um preposicionado e outro não).

Os verbos típicos são em sua grande maioria *transitivos diretos*: *destruir* (arts. 163, 165, 211, 255, 305, 346), *falsificar* (arts. 289, 293, 296, 297, 298, 306), *subtrair* (arts. 155, 156, 157, 211, 249, 257, 337), *inutilizar* (arts. 163, 165, 255, 257, 336, 337, 356).

Em seguida aparecem os *bitransitivos*: *constranger* (arts. 146, 158, 197, 198, 199, 213, 214), *ameaçar* (arts. 147), *privar* (arts. 148), *oferecer* (arts. 333, 343).

Raros são os casos de *transitivos indiretos*: *abusar* (arts. 152, 173, 174) e não há verbo típico *intransitivo* em nosso Código Penal.

Os objetos do verbo típico referem-se principalmente ao objeto material (*coisa alheia móvel*, art. 155) ou ao sujeito passivo do delito (*alguém*, art. 121).

Freqüentemente o objeto indireto dos verbos típicos bitransitivos é uma oração subordinada reduzida de infinitivo: *constranger a*: *não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda* (art. 146), *fazer, tolerar...* (art. 158), *exercer ou não exercer...* (art. 197), *celebrar contrato...* (art. 198), *participar ou deixar de participar...* (art. 199), *(manter) conjunção carnal...* (art. 213), *a praticar ou permitir...* (art. 214); *induzir a*: *suicidar-se...* (art. 122), *a praticar ou permitir que...* (art. 216), *a satisfazer a lascívia de outrem* (art. 227), *a fugir...* (art. 248).

Por sua vez, os complementos verbais freqüentemente vêm acompanhados de adjuntos adnominais, que são adjetivos ou termos de valor adjetivo que funcionam em geral como elementos normativos do tipo penal: *ato libidinoso* (arts. 214, 216), *mulher honesta* (arts. 215, 216, 219), *vantagem indevida* (arts. 316, 317, 333), *documento público* (arts. 297, 299, 305), *documento particular* (arts. 298, 299, 305).

Um mesmo substantivo pode ser caracterizado por diversos adjuntos adnominais, gerando, pois, elementos normativos diversos. Tomemos o exemplo do substantivo *coisa*: *coisa alheia móvel* (arts. 155, 157, 168), *coisa comum* (art. 156), *coisa imóvel alheia* (art. 161), *coisa alheia* (arts. 163, 169), *coisa tombada pela autoridade competente* (art. 165).

7.3 Dos adjuntos adverbiais do verbo típico

Vimos que todo tipo penal possui ao menos um núcleo constituído de um verbo. Porém, nem sempre a conduta em si é crime. Muitas vezes são as circunstâncias (de modo, meio, finalidade, tempo, lugar etc.) que tornam a conduta penalmente punível.

Recrutar trabalhadores é uma conduta humana atípica. Porém, se realizada *mediante fraude* (circunstância de meio) e *com o fim de levá-los para território estrangeiro* (circunstância de fim) torna-se típica.

Estas circunstâncias da conduta típica são seus adjuntos adverbiais que podem ser classificados como:

Adjunto adverbial de modo: o mais freqüente nos tipos penais: *clandestina ou astuciosamente* (art. 150), *indevidamente* (art. 151), *falsamente* (art. 185), *publicamente* (arts. 208, 286, 287).

São também de modo aqueles nos quais aparece a preposição *sem*: *sem o consentimento da gestante* (art. 125), *sem consentimento de quem de direito* (art. 164), *sem dispor de recursos para efetuar o pagamento* (art. 176), *sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites* (art. 282), *sem autorização* (art. 324), *sem as formalidades legais ou com abuso de poder* (art. 350).

A maioria das circunstâncias adverbiais de modo, no entanto, são representadas em nosso Código Penal por orações subordinadas adverbiais modais reduzidas de gerúndio: *imputando-lhe falsamente fato definido como crime* (art. 138), *imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação* (art. 139), *ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro* (art. 140), *abusando da situação de alguém* (art. 160), *induzindo ou mantendo alguém em erro* (art. 171), *alienando desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas* (art. 179), *praticando violência contra a pessoa ou contra a coisa* (art. 200), *provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo* (art. 201), *aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança* (art. 217), *praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo* (art. 218), *induzindo em erro essencial o outro contratante* (art. 236), *expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem* (arts. 250, 254, 255, 256), *perturbando a ordem ou disciplina da prisão* (art. 354).

Adjunto adverbial de meio: também são bastante freqüentes em nosso Código Penal, em especial os precedidos pela preposição *mediante*: *mediante violência ou grave ameaça* (arts. 146, 158, 197, 198, 199, 213, 214), *mediante violência ou ameaça* (art. 329), *mediante grave ameaça ou violência a pessoa* (art. 157), *mediante violência, grave ameaça ou fraude* (art. 219), *mediante fraude ou violência* (arts. 203, 204), *mediante fraude* (arts. 206, 216), *mediante engano de outra pessoa* (art. 239), *mediante seqüestro ou cárcere privado* (art. 148), *mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento* (art. 171), *mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos* (art. 251).

São também de meio: *por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso* (art. 130), *por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico* (art. 147), *usando de violência contra a pessoa* (art. 352).

Adjunto adverbial de finalidade: aparece em nossos tipos penais principalmente precedido pela preposição *para*: *para ocultar desonra própria* (art. 134), *para fim libidinoso* (art. 219), *para fim de comércio* (art. 234), *para o fim de cometer crimes* (art. 288), *para causar dano a outrem* (art. 307), *para satisfazer interesse ou sentimento pessoal* (art. 319) e pela locução prepositiva *com o fim de*: *com o fim de transmitir a outrem* (art. 131), *com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional* (art. 207), *com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante* (art. 299).

Adjunto adverbial de favor: pouco conhecido de nossos estudantes secundaristas, aparece em nosso Código Penal marcado principalmente por duas expressões: *para si ou para outrem* (arts. 155, 156, 158, 159, 171, 316, 317, 332), *em proveito próprio ou alheio* (arts. 173, 174, 180, 307, 312).

Inúmeras outras circunstâncias adverbiais estão presentes em nossos tipos penais, dentre as quais destacamos:

Adjunto adverbial de tempo: *durante o parto ou logo após* (art. 123), *depois de havê-la reduzido à impossibilidade de resistência* (art. 157), *quando possível fazê-lo sem risco pessoal* (art. 135).

Adjunto adverbial de simultaneidade: *no exercício da atividade comercial* (art. 175), *no exercício da função* (arts. 322, 331), *no exercício do cargo* (art. 313).

Adjunto adverbial de oposição: *contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito* (art. 150), *em desacordo com disposição legal* (art. 178).

Adjunto adverbial de conformidade: *com o consentimento da gestante* (art. 126).

Adjunto adverbial de lugar: *no território nacional* (art. 231).

Interessante observar que, do ponto de vista morfossintático, um crime culposo pode ser descrito como um tipo penal cujo núcleo seria um adjunto adverbial de modo. Algo como: *Agir com imprudência, negligência ou imperícia*, em que a palavra agir seria substituída por qualquer das condutas para as quais há expressa previsão legal da modalidade culposa.

Por fim, vale ressaltar que as circunstâncias adverbiais são as bases dos tipos qualificados e privilegiados.

7.4 Da formação dos tipos complexos

Há o delito complexo em sentido amplo quando um crime, em todas ou algumas das hipóteses contempladas na norma incriminadora, contém em si outro delito menos grave, necessariamente. O legislador acrescenta à definição de um crime fatos que, por si mesmos, não constituem delitos.

O delito complexo em sentido estrito (ou composto) é formado da reunião de dois ou mais tipos penais. O legislador apanha a definição legal de crimes (*sic*) e as reúne, formando uma terceira unidade delituosa (subsidiariedade implícita).[8]

O verbo típico *subtrair*, núcleo do delito simples do art. 155, é um exemplo interessante de como, a partir de um único núcleo, podem surgir tão díspares tipos penais.

No art. 156 a presença do sujeito composto *condômino, co-herdeiro ou sócio* (para o Direito Penal, sujeito ativo da conduta) e do objeto direto *a coisa comum* (para o Direito Penal, o objeto material do tipo) gera o tipo complexo.

No art. 157 é o adjunto adverbial de modo *mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência* que gera o novo tipo penal.

Uma das modalidades do art. 211 também tem como núcleo o verbo subtrair. Aqui, no entanto, seu objeto direto é *cadáver ou parte dele*.

No art. 249 também o objeto direto do verbo é o que vai diferenciá-lo dos demais: *menor de dezoito anos ou interdito*.

(8) JESUS (1985), p. 174.

O art. 257 traz um adjunto adverbial de tempo (*por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade*) e um objeto direto (*aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento*).

Por fim, o art. 337, CP, também traz um objeto direto (objeto material do crime) que o singulariza: *livro oficial, processo ou documento...*

O verbo *constranger*, por sua vez, origina um delito simples (art. 146) e seis delitos complexos em sentido amplo.

No delito do art. 158 o verbo típico é modificado pelo adjunto adverbial de finalidade *com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica* (fim especial de agir).

Os demais tipos complexos em sentido lato são variações do objeto indireto do verbo o que dá origem aos tipos dos arts. 197 (constranger + exercer ou não exercer arte...), 198 (constranger + celebrar contrato de trabalho...), 199 (constranger + participar ou não participar em determinado sindicato...), 213 (constranger + [manter] conjunção carnal), 214 (constranger+ praticar ou permitir que com ele se pratique...).

O verbo inutilizar, um dos núcleos do delito simples do art. 163, também dá origem a vários delitos complexos.

No art. 165, modificado pelo objeto direto, (*coisa tombada...*); no art. 255, pelo adjunto adverbial de lugar (*em prédio próprio ou alheio*), adjunto adverbial de modo (*expondo a perigo a vida...*) e objeto direto (*obstáculo natural ou obra...*); no art. 257, pelo adjunto adverbial de tempo (*por ocasião de incêndio...*) e objeto direto (*aparelho, material...*); no art. 336, pelos objetos diretos (*edital afixado...* e *selo ou sinal...*); no art. 337 pelo objeto direto (*livro oficial...*) e, no art. 356, também pelo objeto direto (*objeto de valor probatório...*).

Inúmeros outros exemplos podem ser extraídos da parte especial de nosso Código Penal, mas julgamos ser a exaustiva citação deles cansativa para o leitor e de pouca utilidade prática. Passemos, pois para o próximo ponto.

7.5 Do sujeito do verbo típico

Não nos cabe examinar, nos limites deste trabalho, o sujeito da frase típica, isto porque, em se tratando de orações subordinadas reduzidas de infinitivo, não há falar em sujeito. Na verdade, é a oração reduzida de infinitivo o sujeito da principal. No período *matar alguém é fato típico*, não há que se buscar o sujeito do verbo matar, mas tão somente o sujeito da oração principal *é fato típico* que no caso é a subordinada substantiva subjetiva reduzida de infinitivo *matar alguém.*

No entanto, necessário se faz, ante às inúmeras controvérsias surgidas em torno da redação de dispositivos legais que disciplinam a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, algumas breves considerações a respeito.

Destruir florestas, cortar árvores, provocar incêndio, poluir, caçar e tantos outros verbos típicos relacionados ao meio ambiente são ações. Não somos partidários da corrente gramatical simplista que define verbo como palavra que exprime ação. *Morar* e *existir* não são propriamente ações; todavia, são verbos. Preferimos defini-lo como sendo a palavra que pode sofrer as flexões de número, pessoa, tempo e modo. Porém, no caso específico dos verbos típicos está claro que todo verbo típico expressa uma ação.

No passado já se puniu penalmente os animais e hoje tal fato nos parece ridículo. Contudo, paradoxalmente, não nos parece ridículo punir penalmente uma empresa. E isto é um dos fenômenos mais interessantes no Direito Penal moderno.

Animais efetivamente realizam ações (obviamente não há culpabilidade neles, mas estamos tratando de ação). Animais *andam, correm, matam...* Empresas, no entanto, não têm como realizar ações, salvo por metonímia.

A palavra metonímia (do gr. *metonymía*, pelo lat. *metonymia.*) é um tropo que consiste em designar um objeto por palavra designativa doutro objeto que tem com o primeiro uma relação de causa e efeito (trabalho, por obra), de continente e conteúdo (copo, por bebida), lugar e produto (porto, por vinho do Porto), matéria e objeto (bronze, por estatueta de bronze), abstrato e concreto (bandeira, por pátria), autor e obra (um Camões, por um livro de Camões), a parte pelo todo (asa, por avião) etc.[9]

Dizer que uma empresa poluiu um rio é substituir o administrador pelo administrado. Na verdade, é o administrador da empresa quem poluiu o rio (quem realiza efetivamente a ação são seus funcionários, mas a responsabilidade de cada um só poderá ser mensurada caso a caso).

De forma didática pode-se identificar a presença da metonímia simplesmente imaginando-se o desenrolar da cena como descrita. Assim, na frase *Ler Machado de Assis*, imaginamos alguém ao lado do festejado escritor, lendo frases tatuadas em seu corpo. Claro está que se substituiu a obra pelo autor.

De forma análoga, na frase *a empresa poluiu o rio* não é crível imaginarmos todos os funcionários desta empresa, incluindo aí seus administradores, munidos de todo o ativo e passivo dessa pessoa jurídica exercendo a ação de poluir o rio. Quem polui não é a empresa, mas sim seus funcionários, executando ordens de um administrador.

Do ponto de vista gramatical é mais fácil admitir que um cão poluiu um rio do que uma empresa. Um cão pode perfeitamente carregar um objeto em sua boca e jogá-lo no rio, mas uma empresa, salvo por metonímia, jamais poderia praticar uma ação destas.

Se admitíssemos a responsabilidade penal da pessoa jurídica estaríamos nos afastando do princípio do *nullum crimen sine conducta*, pois pessoa jurídica não

(9) FERREIRA (1999).

realiza conduta alguma. Num estado democrático de direito não se pode admitir tal hipótese. O que pode haver é responsabilidade civil ou administrativa, jamais penal.

Argumentam os defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica que a Constituição Federal de 1988 expressamente previu tal possibilidade em seu art. 225, § 3.º ao estabelecer que

"As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."

Simplificando a frase para melhor análise, temos:

As condutas sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas.

Pessoas físicas ou jurídicas é um aposto explicativo do objeto direto *infratores* e pode ser retirado da frase sem alterar-lhe o sentido. Sua única função na frase é explicitar quem pode ser infrator, mas o objeto indireto *a sanções penais e administrativas* não lhe tem qualquer relação.

A conjunção *e* é aditiva e indica que os infratores deverão sofrer ambas as sanções constantes do objeto indireto: penal e administrativa.

Realmente, pela simples interpretação gramatical do dispositivo constitucional, chega-se à conclusão de que a Constituição admite a possibilidade teórica de uma sanção penal de uma pessoa jurídica.

Da mesma forma, poderia a Carta Magna ter admitido a responsabilidade penal das armas utilizadas em homicídios. Só há um porém. Empresas, assim como armas, não realizam ações típicas; não são sujeitos.

Na frase *A espada matou Tício* está clara a metonímia. Substituiu-se a causa ativa pelo instrumento. Melhor seria dizer *Mévio matou Tício com sua espada.* Em que *espada* seria adjunto adverbial de instrumento.

Da mesma forma na frase *A empresa poluiu o rio*, melhor seria dizer *Caio poluiu o rio com sua empresa.* Empresa é, pois, adjunto adverbial de instrumento, jamais sujeito.

Querer punir a empresa de Caio é o mesmo que querer punir a espada de Mévio. É querer punir o instrumento do crime e não seu sujeito.

A previsão teórica da Constituição admitindo a responsabilidade penal da pessoa jurídica é dispositivo sem qualquer aplicação prática, pois pessoa jurídica alguma jamais praticará efetivamente qualquer ação típica.

8. Conclusão

Procuramos demonstrar neste trabalho a existência de uma relação lógica bem determinada entre institutos do Direito Penal e determinadas funções morfossintáticas da frase típica.

Nunca foi nosso objetivo esgotar o assunto aqui abordado. Buscamos principalmente despertar o interesse pelo estudo interdisciplinar do Direito Penal e da Língua Portuguesa, tão negligenciado pela doutrina pátria.

Reconhecemos os limites do processo de interpretação gramatical das leis, mas vislumbramos nele um método subsidiário indispensável à perfeita interpretação não só das leis penais, mas de todo o ordenamento jurídico.

Se o uso isolado de tal método constitui anacronismo impensável na moderna hermenêutica jurídica, negligenciá-lo como método propedêutico à interpretação dos dispositivos legais é, sem dúvida alguma, querer compreender um texto em língua estrangeira sem conhecer seu idioma.

Bibliografia

ALMEIDA, Napoleão Mendes. *Gramática metódica da língua portuguesa*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 698p.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto e DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Código Penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 961p.

FERNANDES, Francisco. *Dicionário de verbos e regimes*. 41. ed. São Paulo: Globo, 1996. 606p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico:* século XXI. [CDROM]. versão 3.0. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, nov. 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio *Lições de direito penal: Parte especial: arts. 121 a 212 do CP*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 615p.

FRANCO, Alberto Silva et alii. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 1987. 2. t., 1479p.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: Parte geral*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1985. 648p.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: Parte geral*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999. 281p.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 426p.

PRADO, Luís Régis. *Curso de direito penal brasileiro: Parte geral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. 632p.

SACCONI, Luiz Antonio. *Nossa gramática: teoria*. 11. ed. reform. e rev. São Paulo: Atual, 1990. 465p.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do Código Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. 159p.

VIANNA, Túlio Lima. "Prolegômenos à hermenêutica jurídica". *Revista do CAAP* a. 3-4/243-263, Belo Horizonte, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999. 888p.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

SUSPENSÃO DO PROCESSO E DA PRESCRIÇÃO NO ÂMBITO PENAL DIANTE DO PARCELAMENTO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS E CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO

Com apoio em singelo pedido de parcelamento da dívida, ainda que não cumprido, parte da jurisprudência vem entendendo ser aplicável o disposto no art. 34 da Lei 9.249/95, que autoriza a extinção da punibilidade dos crimes definidos nas Leis 8.137/90 e 8.212/91, na hipótese de o agente "promover o pagamento" do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Não há como esconder a realidade. Se é certo que não pode o juiz decidir *contra legem*; não menos exato é que o julgador sem consciência social, analisando a norma jurídica apenas no encaixe dos fatos à literalidade de seu comando, estará contribuindo para o descarte do Judiciário. Aliás, na conhecida dicção de Hely Lopes Meirelles, "a lei há que ser interpretada racionalmente para a consecução dos fins a que se destina".

A par disso, em observação simplista, certo ou errado, vale notar que a ameaça de repressão penal tem sido considerada como meio para compelir o contribuinte a cumprir suas obrigações sociais, o que nos leva a concluir que o bem jurídico tutelado, sem dúvida, é a regularidade da arrecadação. Logo, tão-só em última *ratio* devem ser aplicadas as sanções penais.

Ex positis, segundo o melhor entendimento (aquele que se preocupa com a solução justa) o apontado dispositivo (art. 34) não distingue se o pagamento deve ser integral ou fracionado, bastando pois o ato concreto de pagar, seja à vista ou a prazo.

Diante desse quadro, não possuindo o devedor condições econômicas para quitar o débito de uma só vez (como de hábito acontece) a *quaestio* que se pretende analisada resume-se em saber se a referida moratória, por si própria, em nosso atual ordenamento jurídico, tem força para extinguir a pretensão punitiva do Estado ou se para tanto é preciso aguardar o cumprimento de todas as prestações contratadas.

Como temos insistido, o Direito Penal, em se tratando de crimes contra a ordem tributária, não pode deixar de andar de mãos dadas com as regras inscritas no Código Tributário Nacional.

Sempre manifestamos entendimento no sentido de que a expressão "promover o pagamento" também se estende para os casos de parcelamento. Todavia, tal conclusão aplica-se tão-somente aos que forem quitados, porquanto a moratória pendente não fulmina o crédito tributário, constituindo mera causa de suspensão da sua exigibilidade.

Logo, se o crédito não pode ser cobrado pela Administração em obediência ao pactuado (segundo as regras do Código Tributário Nacional) o mesmo deve acontecer no Direito Penal, vale dizer, *somente pode ocorrer a extinção da punibilidade com a integral satisfação do débito e não com o parcial adimplemento.*

Com as escusas dos que pensam em sentido contrário, o parcelamento não cria uma nova obrigação extinguindo a anterior, ou seja, não constitui novação. Fora do mundo da ficção, não vemos como entender (tanto no Direito Tributário como no Penal) parcelamento não cumprido com efeito de pagamento.

Aliás, segundo abalizada doutrina (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, Coordenado por Yves Gandra da Silva Martins, Saraiva, p. 311-312) "Em sendo o parcelamento moratória concedida em caráter individual, há que se enfrentar se ele confunde-se, ou não, com novação. O magistério de Washington de Barros Monteiro espanca qualquer dúvida a respeito do tema. Afirma o mestre não haver 'novação quando para a obrigação apenas se adicionam novas garantias, quando se concede moratória ao devedor, quando se lhe defere abatimento de preço, maiores facilidades de pagamento ou reforma de título'. Vale dizer, não se entende por novação a tolerância de prazo para recebimento da dívida. Entendido o parcelamento como moratória concedida em caráter individual, porém não se confundindo com a novação, há que se concluir que os efeitos da inadimplência no curso do parcelamento não cessam; apenas mantêm-se suspensos. *Assim tem caminhado a jurisprudência, destacando nesse particular posicionamento do STJ no sentido de que, em se tratando de crime de sonegação fiscal, a extinção da punibilidade somente se verifica no cumprimento do parcelamento. Em termos práticos, portanto, o parcelamento é tão-somente situação de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, não chegando a ser instrumento hábil para extinguir a punibilidade do contribuinte. A posição jurisprudencial acima noticiada denuncia o duplo papel do parcelamento, que é suspender a exigibilidade do crédito tributário para, em paralelo, efetivar-se a extinção desse mesmo crédito pelo pagamento. Pode-se afirmar, então, que somente a concessão do parcelamento é situação de suspensão de exigibilidade do crédito. Seguindo essa linha, o implemento do parcelamento é situação de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, I, do CTN, razão pela qual no curso do parcelamento fica a autoridade administrativa impedida de molestar o contribuinte tão-só em termos pecuniários, vez que a ação de cobrar está pendente de condição suspensiva enquanto não ocorrer o descumprimento das condições impostas no parcelamento.* Outro efeito prático conseqüente de o parcelamento não se confundir com a novação relaciona-se à impossibilidade de seu inadimplemento poder vir a impor qualquer espécie de penalidade ao devedor diversa das já estabelecidas no tocante ao crédito tributário constituí-

do. É que, sendo a concessão do parcelamento, como dito, situação de suspensão de exigibilidade do crédito e o implemento do parcelamento, nos termos do art. 156 do CTN, situação de extinção desse mesmo crédito, o ato de deixar de cumprir o parcelamento implica o cancelamento da suspensão da exigibilidade do crédito. Ou seja, retorna o crédito tributário à situação em que se encontrava antes da concessão da moratória, pelo que os encargos de inadimplência só podem ser aqueles aplicáveis ao crédito tributário naquele momento (ou seja, antes da concessão da moratória). Daí porque somente devidos os relacionados aos juros de mora em havendo inadimplemento do parcelamento".

Corroborando tais ensinamentos, assevera o magistrado José Paulo Baltazar Júnior, em comentário realizado antes da reforma do art. 151 do CTN, que "o parcelamento, sob o nome de moratória, é qualificado como mera causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, I) e não de sua extinção, operada, por exemplo, pelo pagamento (CTN, art. 156)" (*O crime de omissão no recolhimento de contribuições sociais arrecadadas*, Esmafe, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 205).

Ademais, o novo inc. VI do art. 151 do CTN, com a redação conferida pela LC 104/2001, passou a estabelecer expressamente o *parcelamento* como causa de *suspensão* da exigibilidade do crédito.

Cabe destacar que, na esfera penal, a 5.ª Turma do E. STJ já vinha adotando interpretação na linha ora preconizada. Veja-se, *ad exemplum*, os Acórdãos assim ementados:

"Direito penal. Sonegação fiscal. Parcelamento do débito. Inadimplência. Extinção da punibilidade. *Ao dizer-se que, para esse efeito, o parcelamento do débito fiscal equivale ao pagamento, isso não se aplica no caso da inadimplência das prestações acordadas.*" (RHC 6909-SP, rel. Min. José Dantas, *DJU* 02.03.1998, p. 123.)

"*Habeas corpus* substitutivo. Sonegação fiscal. Pagamento integral do débito. Extinção da punibilidade. A extinção da punibilidade, nos termos do art. 34, da Lei 9.249/95, somente é possível nos casos em que o pagamento integral do tributo for efetuado antes do recebimento da denúncia. *Parcelamento de débito não é pagamento integral, pois o débito parcelado somente será considerado quitado após o pagamento da última parcela.* Ordem denegada." (HC 12635-SC, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* 19.03.2001, p. 123.)

"Processo penal. Crime de sonegação fiscal. Inépcia da denúncia. Extinção da punibilidade pelo parcelamento do débito. Inocorrência. É firme a jurisprudência no sentido de que a descrição fática contida na peça vestibular, em crimes dessa natureza, não necessita da individualização minuciosa do comportamento de cada acusado. Em tais delitos, de autoria coletiva, é grande a dificuldade da discriminação *initio litis* da conduta de cada indivíduo. *O STF, em sessão plenária, cujo acórdão teve como relator o eminente Min. Moreira Alves (Inq. 1.028-RS, Tribunal Pleno,* DJU *30.08.1996) entendeu que se o pagamento é fracionado não cabe a extinção da punibilidade até ser paga a última parcela, podendo a denúncia ser recebida. Somente o pagamento integral do débito tri-*

butário ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, autoriza a extinção da punibilidade. Ordem denegada." (HC 16.973-PR, rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJU* 14.10.2002, p. 240.)

Contudo, recentemente, em razão de ser outra a inteligência da 6.ª Turma, a 3.ª Seção daquele E. Tribunal, por maioria, adotou entendimento em sentido contrário.

Assim, no julgamento do HC 11.598-SC (rel. Min. Gilson Dipp) realizado em 08.05.2002, decidiu-se que "nos crimes de sonegação fiscal, o parcelamento da dívida com o Estado antes do oferecimento da denúncia extingue a punibilidade, nos termos do art. 34 da Lei 9.249/95, *ainda que restando eventual discussão extrapenal dos valores*". Essa orientação foi ratificada nos seguintes julgados:

"Embargos de divergência. Penal. Não-recolhimento de contribuição previdenciária. Parcelamento antes do recebimento da denúncia. Art. 34 da Lei 9.249/95. Extinção da punibilidade. 1. Consoante entendimento da 3.ª Seção, o parcelamento do débito decorrente do não-recolhimento de contribuições previdenciárias, se anterior ao recebimento da denúncia, constitui causa extintiva da punibilidade. Precedentes. 2. Embargos acolhidos." (EREsp 229.496-RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* 03.02.2003.)

"(...) A 3.ª Seção do STJ pacificou o entendimento de que o parcelamento do débito tributário antes do recebimento da denúncia acarreta a extinção da punibilidade do agente. Ressalva do entendimento pessoal do relator (...) Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado. Agravo regimental a que se nega provimento." (AEREsp 250.840-SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 12.02.2003, *DJU* 17.03.2003, p. 177.)

Inobstante isso (em que pese a uniformização jurisprudencial do E. STJ aceitando o mero pagamento parcial para a concessão do aludido benefício na esfera criminal) vale notar que os indigitados precedentes são oriundos de processos e débitos antigos, de modo que (s.m.j) *tal interpretação não pode mais prevalecer para os novos parcelamentos, porquanto toda a legislação posterior à Lei 9.249/95 é textual em determinar que somente o pagamento* in totum *tem o condão de afastar a incidência da norma penal.* Senão vejamos:

Dispondo sobre "amortização e parcelamento de dívidas oriundas de contribuições sociais e outras importâncias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS", foi editada em 25.09.1997, a MedProv 1.571-6, assim estabelecendo:

"Art. 7.º (*omissis*). § 7.º As dívidas provenientes das contribuições descontadas dos empregados e da sub-rogação de que trata o inciso IV do art. 30 da Lei 8.212, de 1991, poderão ser parceladas em até dezoito meses, sem redução da multa prevista no *caput, ficando suspensa a aplicação da alínea* d *do art. 95 da Lei 8.212, de 1991, enquanto se mantiverem adimplentes os beneficiários do parcelamento.*"

A reedição subseqüente dessa Medida Provisória, publicada no *Diário Oficial da União* do dia 24.10.1997, a qual recebeu o n. 1.571-7, manteve integralmente esse dispositivo, mas agora no § 6.º do seu art. 7.º.

Entretanto, a reedição posterior, que recebeu o n. 1.571-8, publicada em 21.11.1997, suprimiu a parte final desse dispositivo, isto é, não reproduziu a possibilidade de ser concedida a suspensão do tipo penal inscrito no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, para aqueles interessados que parcelassem o débito. Diante disso, muito se discutiu acerca da validade de tais medidas provisórias para regular matéria penal. Todavia, a controvérsia perdeu relevância quando o legislador ordinário editou a Lei 9.639, em 25.05.1998, publicada no *Diário Oficial da União* de 27.05.1998, que, no seu art. 12, regulamentou os efeitos gerados pela MedProv 1.571, versões de n. 1 a 8, convalidando expressamente os atos praticados durante sua vigência.

A partir daí, consoante salientamos em precedente estudo, após prolongados debates, o TRF da 4.ª Reg. consolidou entendimento de que o favor legal se aplicava àqueles que comprovassem o parcelamento do débito previdenciário celebrado até o final do período de vigência das reedições n. 6 e 7, ou seja até 20.11.1997, *e que a locução* "suspensa a aplicação da alínea *d* do art. 95 da Lei 8.212, de 1991, enquanto se mantiverem adimplentes os beneficiários do parcelamento", *retrata necessariamente a suspensão do processo durante o tempo em que a parte estiver cumprindo o acordo.* A inadimplência do parcelamento implicaria na retomada da ação penal. Por outro lado, cumprido o parcelamento ou integralmente pago o débito, em uma só vez, declarava-se extinta a punibilidade do agente. (Nessa linha: Recurso em Sentido Estrito 1998.04.01.045137-0-RS, 2.ª T., rel. Des. Vilson Darós, *DJU* 18.08.1999, p. 571; ApCrim 97.04.66259-9-PR, 2.ª T., rel. Des. Jardim de Camargo, *DJU* 14.04.1999, p. 697).

Como se vê, diversamente da norma jurisprudencial nascida por conta da expressão "promover o pagamento" inscrita no art. 34 da Lei 9.249/95, o parcelamento relativo a débitos previdenciários passou a ter conseqüências legais definidas na seara criminal.

Na mesma linha, veja-se a Lei 9.964, de 10.04.2000 que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal; após, compare-se o que restou inscrito na Lei 9.983/2000 que acrescentou o art. 168-A ao CP e, por fim, a Lei 10.684, de 30.05.2003, estabelecendo idênticas regras em nova modalidade de parcelamento.

Com efeito, os citados Diplomas Legais também dispõem que apenas com a liquidação integral da dívida pode ser outorgada a discutida benesse. Assim, quer queira quer não queira, independentemente de interpretação, seja histórica ou sistemática, mostra-se evidente que tal entendimento traduz a verdadeira vontade do legislador. Confira-se o que diz a Lei 9.964/2000:

"Art. 1.º É instituído o Programa de Recuperação Fiscal – Refis, destinado a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 29.02.2000, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ati-

va, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos.

§ 1.º (...)

§ 2.º (...)

§ 3.º (...).

Art. 2.º O ingresso no Refis dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1.º.

§ 1.º A opção poderá ser formalizada até o último dia útil do mês de abril de 2000.

§ 2.º Os débitos existentes em nome da optante serão consolidados tendo por base a data da formalização do pedido de ingresso no Refis.

§ 3.º A consolidação abrangerá todos os débitos existentes em nome da pessoa jurídica, na condição de contribuinte ou responsável, constituídos ou não, inclusive os acréscimos legais relativos a multa, de mora ou de ofício, a juros moratórios e demais encargos, determinados nos termos da legislação vigente à época da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

§ 4.º (...)

Art. 3.º A opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a:

I – (*omissis*).

VI – pagamento regular das parcelas do débito consolidado, bem assim dos tributos e das contribuições com vencimento posterior a 29.02.2000.

§ 1.º A opção pelo Refis exclui qualquer outra forma de parcelamento de débitos relativos aos tributos e às contribuições referidos no art. 1.º.

§ 2.º. O disposto nos incisos II e III do *caput* aplica-se, exclusivamente, ao período em que a pessoa jurídica permanecer no Refis.

(...)

Art. 12. Alternativamente ao ingresso no Refis, a pessoa jurídica poderá optar pelo parcelamento, em até sessenta parcelas mensais, iguais e sucessivas, dos débitos referidos no art. 1.º, observadas todas as demais regras aplicáveis àquele programa.

(...)

Art. 15. *É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27.12.1990, e no art. 95 da Lei 8.212, de 24.07.1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.*

§ 1.º A prescrição não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2.º O disposto neste artigo aplica-se também:

I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;

II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13. § 3.º Extingue-se a punibilidade *dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal*."

Analisando criteriosamente os apontados dispositivos, dessume-se que passaram a coexistir três espécies de parcelamentos, quais sejam: a) pelo programa Refis por tempo indeterminado (art. 1.º); b) alternativamente ao ingresso no Refis, a opção pelo pagamento do débito em sessenta meses (art. 12) e c) aqueles realizados na esfera administrativa paralelamente ao Refis.

Consoante se depreende, para o acordo efetivado pelo citado programa, ou a ele alternativo, a Lei expressamente estabelece no art. 15, *caput* e seu § 2.º, a *suspensão da pretensão punitiva* do Estado enquanto a pessoa jurídica relacionada com o agente "estiver incluída no Refis, desde que sua inclusão tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal".

Todavia, vale notar que a opção por tal benefício teve duração limitada, tendo sido prorrogada, nos termos da Lei 10.002/2000, até 14.12.2000.

Concludentemente, no tocante às demais espécies de moratória (inclusive quanto aos débitos posteriores ao período objeto da opção) segundo alguns especialistas em assuntos criminais, restou uma lacuna no que pertine aos efeitos do parcelamento. Contudo, cumpre observar que a própria Lei 9.964 previu, consoante disciplina o § 3.º do art. 15, a extinção da punibilidade tão-só para os casos de "*pagamento integral dos débitos* oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, *que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal*".

A hipótese em foco, como se percebe, é de cunho genérico, alcançando todo e qualquer parcelamento realizado no campo dos crimes fiscais descritos no *caput*, sem estabelecer distinção quanto ao tipo de acordo.

Portanto, é de se concluir que a interpretação extensiva que se pretende continuar dando ao art. 34 da Lei 9.249/95, colide frontalmente com o dispositivo em tela. Enquanto aquele fala em extinção da pretensão punitiva para quem "promover o pagamento" (estendendo-se para os casos de parcelamento apenas por força jurisprudencial) este (art. 15, § 3.º, da Lei 9964/2000) limita o benefício exclusivamente para o agente que efetuar o "pagamento integral".

Não tem sentido continuar suspendendo o processo e a prescrição até o pagamento integral do débito aos optantes pelo parcelamento por prazo indefinido (Refis) e, por outro lado, extinguir a punibilidade dos que ainda não cumpriram o parcelamento (paralelo ao Refis) concedido por tempo determinado. No mínimo o tratamento deve ser idêntico para uns e outros.

A rigor, se está escrito na lei "é suspensa a pretensão punitiva do Estado", havendo qualquer tipo de parcelamento a denúncia não poderia ser recebida por falta de condições para o exercício da ação penal. O que não se mostra razoável, por certo, é decretar-se a extinção da punibilidade antes do cumprimento das obrigações assumidas.

De qualquer modo, ainda que não se vislumbre o que está explícito na lei, forçoso é notar que o Legislador não mais considera o singelo pedido de parcelamento do débito causa extintiva da punibilidade, pois autorizou, nessa hipótese, unicamente a suspensão da incidência da norma penal, vale dizer, em harmonia com o Código Tributário Nacional.

Cumpre lembrar que o art. 168-A do Estatuto Repressivo, com a redação conferida pela Lei 9.983/2000, dispondo na mesma linha, assim deixou registrado: "§ 2.º *É extinta a punibilidade se o agente*, espontaneamente, declara, confessa e *efetua o pagamento* das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, *antes do início da ação fiscal*".

A par disso, no § 3.º definiu ser "*facultado ao juiz deixar de aplicar a pena* ou aplicar somente a de multa", desde que o réu "*tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento* da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios".

Segundo a indigitada norma, denota-se que "efetuar" o pagamento *antes* do início da ação fiscal constitui causa extintiva da punibilidade, enquanto a oração "tenha promovido (...) o pagamento" (conforme entendimento pretoriano) poderá abrir ensejo ao parcelamento que após regularmente cumprido, autoriza a hipótese de perdão judicial ou aplicação de multa, desde que realizado *após* o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia.

Entretanto, tendo em conta a política criminal adotada para esse tipo de infração (que por certo não é restringir de imediato a liberdade do cidadão faltoso mas sim, como dito, privilegiar a arrecadação) acreditamos que se o contribuinte, após o início da ação fiscal parcelar a dívida, deve o julgador receber a denúncia, instruir o processo e suspender a ação penal além da prescrição, até o pagamento integral dos débitos. Somente na hipótese de ter havido quitação, mostrar-se-á cabível o benefício do perdão judicial ou multa, ao passo que em caso de descumprimento o feito deverá prosseguir regularmente.

Em suma, temos que as novas regras instituídas pelo art. 168-A do CP também delimitam expressamente os efeitos do pagamento e/ou parcelamento do débito previdenciário na esfera penal.

Com o término do prazo para adesão ao Refis, buscando abarcar situações semelhantes, foram propostos no Congresso Nacional dois Projetos de Lei (PL 50 e 390/2003) tratando justamente da extensão do referido Programa. Esses textos adotaram as mesmas regras anteriormente citadas, isto é, suspensão da pretensão punitiva do Estado durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente estiver incluída no programa, bem como limitando a extin-

ção da punibilidade aos casos de "pagamento integral" dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Nas justificativas, os autores das aludidas propostas asseveram que o Refis deve ser prorrogado para alcançar mais empresas e assim mais débitos, pois "constitui também uma garantia importante para o Erário, uma vez que *estimula a empresa a manter-se em dia com suas obrigações fiscais*".

Nesse ínterim, antes da tramitação de tais proposições, o Governo Federal encaminhou medida provisória ao Congresso Nacional (a qual terminou sendo aprovada) gerando a já mencionada Lei 10.684, de 30.05.2003, *verbis*:

"Art. 1.º Os débitos junto à Secretaria da Receita Federal ou Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com vencimento até 28.02.2003, poderão ser parcelados em até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas.

§ 1.º a § 9.º (*omissis*).

§ 10.º A opção pelo parcelamento de que trata este artigo exclui a concessão de qualquer outro, extinguindo os parcelamentos anteriormente concedidos, admitida a transferência de seus saldos para a modalidade desta Lei."

"Art. 9.º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27.12.1990, e nos arts. 168-A e 337-A do CP, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1.º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2.º *Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando* a pessoa jurídica relacionada com o agente *efetuar o pagamento integral dos débitos* oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios."

Por ser recente, ainda não tivemos oportunidade de analisar detalhadamente a repercussão desse novel diploma normativo quanto às ações penais em andamento, o que deverá ser reservado para estudo posterior. Contudo, a reiteração da sistemática do Refis adotada nos dispositivos legais supratranscritos não deixa dúvidas a respeito do tema ora em análise, determinando que *o desaparecimento da pretensão punitiva somente poderá ocorrer mediante a liquidação integral do débito* tributário.

Isso não significa negar vigência ao art. 34 da Lei 9.249/95, que continua valendo até o advento da Lei 9.964/2000.

Repetindo: hoje o que se mostra relevante é saber se basta singelo pedido de parcelamento, antes do acolhimento da exordial, para ser declarada a extinção da punibilidade ou *se está suspensa a pretensão punitiva do Estado até o cumprimento das obrigações para todo e qualquer parcelamento concedido após o prazo de opção pelo Refis*.

Pois bem. O magistrado, no exercício do seu *munus*, deve sopesar não só os aspectos jurídicos mas principalmente os efeitos sociais de sua decisão. Impõe-

se, numa visão conjunta do sistema legal, evitar exegese que cause o esvaziamento do conteúdo das normas, sendo indispensável perscrutar o verdadeiro espírito das mesmas. Veja-se, nesse sentido, a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (*Processo penal*, 20. ed. rev., modificada e ampl. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 165-170): "Interpretar a lei é descobrir ou revelar a vontade contida na norma jurídica ou como diz Clóvis, é revelar o pensamento que anima as suas palavras. (...) Interpretação sistemática – o intérprete deve colocar a norma em relação com o conjunto de todo o Direito vigente e com as regras particulares de Direito que têm pertinência com ela. (...) Interpretação histórica – A pesquisa do processo evolutivo da lei, isto é, a história da lei ou dos seus precedentes auxilia o aclaramento da norma. Os projetos de leis, as discussões havidas durante sua elaboração, a Exposição de Motivos, as obras científicas do autor da lei são elementos valiosos de que se vale o intérprete para proceder à interpretação".

Tendo em conta ser a lei fonte principal do direito, nada impede o julgador de utilizar conceitos expressos no regramento jurídico, para interpretar adequadamente determinadas normas. Isso não está ocorrendo na espécie.

Ainda que não houvesse dispositivo legal a determinar a suspensão do processo e da prescrição no curso do parcelamento, os princípios gerais de direito, universalmente aceitos, dentre os quais o da eqüidade, apontariam em igual direção para ser dirimida a controvérsia.

Logo, para os parcelamentos de quaisquer espécies realizados a partir da vigência da Lei 9.964, de 10.04.2000, acreditamos não ser possível a interpretação extensiva do referido art. 34, por não se coadunar com a mens legis *do atual ordenamento jurídico.*

À evidência, orientação diversa significa prestigiar a impunidade e autorizar o uso de artifícios visando, em verdade, tão-somente evitar a efetiva aplicação da lei penal, ato que, de forma alguma, pode receber o beneplácito do Judiciário.

De igual forma, não cabe olvidar que *tal interpretação serve de "estímulo"* não só para aqueles que não ingressaram no Refis, mas sobretudo para os que por ele optaram, *bastando que se desliguem do Programa e façam pedido de parcelamento genérico, por prazo definido*, através do qual, tendo em conta o entendimento jurisprudencial (se continuar sendo adotado) *poderão alcançar de imediato a extinção da punibilidade, simplesmente com o pagamento de algumas parcelas. Data venia*, não é esse o espírito da lei penal.

Assim, buscando a aplicação da norma de forma útil e adequada à realidade, *a solução que se mostra mais acertada é não receber a denúncia ou determinar a suspensão do processo e da prescrição enquanto vigorar o parcelamento, seja especial ou genérico*. Por óbvio, isso em nada prejudica os réus, porquanto, se demonstrado o ânimo de cumprir o ajuste, ao final será extinta a punibilidade. Esse entendimento já foi adotado em acórdão unânime da 8.ª Turma do TRF da 4.ª Reg. cuja ementa restou assim redigida:

Penal. Crime contra a ordem tributária. Art. 1.°, incisos II e III, da Lei 8.137/90. Débito parcelado antes do recebimento da denúncia. Suspensão da ação penal e da prescrição. Aplicação das regras do Refis (Lei 9.964/2000). Cabimento. 1. Comprovado o parcelamento do débito tributário em 19.12.2000, ou seja, antes do recebimento da denúncia, inexistem motivos para a reforma do *decisum* que suspendeu a pretensão punitiva e o curso da prescrição, aplicando os institutos referentes ao Programa de Recuperação Fiscal (Refis) criados pelo art. 15 da Lei 9.964/2000." (RSE 2001.71.08.002007-8-RS, j. 24.06.2002, *DJU* 10.07.2002.)

Do voto proferido naquela oportunidade, permito-me transcrever o seguinte trecho:

"Como já salientado, a partir do advento da Lei 9.964/2000, que criou o Refis, o parcelamento do débito assumiu caráter diverso, tendo o Legislador instituído a suspensão da pretensão punitiva bem como do prazo prescricional (art. 15) enquanto adimplente o denunciado por crime fiscal. Diante desse quadro, a ilustre julgadora monocrática, ao invés de declarar extinta a punibilidade dos agentes, suspendeu a ação penal e o curso da prescrição, aplicando ao parcelamento firmado em dezembro de 2000 os institutos relativos ao Programa de Recuperação Fiscal (Refis) criados pela referida Lei 9.964, notadamente o disposto nos arts. 12 e 15, *in verbis*: (...) Tenho que inexiste óbice à solução adotada, vez que os réus parcelaram a dívida em momento anterior ao do oferecimento da peça acusatória (15.03.2001, f.). Se a nova lei deu definição mais consentânea com a realidade ao conceito de parcelamento, nada impede que seja aplicada aos casos concretos, ainda que o débito em tela não esteja inserido no Refis, nos termos dos referidos dispositivos legais. Ademais, do *decisum* monocrático não advirá prejuízo algum à acusação. Neste ponto em específico, peço vênia para transcrever excerto do parecer lavrado pela ilustre Procuradora Regional da República Vera Maria Nunes Michels sobre *a quaestio*: 'Ora, em primeiro lugar, não vejo nenhum prejuízo ao *Parquet* Federal na hipótese em exame, pois que, ao invés de ser extinta a ação penal, entendeu o julgador *a quo* pela suspensão da mesma e do curso prescricional, pelo que se denota que a pretensão punitiva restou intacta, podendo, no futuro, acaso descumprido o parcelamento acordado, dar-se seguimento à ação penal. *Em segundo lugar, penso que não há nenhum impedimento quanto à suspensão da ação penal e da prescrição para a hipótese de parcelamento genérico, notadamente mais gravoso ao devedor, ao contrário do Refis, pois se assim o fosse, estar-se-ia instituindo situação de extrema desigualdade processual em favor daqueles beneficiados pela Lei 9.964/2000*'."

Com essas considerações, resumidamente, em nosso entendimento podemos concluir que: *a)* Cuidando-se de crimes contra a ordem tributária, as normas penais devem ser interpretadas em harmonia com o Direito Tributário. *b)* Não tem sentido continuar suspendendo o processo e a prescrição, até o pagamento integral do débito aos optantes pelo parcelamento por prazo indefinido (Refis) e, por outro lado, extinguir a punibilidade dos que ainda não cumpriram

o parcelamento (paralelo ao Refis) concedido por tempo determinado. *c)* A partir da edição da Lei 9.964/2000, a extinção da punibilidade pelo parcelamento (de qualquer espécie) somente deve ser declarada após o pagamento integral dos débitos. *d)* Se a pessoa jurídica relacionada com o acusado estiver cumprindo o acordo, é caso de rejeição da peça acusatória ou suspensão do processo e da prescrição desde que preenchidos os demais requisitos exigidos. *e)* Na prática, tal inteligência desestimula subterfúgios freqüentemente utilizados para afastar a aplicação da lei penal. *f)* Não há prejuízo para a defesa se a mesma estiver realmente empenhada em cumprir o contratado e menos ainda para a acusação por que suspensos o processo e o curso do lapso prescricional durante o prazo do parcelamento.

3.2

ALGUMAS NOTAS SOBRE A LAVAGEM DE ATIVOS

JANICE AGOSTINHO BARRETO ASCARI

Resumo: O artigo analisa a lavagem de ativos, ou de dinheiro, sob os aspectos inseridos no contexto *conceitual*, analítico e histórico. Explica a origem da lavagem, refletindo sobre crimes antecedentes. Aborda a importância do sistema bancário para a lavagem, ressaltando *necessidade* de legislação bancária regulamentar formas para identificação de clientes e recursos. Por fim, relaciona países que integram cooperação internacional, explicando como se concretiza no Brasil.

Palavras-chave: Lavagem de ativos – Lavagem de dinheiro – Globalização – Sistema bancário – Cooperação internacional.

Lavagem de capitais ou de ativos, *money laundering, riciclaggio di denaro, blanchiment d'argent, lavado de ativos, blanqueo de activos, lavado de dinero*. Preocupação mundial que ultrapassou o foco até então mantido predominantemente no narcotráfico, a lavagem de ativos é a principal atividade do crime organizado, a essência da macrocriminalidade econômica e que, anualmente, movimenta cerca de 5% do PIB mundial de forma clandestina.

Não escapou à observação arguta do douto membro do Ministério Público Federal Prof. Rodolfo Tigre Maia, que esta forma de macrocriminalidade é melhor compreendida quando conectada com a classificação do crime organizado em cinco grandes blocos: o fornecimento de serviços ilegais, o suprimento de mercadorias ilícitas, a infiltração em negócios lícitos (como a constituição de empresas legítimas para "lavagem" de dinheiro, a utilização de empresas legítimas ou formalmente legítimas para a prática de crimes (como os de "colarinho branco") e a infiltração na estrutura estatal e a corrupção de servidores e agentes públicos (como o enriquecimento ilícito, a corrupção, a concussão e o tráfico de influências).[1]

Uma das maiores dificuldades de controle da delinqüência econômica é o fato de os agentes criminosos inserirem-se nos meandros financeiros sempre

(1) "Lavagem de dinheiro". Malheiros, 1999. p. 27.

como pessoas supostamente acima de qualquer suspeita, que se misturam entre os operadores econômicos honestos, aparentemente respeitáveis.[2]

Tanto Tigre Maia[3] quanto o mestre uruguaio Raúl Cervini[4] analisam que o delito de lavagem de dinheiro passa por 3 (três) etapas ou fases:

a) colocação ou conversão (*placement*): tendo como momentos anteriores a captação de ativos oriundos da prática de crimes, esta fase consiste em uma instância de ocultação e escamoteação, onde se utilizam diversos canais e procedimentos para a separação física do criminoso e os produtos de seus crimes. Conta quase sempre, mas não necessariamente, com a participação instrumental de instituições financeiras tradicionais (bancos e empresas de crédito) e não tradicionais (bolsas de valores, vendedores de metais e pedras preciosas e obras de arte, casas de câmbio, doleiros, utilização de paraísos fiscais via transferência eletrônica);

b) dissimulação ou cobertura (*layering*): para disfarçar a origem ilícita e dificultar a reconstrução da trilha do papel (*paper trail*) e do caminho percorrido pelos valores, o criminoso procede a uma superposição de transações, diluindo em incontáveis e disseminadas operações e transações no país e no exterior, envolvendo multiplicidade de contas bancárias, de nomes diferentes, sujeitas a regimes jurídicos diferentes. Meios para isso são a aquisição de títulos ao portador em sociedades anônimas, transferências eletrônicas via cabo (*wire transfer*), descontos de cheques, superfaturamento, fraudes bancárias, utilização fraudulenta de cartões de crédito, falências fraudulentas, malversação de recursos públicos,[5] criação de pistas falsas no papel e o suporte de uma empresa *off shore* no qual o controle estatal é escasso ou inexistente. Com a dissimulação pretende-se dar aparência lícita e legítima, estruturando-se uma nova origem do dinheiro – é a "lavagem" propriamente dita.

c) integração (*integration*): caracteriza-se pelo emprego dos ativos criminosos no sistema produtivo, pelo retorno ao mercado pela criação, aquisição e/ou investimento em negócios lícitos ou em compra de bens. É freqüente que os lucros daí decorrentes passem a "esquentar", vale dizer, legitimar, o afluxo de novos volumes de dinheiro "sujo", agora disfarçados em "lucros do negócio", muitas vezes fornecendo ao criminoso uma fonte "legítima" para justificar seus rendimentos, caracterizando um verdadeiro ciclo econômico.

Um estágio posterior a estas três fases, que pode ser chamado de reciclagem ou *recycling*, consistirá na adoção de procedimentos permanentes para "limpar" os rastros logo após a conversão dos ativos ilícitos em bens, a esta altura já "lavados".

(2) BERNASCONI, Paolo. *Riciclaggio, Corruzione Internazionale e Segreto Bancario*. La Città Del Sole, 1994. p. 56.

(3) TIGRE MAIA, op. cit.

(4) *Lei de lavagem de capitais*. RT, 1998. p. 81 et seq.

(5) VIGNA, Piero Luigi. *La Criminalità Transnazionale Organizzata*. S.E.I., 1998. p. 8.

O principal elemento catalisador da criminalidade contemporânea é a lavagem de ativos – entendidos estes como qualquer objeto de mensuração econômica: dinheiro, bens, valores, ou créditos – pois sem ela a atividade ilícita não subsistiria e não se desenvolveria, nem chegaria a níveis tão altos de sofisticação. Estima-se que o volume de dinheiro de origem escusa no meio circulante global seja da ordem de 1,5 trilhão de dólares, montante equivalente a 17% do PIB americano, ou a 1/8 do PIB da Suíça. No Brasil, o Produto Interno Bruto (PIB) medido a preços de mercado somou R$ 344,3 bilhões para o primeiro trimestre de 2003.[6]

Genericamente falando, crimes são cometidos por dinheiro, em sua imensa maioria. A riqueza gerada pelo crime é inútil, a menos que a fonte possa ser disfarçada ou, preferivelmente, apagada, já que o dinheiro só pode ser guardado ou gasto (poupança ou consumo). A lavagem de ativos é evidentemente um subproduto natural das fraudes financeiras e, muito freqüentemente, as próprias fraudes são financiadas por recursos gerados em delito anterior. Constitui-se aí a dinâmica que permite o crescimento e ampliação de todo tipo de atividades criminosas.

Lilley[7] analisa que, nos últimos anos, houve uma convergência de fatores importantes que estimularam, facilitaram e propiciaram a lavagem de dinheiro:

a) a globalização dos mercados e dos fluxos financeiros e a ascensão da internet: o mercado único possibilita ao dinheiro viajar ao redor do mundo em segundos.

b) a ausência de normatividade internacional efetiva: não existe absolutamente nenhuma regra relativa à lavagem de dinheiro global e o mercado tem pouquíssimas ou nenhuma restrição.

c) a competição nos negócios criou uma pressão imensa sobre as empresas e seus funcionários e tudo está ligado ao dinheiro. Todos querem ficar ricos rapidamente em novas atividades ou em novas regiões geográficas. Os recursos do crime são tão vastos que esse dinheiro e as pessoas que o controlam são extremamente influentes sobre as empresas e pessoas ávidas por lucro fácil.

d) os avanços tecnológicos surgem diariamente e são habilmente explorados pelos lavadores, em ritmo rápido e proporcionalmente inverso ao das autoridades públicas.

e) difusa criminalização dos políticos: o crime organizado é influente porque compra influência; em muitos casos o criminoso é o próprio político e seu dinheiro é roubado especialmente da economia frágil de seus países. Para mencionar dois exemplos da história recente, o ex-Presidente das Filipinas Ferdinand Marcos acumulou ilicitamente cerca de 5 bilhões de dólares; Papa Doc Duvalier

(6) Com dados do IBGE de 30.06.2003.

(7) LILLEY, Peter. *Dirty Dealing: The Untold Truth about Money Laudering*. Kogan Page, 2001.

e seu filho Jean Claude, Presidentes do Haiti entre 1957 e 1986, desviaram cerca de 87% do orçamento do país, algo próximo de 2 bilhões de dólares.[8]

f) países pequenos, assolados pela pobreza e por dívidas, encontram salvação econômica no turismo, o sexual inclusive, e no oferecimento de serviços financeiros (*offshores*), o que gera infinitas possibilidades de os criminosos disfarçarem a origem de suas fortunas, colocando-as fora do alcance das jurisdições tradicionais.

O dinheiro "sujo" provém não só do narcotráfico, mas de toda espécie de delitos sérios e de outros dos quais pouco se ouve falar. O tráfico de drogas, considerado não como a pequena boca-de-fumo ou ponto de venda, mas a fabricação em escala industrial e altamente organizada, além de estimular a corrupção retroalimenta a venda de armas, materiais explosivos e armas nucleares, enfim todo o tipo de destruição, desde armas portáteis e granadas de mão até mísseis e armamento de alta tecnologia.

Outros setores criminosos que geram alto volume de dinheiro que, por sua vez, precisa ser ocultado, dissimulado e reintroduzido no meio circulante são:[9]

– prostituição, considerada no patamar de comércio de mulheres e crianças para exploração sexual (a ONU avalia que a cada ano 500 mil mulheres tornam-se prisioneiras dessa modalidade de escravidão);

– terrorismo: com ataques cada vez mais freqüentes e ousados, os grupos terroristas e paramilitares precisam de dinheiro e da possibilidade de utilizá-lo para apoiar suas infraestruturas e comprar armas, equipamentos e suprimentos.

– fraudes: todos os crimes financeiros e outras atividades fraudulentas bem sucedidas geram enormes somas de dinheiros que precisam ser infiltradas no sistema bancário, como as fraudes hipotecárias, pirâmides, fraudes securitárias ou com cartões de crédito.

– falsificações e contrafacções em geral (pirataria): calcula-se que o comércio mundial de falsificações tenha chegado a 450 bilhões de dólares por ano. Esse número quadruplicou na década de 90 e já chegou a 9% do comércio mundial. No Brasil, a estimativa é que o contrabando e a falsificação apenas de cigarros, bebidas e combustíveis tenham representado uma perda de 5,6 bilhões de reais em 2002. Por aqui, de cada dez jogos de videogame, nove são pirateados e a proporção das falsificações nas vendas de CDs chega a 50%.[10]

– roubo de dinheiro em grande escala, como o assalto ao aeroporto Heathrow, em Londres, onde foram levados do carro-forte da Brinks cerca de 26 milhões de libras em ouro.

(8) "Draft United Nations Anti-Corruption Tool Kit", publicação oficial da *UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime*, versão 5.

(9) LILLEY, Peter, op. cit.

(10) Dados do Comitê Interministerial de Combate à Pirataria – Ministério da Justiça do Brasil, 2002.

– chantagem e extorsão;

– roubo, falsificação e revenda de obras de arte por intermédio dos maiores leiloeiros e negociantes de arte do mundo;

– contrabando de símbolos ou obras históricas de valor cultural;

– contrabando convencional de álcool, tabaco e combustíveis;

– roubo e exportação em grande escala de veículos novos ou usados;

– fraudes envolvendo impostos em geral;

– tráfico de órgãos e de seres humanos;

– evasão fiscal: uma das maiores atualmente, no mundo todo. Os economistas avaliam que a evasão fiscal mantém relação direta com o peso da carga tributária do país: quanto maior esta, maior será aquela. No Brasil, a carga tributária é de 36% do PIB.[11]

A corrupção ocupa um capítulo à parte, notadamente a de chefes de Estado, líderes políticos e agentes públicos que aceitam suborno, presentes ou pagamentos ilegais. Um fenômeno crescente e particularmente preocupante, no Brasil e no mundo, é a corrupção no setor judicial, este entendido como a estrutura que abriga juízes, membros do Ministério Público, policiais e advogados.

O aliciamento, a cooptação e a infiltração preordenada de integrantes de verdadeiras organizações criminosas como peças-chave no poder público e em setores estratégicos vem sendo crescentemente utilizada, numa livre adaptação de um dos dez mandamentos da máfia: "*Un uomo d'onore non rapine le banche. S'impossessa dei consigli di amministrazione* (um homem da Cosa Nostra não rouba os bancos. Apossa-se dos conselhos administrativos).[12]

Na maioria dos países o sistema judiciário tem perfil monopolizador porque é, freqüentemente, a única maneira de solução de conflitos, pela ausência de mecanismos alternativos e eficazes que atinjam o mesmo fim.[13] No limite, a desordenada proliferação legislativa e o infindável número de recursos processuais que protelam a correta prestação jurisdicional final são fatores que acabam atuando contra a sociedade e proporcionando substancial caldo de cultura da corrupção. Considerada a forma mais grave de todas, por ser praticada por quem tem o dever de combatê-la oficialmente, a corrupção no setor judicial pode criar um pernicioso efeito multiplicador no resto do setor público.[14]

(11) Estudo apresentado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) no Seminário Nacional de Excelência na Gestão Tributária, realizado em São Paulo em agosto de 2003, cf. jornal *Valor Econômico* 829, de 25.08.2003, ano 4, Legislação & Tributos.

(12) MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. "A matriz terrorista do crime e o fenômeno da eversão". Coordenação de Jacques Camargo Penteado, *Justiça Penal* 3, RT, 1995.

(13) "Judicial Corruption in Development Countries: Its Causes and Economic Consequences", UNODC, 2001.

(14) United Nations Manual on Anti-Corruption Policy, Viena, jun. 2001.

O sistema bancário é vital para a lavagem de ativos, que sem ele seria praticamente impossível. A legislação bancária internacional vem dedicando especial atenção à conscientização das instituições financeiras para que não lidem conscientemente com a lavagem de dinheiro e para que tomem suas precauções para identificar seus clientes e a origem de seus recursos, comunicando imediatamente qualquer suspeita ou fato irregular às autoridades competentes.

O Comitê de Supervisão Bancária, reunido em 1988 visando a internacionalização da atividade bancária e a necessidade de uniformização em especial nas áreas de gerenciamento de risco, mercado financeiro e supervisão bancária, teve suas conclusões formalizadas no Acordo de Capital da Basiléia, especificando às instituições financeiras diversas recomendações no que concerne ao combate à lavagem de ativos. Essas medidas vêm sendo rediscutidas e aprofundadas na renovação desses compromissos (Basiléia II).

Os bancos devem implantar rígidos procedimentos de identificação: a política conhecida como *know your customer* (conheça seu cliente) evoluiu nos países mais avançados para *know your customer's customer* (conheça o cliente de seu cliente). Outra providência a cargo das instituições financeiras é o compromisso de manter atualizados os registros de seus clientes e colocar todos esses dados à disposição das autoridades, a quem devem ser informadas todas as operações e transações suspeitas. O sigilo bancário deve ser flexibilizado ou, preferentemente, eliminado, para fins de investigação criminal.

Os países considerados "paraísos fiscais" são assim identificados pelos privilégios tributários concedidos aos investidores (como isenção ou redução de impostos) e também pela gama dos serviços oferecidos: aberturas de *offshores*, compra de bancos, empresas de fachada (*Shell companies*), CINs (corporações internacionais de negócios) e todo tipo de entidades anônimas. Exemplos de paraísos fiscais são Anguilla, Bahamas, Belize, Bermudas, Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Cayman, Chipre, o estado de Delaware nos Estados Unidos, Gibraltar, Hong Kong, Hungria, Irlanda, Ilhas de Man e Jersey, Libéria, Liechtenstein, Malta, Ilhas Marshall, Maurício, São Cristóvão, Névis, Panamá, Ilhas Seychelles, Turks e Caicos.

Atento aos acontecimentos diplomáticos relacionados à cooperação internacional, o Brasil relaciona periodicamente e em caráter oficial os chamados países "não cooperantes", que atualmente são: Ilhas CooK, Dominica, Egito, Filipinas, Guatemala, Hungria, Indonésia, Israel, Líbano, Ilhas Marshal, Myanmar, Nauru, Nigéria, Niue, Rússia, St. Kitts e Nevis e St. Vicente e Granadinas.[15]

Da mesma maneira, a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal 188, de 06.08.2002, relaciona países ou dependências com tributação favorecida

(15) COAF – Cartas-Circulares 02/01, de 24.08.2001, n. 007/03, de 09.05.2003 e 008/03, de 25.06.2003.

ou que oponham sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas: Andorra, Anguilla, Antígua e Barbuda, Antilhas Holandesas; Aruba; Comunidade das Bahamas; Bahrein; Barbados; Belize; Ilhas Bermudas; Campione D'Italia; Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); Ilhas Cayman; Chipre; Cingapura; Ilhas Cook; República da Costa Rica; Djibouti; Dominica; Emirados Árabes Unidos; Gibraltar, Granada; Hong Kong; Lebuan; Líbano; Libéria; Liechtenstein; Luxemburgo (no que respeita às sociedades *holding* regidas, na legislação luxemburguesa, pela Lei de 31.07.1929); Macau; Ilha da Madeira; Maldivas; Malta; Ilha de Man; Ilhas Marshall; Ilhas Maurício; Mônaco; Ilhas Montserrat; Nauru; Ilha Niue; Sultanato de Omã; Panamá; Federação de São Cristóvão e Nevis; Samoa Americana; Samoa Ocidental; San Marino; São Vicente e Granadinas; Santa Lúcia; Seychelles; Tonga; Ilhas Turks e Caicos; Vanuatu; Ilhas Virgens Americanas; Ilhas Virgens Britânicas.

A FATF – *Financial Action Task Force on Money Laundering* e sua representação regional, o Gafisud – Grupo de Ação Financeira para a América do Sul, que tem o Brasil entre seus integrantes, divulgaram em junho de 2003 a revisão de 40 Recomendações que haviam sido expedidas em 1990 e revisadas pela primeira vez em 1996. A comunidade internacional clama pela adoção de medidas preventivas importantes em relação à lavagem de dinheiro, como a criminalização da atividade nos parâmetros preconizados pela Convenção de 1988 das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena) e da Convenção de 2000 das Nações Unidas contra a Delinqüência Organizada Transnacional (Convenção de Palermo). Outras medidas preconizadas e que vêm sendo aos poucos implementadas são a ampliação do rol dos crimes antecedentes para compreender outras modalidades, como a sonegação fiscal, inclusive se as condutas forem cometidas em outro país, estimulando assim os tratados de extradição e a aplicação de medidas cautelares de congelamento e bloqueio de valores, além de penas de perdimento de bens e prisão.

Dos governos espera-se empenho máximo no sentido de municiar seus agentes com ferramentas que possibilitem, de maneira rápida e eficaz, a implantação da denominada política dos "três Fs": *finding, freezing and forfeiting* (os recursos oriundos de crime devem ser encontrados, congelados e confiscados).[16] Entre nós, urge seja acelerada e efetivamente implantada no Brasil a prática de uma das medidas preventivas mais eficazes e salutares de que se tem conhecimento: o bloqueio administrativo temporário de valores, ordenado pelo Banco Central do Brasil, na forma do que dispõe o art. 192 da CF e legislação em vigor.

A recuperação dos ativos desviados e "lavados" tem sido dificultosa, senão praticamente inexistente, dada a falta dos instrumentos jurídicos e políticos necessários a esse mister. O compartilhamento de informações entre autorida-

(16) "Draft United Nations Anti-Corruption Tool Kit", cit.

des deve ser estimulado ao máximo. No caso de Ferdinand Marcos, há apenas 600 milhões de dólares confiados ao Phillipines National Bank, dos 5 bilhões acumulados ilegalmente e, mais de quinze anos depois, o caso não dá sinais de ser concluído num futuro breve.[17]

No Brasil, cito como exemplo o escândalo do desvio de verbas públicas destinadas à construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo (o chamado "Caso TRT", que levou à apreciação da Justiça as condutas de um ex-Presidente de tribunal, um ex-senador da República e empresários), que está longe de ter todos os seus ativos recuperados pelas autoridades brasileiras. Os valores desviados ou recebidos a título de propina foram ocultados fora do país e transitaram por inúmeras contas no exterior, localizadas em paraísos fiscais ou em países com os quais não há sequer previsão de cooperação internacional. No âmbito cível, as ações de improbidade administrativa ajuizadas em 1998 ainda estão em fase de produção de provas. Na esfera criminal, a decisão de primeira instância resultou na condenação de apenas um dos acusados, por motivo diverso da acusação original, sendo absolvidos todos os envolvidos. A sentença foi prolatada em junho de 2002 e, passado mais de um ano na época deste artigo (agosto de 2003), ainda não havia sequer definição sobre qual o tribunal competente para apreciar os recursos interpostos pelas partes, em face de uma polêmica jurídica sobre o foro especial pela prerrogativa de função.

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal publicou, em março de 2003, as conclusões de Comissão presidida pelo Min. Gilson Langaro Dipp (STJ) e formada por representantes da Justiça Federal, Ministério Público Federal, Ministério da Fazenda – COAF, Banco Central do Brasil, Receita Federal, Polícia Federal e Febraban – Federação Brasileira dos Bancos. Além de análise crítica, detalhada e criteriosa da situação brasileira no combate à lavagem de ativos e do mapeamento dos problemas detectados, a Comissão elaborou recomendações com sugestões de aperfeiçoamento da legislação e adoção de medidas jurídicas e administrativas, como a criação do Cadastro Nacional de Correntistas, o intercâmbio permanente de informações, o trabalho conjunto entre as instituições envolvidas, a criação de varas especializadas nos crimes de lavagem de ativos e contra o sistema financeiro nacional, a ampliação do rol dos crimes antecedentes (especialmente para inclusão da sonegação fiscal e dos crimes contra o mercado de capitais),a simplificação e otimização dos procedimentos para obtenção de documentação e a especialização e contínua capacitação dos órgãos judicantes e investigativos.

No que concerne à instituição que orgulhosamente integro, reafirmo minha inabalável convicção de que o Ministério Público precisa de organização e de modernização em metodologias para exercer plenamente e a contento sua missão institucional e corresponder ao que dele a sociedade espera, adaptando-se à observação dos novos contornos da criminalidade. Infelizmente, o Ministério

(17) Ibidem.

Público do Brasil não tem uma unidade especializada no combate à espinha dorsal da criminalidade organizada, como é a lavagem de ativos.[18]

Espera-se do Poder Público brasileiro uma demonstração mais convincente de empenho na formação e capacitação das unidades de inteligência financeira, magistrados, membros do Ministério Público, policiais, encarregados de fiscalização e supervisores de atividades dos mercados financeiro e de capitais, além da promoção do fortalecimento institucional. Outra providência essencial e premente é a ampliação dos mecanismos de cooperação regional e internacional, com o incentivo a novos acordos e tratados bilaterais e multilaterais de cooperação internacional em matéria penal, observando que a autoridade central dessas avenças deveria ser sempre o Procurador-Geral da República, Chefe do Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e que tem a atribuição constitucional de ser o titular da ação penal pública.[19]

(18) No âmbito do Ministério Público Federal, o Grupo de Atuação Especial no Combate à Lavagem de Dinheiro, criado em 27.02.2003, foi extinto em 31.07.2003.

(19) Constituição da República Federativa do Brasil, arts. 127 a 130.

3.3

RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS*

RAFAEL MAFEI RABELO QUEIROZ

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 A forma de pensar os sujeitos de direito penal – 2. A carência do atual modelo de sujeitos de direito penal – 3. As diferenças jurídicas entre pessoas físicas e pessoas jurídicas: 3.1 Personalidade jurídica coletiva e sua evolução; 3.2 Personalidade jurídica individual e sua evolução; 3.3 O método de Hans Kelsen: "as pessoas físicas são, na verdade, pessoas jurídicas"; 3.4 Personalidade jurídica e a ideologia dos direitos fundamentais – 4. Os sujeitos de direito penal abstratamente considerados: 4.1 Significado do vocábulo "pessoa"; 4.2 O agir de uma pessoa jurídica: a ação abstratamente considerada; 4.3 A ação abstratamente considerada e o dogma do caráter individual das penas – 5. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O artigo trata da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, abordando o assunto por uma perspectiva diferente daquela com que normalmente é apresentado. A argumentação nele contida foge, pois, das comparações psíquicas, físicas e biológicas entre pessoas físicas e jurídicas. Por meio de um panorama histórico da personalidade jurídica (individual e coletiva), procura-se demonstrar a viabilidade jurídica da responsabilização penal das corporações, sem, contudo, fazer qualquer consideração acerca da necessidade ou conveniência político-criminal de sua adoção.

Palavras-chave: Pessoas jurídicas – Responsabilidade penal – Sujeitos de direito penal – Personalidade jurídica – Empresas.

1. Introdução

O objetivo deste trabalho, como bem indica seu título, é estudar a viabilidade jurídica (e não a conveniência político-criminal) da responsabilização penal das corporações, sob o enfoque das características dos sujeitos de Direito Penal, diante do atual regramento dogmático da matéria, bem como das correntes doutrinárias que lhe fornecem respaldo. Nele, buscar-se-á o melhor estudo e compreensão desta que é a principal questão a ser respondida por quem pretender debruçar-se sobre o tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas: quem são – ou melhor, quem podem ser – os *sujeitos de Direito Penal*?

(*) Monografia apresentada no 1.º Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM, realizado no ano 2002.

Este estudo não se focará nas características naturais (físicas e biológicas) desses sujeitos, senão para tentar mostrar que a busca por uma resposta ontológica à questão não traduz uma verdade satisfatória; apóia-se, isto sim, em nosso direito positivo, visando a extrair dele respostas que permitam a formulação de um raciocínio favorável, ou não, à possibilidade de responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas.

É aqui, contudo, que se traça seu limite; o objetivo do texto é tão-somente debater a possibilidade, ou não, de responsabilização criminal dos entes coletivos diante dos contornos de nosso ordenamento jurídico positivo. Não serão objetos deste estudo, destarte, questões de cunho criminológico ou político-criminal. O trabalho não se preocupa, portanto, em fazer juízos críticos acerca da eficiência da responsabilização criminal das pessoas jurídicas, ou em traçar comparações de cunho pragmático entre sanções criminais, civis e administrativas. Seu escopo volta-se a um momento anterior do processo de criminalização: o da averiguação de sua possibilidade jurídica.

1.1 A forma de pensar os sujeitos de direito penal

A maior polêmica quanto à responsabilização penal das pessoas jurídicas tem nascedouro nos conceitos dogmáticos de *ação* e *culpabilidade*, o quais, segundo o pensamento predominante, não podem ser adequadamente atendidos ao se incluir no rol dos sujeitos de Direito Penal qualquer ente que não seja um ser humano.[1]

A determinação daquilo que se tem por conteúdo do atual conceito dogmático de crime deu-se por meio de uma evolução de idéias jurídicas, filosóficas e científicas, cuja característica mais acentuada é a valorização da figura do ser humano.

Esse processo guarda raízes no pensamento de Guilherme de Ockham (1290-1349), pensador inglês cujas idéias antropocêntricas representaram uma significativa ruptura dos padrões de sua época. "Se imaginarmos que o mundo medieval, mesmo o mundo das comunas burguesas, é um mundo de ordens e corporações, uma filosofia exclusivamente individualista, do ponto de vista político, não está ainda plenamente à vontade ou em casa".[2]

É com o fim da Idade Média, todavia, que ganha relevância o papel do indivíduo no universo do direito, visto não mais como dado a ser levado em conta, mas sim como ponto de referência da ordem jurídica. O espanhol Francisco de Vitória (1480-1546) e o holandês Hugo Grócio (1583-1645) foram pioneiros neste

(1) Para uma resumida, porém contundente e abrangente crítica da responsabilização penal da pessoa jurídica, veja-se, por todos, DOTTI, René Ariel. "A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)". *RBCCrim* 11, São Paulo: RT.

(2) LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história – Lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 169.

ofício, ao contraporem as liberdades individuais às sagas de suas respectivas nações. O primeiro defendeu a liberdade natural dos indígenas do Novo Continente, alvos da política mercantilista da Espanha quinhentista, considerando-os um povo independente e que, portanto, deveria ter com o imperador Carlos V uma relação de não-sujeição;[3] já o segundo pregou a liberdade de culto dos cristãos reformados, na esteira dos ensinamentos de Tiago Arminius, de Leyden,[4] que passaram a ser perseguidos pelas províncias calvinistas.

O fortalecimento do Direito Natural moderno trouxe, em definitivo, o indivíduo para o centro das considerações políticas, filosóficas e jurídicas. Não obstante alguns autores tenham encampado oposição contra as teorias de liberdade absoluta dos homens – Thomas Hobbes, da escola inglesa, e Samuel Pufendorf, da escola prussiana –, é certo que ganhou enorme força a idéia segundo a qual as liberdades individuais advinham de direitos divinos, conhecíveis pela boa razão, sendo esperado do direito positivo tão-somente que os garantisse e respeitasse, como divinos que eram.

Chegada a era dos *Direitos Fundamentais*, mantém-se a idéia de que a pessoa humana, individual e coletivamente considerada – vista como *humanidade*, e não apenas individualmente –, permanece como ponto de referência da dogmática jurídica.

A teoria dos sujeitos de Direito Penal e a definição das categorias dogmáticas do crime, por óbvio, não restaram imunes a essas influências. "O indivíduo, como sujeito de Direito Penal, marcou os conceitos dogmáticos da teoria do delito e, em conseqüência, um conceito de ação e de culpabilidade adequado única e exclusivamente às suas capacidades."[5] Daí advém, naturalmente, a dificuldade de se aceitar a responsabilização penal das pessoas jurídicas, vez que tal tarefa passa, necessariamente, por adequá-la às vigentes categorias dogmáticas do crime, notadamente as de *ação* e *culpabilidade*, concebidas, em anos já afastados,[6] em função das características físicas, psicológicas e biológicas das pessoas físicas.

Neste ponto, chega-se à questão crucial do debate: tendo sido as categorias dogmáticas de crime elaboradas precipuamente às vistas das características – físicas, biológicas e psicológicas – dos seres individuais, fica claro que qualquer tentativa de se adequar a pessoa jurídica a essas categorias tende a extrapolar os limites do aceitável. Afinal, parece impossível que se consiga conceituar

(3) LOPES, op. cit., p. 183 et seq.

(4) Idem, p. 188 et seq.

(5) BACIGALUPO, Silvina. "La crisis de la filosofia del sujeto individual y el problema del sujeto del derecho penal". *Cuadernos de Política Criminal* 67/12, Madri: Edersa, 1999, tradução livre.

(6) O atual modelo dogmático jurídico-penal, em que predomina a doutrina finalista, foi criado por Hans Welzel, na década de 30 do século passado. Cf. Luiz Régis Prado, em prefácio de WELZEL, Hans. *O novo modelo jurídico-penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: RT, 2001.

o agir de uma pessoa jurídica ao conceito dogmático de *ação* se este continuar a ser entendido como "qualquer movimento corporal, ou seja, movimento muscular", com o definiu von Liszt.[7]

Partindo do pressuposto de que o indivíduo é o sujeito de Direito Penal por excelência e que as categorias dogmáticas do crime são definidas em função de suas características psico-biológicas, as pessoas jurídicas jamais reuniriam condições de se tornarem sujeitos de Direito Penal. Por isso, segundo Bacigalupo, "a eleição de uma determinada idéia de sujeito[8] condiciona os conceitos e as soluções dogmáticas da teoria do delito e em especial os da *ação* e da *culpabilidade*; por isso, a negação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas sobre a base da incapacidade de ação e de culpabilidade, no sentido da teoria do delito atual, adoece de uma certa circularidade".[9]

As diferenças físicas entre os seres individuais e as corporações são, de fato, insuperáveis. A questão, no entanto, é saber se a conceituação dos sujeitos de Direito Penal deve partir, necessariamente, da constituição física dos primeiros; talvez não seja esta a melhor forma de se debruçar sobre a polêmica.

O curso da história do direito positivo mostra uma tendência pendular na diferenciação entre pessoas físicas e jurídicas: ora elas se assemelham, ora são diferenciadas. Tal constatação sugere a idéia de que as diferenças psico-biológicas entre uns e outros não possuem caráter determinante na dogmática jurídica. Mais ainda, mostra que as diferenças jurídicas entre umas e outras, quando existem, não vêm da própria natureza das coisas – não são, portanto, ontológicas –, mas tão-somente das disposições de direito positivo e do pensamento filosófico de cada época.

Chega-se, aqui, ao ponto nevrálgico deste trabalho: não se pretende negar as diferenças físicas, psicológicas e biológicas entre pessoas físicas e pessoas jurídicas, e tampouco tentar adaptar, por meio de ficções, as características de umas às outras. Trata-se, isto sim, de perquirir até onde essas diferenças psico-biológicas – que são óbvias e notórias – têm relevância jurídica, a ponto de pré-condicionarem a definição dogmática de crime.

2. A carência do atual modelo de sujeitos de direito penal

Antes de se falar em uma nova referência para a conceituação dos sujeitos de Direito Penal, uma pergunta surge: por que mudar? Se as atuais bases dogmáticas do crime têm suportado à provação de um século de debates doutrinários, se têm sido colocadas à prova no dia-a-dia dos tribunais, salas de aulas e conferências, por que buscar uma outra definição dos sujeitos de Direito Penal que não aquela calcada nas características físicas e psico-biológicas dos seres humanos?

(7) BACIGALUPO, op. cit., p. 20.

(8) A categoria determinada de sujeito a que a autora se refere é o ser humano.

(9) BACIGALUPO, op. cit., p. 16.

A resposta está, sem nenhuma dúvida, na incapacidade da atual conceituação dos sujeitos de Direito Penal em atender às demandas contemporâneas de política criminal. "A idéia de sujeito que tem sido o ponto de referência das categorias dogmáticas da *ação* e *culpabilidade* não é capaz de resolver o problema criado na atualidade por numerosas condutas *coletivas*, cuja realização é percebida na sociedade como pensamentos que requerem a aplicação de penas criminais, como são as condutas puníveis cometidas por ou a partir de pessoas jurídicas. Por esta razão, o modelo de Direito Penal dominante, baseado em um sujeito individual, parece incapaz de solucionar os conflitos sociais que hoje se consideram de relevância penal".[10]

Segundo García Cavero,[11] esta insuficiência de punição transpareceu, pela primeira vez, em uma sentença judicial do *preußisches Obertibunal*, datada de 09.11.1874, que decidiu um caso de bancarrota conforme o Código Penal então vigente.

Tratava-se da persecução penal de um membro do conselho de administração da companhia, uma cooperativa que havia suspendido o pagamento a seus credores, por haver lavrado os livros de comércio da pessoa jurídica de maneira totalmente irregular. "O problema de imputação de responsabilidade que se apresentava era que a conduta falimentar descrita pelo § 283-2 do RStGB só podia ser realizada pelo *devedor*, e dita qualidade especial recaia sobre a sociedade, e não sobre seu órgão de administração".[12] Assim, o modelo de sujeito de Direito Penal calcado exclusivamente na figura do indivíduo leva, nos felizes dizeres de García Cavero, a *vazios de punibilidade*.[13]

A chamada pela revisão do atual modelo de sujeito de Direito Penal vem, portanto, das necessidades de se suprir esses "vazios de punibilidade".

3. As diferenças jurídicas entre pessoas físicas e pessoas jurídicas

A história do direito mostra que a conceituação dos *sujeitos de direito* variou de tempos em tempos, sempre de acordo as conveniências econômicas de cada época e as correntes ideológicas dominantes.[14] Nem sempre os seres hu-

(10) BACIGALUPO, op. cit., p. 12.

(11) García Cavero, Percy. "La discusión doctrinal em torno al fundamento dogmático del actuar em lugar de otro". *Revista de Derecho Penal e Criminologia* 9. Madri: UNED, jan. 2002.

(12) GARCÍA CAVERO, op. cit., p. 104.

(13) Idem, p. 103 et seq.

(14) Para uma visão global sobre a evolução jurídica e ideológica no curso da história, v. HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Lisboa: Europa-América, 1998; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion – De la antigüedad a nuestros dias*. Madri: Trotta, 2001; LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit.

manos foram considerados, indistintamente, *pessoas físicas* (ou seja, sujeitos individuais de direito), da mesma forma que nem sempre as *pessoas jurídicas* foram aceitas como sujeitos de direito. O tratamento de umas e outras variou muito no curso da história. Isso mostra que, se por um lado as diferenças físicas entre seres humanos e corporações são insuperáveis, suas diferenças jurídicas, ao contrário, são maleáveis.

3.1 Personalidade jurídica coletiva e sua evolução

O Direito Romano já previa a existência de sujeitos de direito distintos das pessoas físicas (o Estado Romano – *populus Romanus* – e seu erário, as organizações municipais e as colônias),[15] mas em moldes diferentes dos que conhecemos hoje. Isso porque as pessoas jurídicas foram concebidas, precipuamente, como esquemas de separação patrimonial, o que era dispensável na ordem jurídica romana. "Se a pessoa jurídica é um esquema de separação de patrimônio, representação e responsabilidade para uma atividade, o papel mais próximo disto é desempenhado em Roma pela *família* (patrimônio resguardado como fundo único, representado pelo pai – *pater famílias* – responsável jurídico".[16]

A necessidade de se conceber uma nova regulação jurídica para os problemas de patrimônio comum, representação e responsabilidade patrimonial começa a partir do direito canônico, desligando-se do esquema anterior, que se apoiara nos laços de família (Roma) e de vassalagem (direito feudal).[17] Passa-se a conceber a Igreja, a partir da Idade Média, como uma universalidade distinta de cada um de seus membros. É nessa época, também, que surge a instituição das *corporações*, cujos interesses passaram a ser vistos separadamente em relação aos de seus membros: aquelas sobreviviam em relação a estes.

A conceituação da sociedade mercantil como sujeito jurídico vem com o direito privado moderno, a fim de "pôr em movimento a máquina de produção capitalista", teoria esta que encontra suas origens nas corporações da Idade Média.[18] Por isso, "é provavelmente no âmbito do direito comercial que a personalidade jurídica das sociedades primeiro se impõe".[19]

As companhias estatais do período capitalista moderno – as empresas coloniais portuguesas, espanholas, holandesas, inglesas e francesas do século XVII – fazem surgir "as formas embrionárias da moderna pessoa jurídica".[20] Nestas, aparecem duas das principais características das pessoas jurídicas contemporâ-

(15) MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 38.

(16) LOPES, op. cit., p. 108.

(17) Idem, p. 109.

(18) Idem, p. 411.

(19) Idem, p. 413.

(20) Idem, ibidem.

neas: *(i)* a limitação da responsabilidade dos sócios, que lhes era concedida com a natureza de privilégio real; e *(ii)* a divisão do capital social em partes determinadas, as ações.[21] Durante muito tempo, estas companhias não podiam constituir-se sem a autorização do Poder Público – daí por que se dizer, como faz Lopes,[22] que o Direito Comercial tornou-se, a partir de então, um direito progressivamente público.

No Brasil, é também com as companhias de comércio que se começa a conceber a personalidade jurídica abstratamente, independentemente de pessoas físicas. As companhias, entre nós, tinham o objetivo de preencher o vazio muitas vezes deixado pelo governo colonial português: "toda vez que a Coroa [Portuguesa] não pôde explorar diretamente [as colônias] (na restauração de 1640 – cuja guerra de independência com a Espanha era cara –, no terremoto de Lisboa de 1755 – cuja reconstrução também era dispendiosa) então os particulares foram encarregados do comércio".[23] Estas também desfrutavam do mesmo tratamento jurídico das companhias européias. As concessões que os governos faziam às companhias européias e nacionais (separação patrimonial, divisão do patrimônio em ações), frise-se, eram concebidas como privilégios outorgados pelas coroas, já que não existiam previsões nesse sentido na legislação então vigente. É por isso que, no Código Comercial de 1850, a constituição de pessoas jurídicas depende de autorização governamental.

Teixeira de Freitas, em sua Consolidação das Leis Civis de 1857, começa, ainda que timidamente, a dar o atual contorno positivo às pessoas jurídicas. No art. 40 de sua Consolidação, relacionou as seguintes: cidades, vilas, câmaras, conselhos, confrarias, priores e conventos, marido e mulher, irmãos em uma herança etc. Não constam da lista, porém, as sociedades.[24] Em seu esboço de Código Civil (1860), trata da questão novamente, distinguindo pessoas físicas e pessoas jurídicas como as de *existência visível* ou *existência ideal*,[25] respectivamente. Com o advento da República, enfim, reconhece-se a personalidade jurídica das sociedades civis em geral, por meio da Lei 173, de 10.09.1893.

Neste ponto, cumpre tecer algumas considerações acerca do até agora exposto.

A análise histórica do reconhecimento das pessoas jurídicas como sujeitos de direito mostra que este não se deu por razões *ontológicas* (ou seja, porque a natureza das coisas demandasse o reconhecimento de sua personalidade jurídica), mas sim por razões *teleológicas* – ou seja, reconheceu-se a personalidade jurídica das corporações, companhias e sociedades civis sempre com os fins de se atender a determinadas conveniências, quase sempre de caráter comercial (ou

(21) Idem, ibidem.
(22) Idem, ibidem.
(23) Idem, p. 414.
(24) Idem, p. 416.
(25) Idem, p. 417.

econômico em geral). É por isso que o desenvolvimento da teoria das pessoas jurídicas é tímido em Roma, em que o papel de separação e unidade patrimonial autônoma era desempenhado pela família; é por conveniência que se começa a dar tratamento jurídico para as corporações medievais, bem como para Igreja, pois se via como necessário que estas sobrevivessem em relação aos indivíduos que as compunham e administravam; também foi uma razão de conveniência – interesse das monarquias mercantilistas européias – que impôs o reconhecimento de autonomia das companhias marítimas de então, na forma de privilégios reais; da mesma forma, o atual regramento da matéria atende às conveniências da dinâmica da atividade comercial (e econômica em geral).

A teoria da pessoa jurídica desenvolveu-se, enfim, para atender não a um reclamo da natureza, mas sim a finalidades econômicas, ligadas à expansão do comércio a partir da Idade Média. A estreita relação entre *pessoas jurídicas* e *teleologia*, aliás, é pilar da teoria institucionalista de Maurice Hariou. Segundo os institucionalistas, "nas sociedades, diversos homens se reúnem tentando alcançar um fim determinado, e é esse fim ou idéia diretora que confere unidade à entidade que surge. A pessoa jurídica é uma existência, mas uma existência teleológica, ou seja, finalística. Uma sociedade comercial existe porque nela se reúnem duas ou mais pessoas dirigidas pela idéia de fundar uma empresa. O elemento nucelar da instituição é a idéia que congrega e inspira aqueles que se dedicam à mesma tarefa, conjugando esforços diversos visando a um fim determinado".[26]

O tratamento jurídico dos chamados "entes coletivos", portanto, não deve ser apoiado em razões naturais, ontológicas, pois as pessoas jurídicas, em sua essência, não possuem natureza ontológica, mas tão-somente teleológica. O estudo da responsabilidade penal das pessoas jurídicas com apoio nas comparações físicas entre estas e os seres humanos é, por isso, uma tentativa insustentável de se chegar a uma resposta satisfatória à questão, pois falha em seu nascedouro, ao negligenciar o fato de que umas e outras só existem em planos lógicos distintos: enquanto as pessoas jurídicas existem somente no plano *teleológico*, as pessoas físicas, como sujeitos de direito – e apenas como sujeitos de direito, frise-se! –, existem em outro plano, o *ideológico*.

É o que se constata por meio do panorama histórico da teoria da personalidade jurídica individual.

3.2 Personalidade jurídica individual e sua evolução

Ao contrário do que se possa imaginar, não obstante nunca se tenha duvidado da existência dos seres humanos (homens, mulheres, crianças e escravos), nem sempre se conferiu, indistintamente, o *status* de sujeito de direito a todos eles.

(26) REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 232-233.

Desde o período pré-justinianeu, já se reconhecia personalidade jurídica ao nascituro, considerando-o como já nascido: *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus agatur* (Institutas de Gaio, 1.147; Digesto, 1.5.7).[27] Não se reconhecia como sujeito de direito, porém, o feto que nascesse com forma imperfeita.

No que tange à plenitude da capacidade jurídica, também havia diferenciações. No Direito Romano, "distinguiam-se diversas categorias de homens".[28] A plena capacidade jurídica dependia do *status civitatis* (ser cidadão romano), do *status libertatis* (ser livre) e do *status familiae* (ser independente do pátrio poder).[29] Os escravos, exemplificativamente, não possuíam personalidade jurídica, podendo ser tão-somente objetos das relações jurídicas, não obstante não se lhes negasse a natureza de seres humanos.[30] Cumpre mencionar, ainda, que a escravidão era uma marca jurídica permanente na linhagem das famílias, vez que o nascimento também era considerado fonte da escravidão: "era escravo o filho de escrava, independentemente da classe social do pai (livre ou escravo). Foi somente o direito justinianeu que concedeu o favor da liberdade ao filho de escrava que tivesse estado em liberdade em qualquer momento da gestação".[31]

Esse mesmo fenômeno pode ser identificado no direito grego clássico.

Ao contrário do que costuma sugerir a idéia de escravidão, a Grécia antiga acolhia os escravos em seu seio social de forma aberta, não havendo registros de atrocidades como as praticadas no período mercantilista colonial. Trabalhando lado a lado com os cidadãos livres em serviços burocráticos ou domésticos, registram-se testemunhos de viajantes que se surpreenderam com a integração dos escravos na vida social grega, pois "não se distinguiam dos livres pelos trajes ou pelos modos".[32] A capacidade jurídica destes, no entanto era mitigada: não podiam participar da vida política, nem lutar pela cidade.[33] O tratamento jurídico dos diferentes gêneros era, também, surpreendentemente igualitário: "Nas relações de família conhecia-se o divórcio recíproco, com iguais direitos para homens e mulheres".[34]

A atribuição de capacidades jurídicas diferenciada a seres humanos essencialmente iguais – inclusive no tocante à capacidade de discernimento – encontrou seu maior adversário na implementação da ordem jurídica contemporânea, que se costuma chamar *liberalismo*,[35] firmada a partir do século XVIII. No pla-

(27) MARKY, op. cit., p. 28.
(28) Idem, p. 29.
(29) Idem, ibidem.
(30) Idem, ibidem.
(31) Idem, p. 30.
(32) LOPES, op. cit., p. 34.
(33) Idem, ibidem.
(34) Idem, ibidem.
(35) HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Lisboa: Publicações Europa América, 1998. p. 169.

no destes novos princípios, este "novo direito" primou pela liberdade, pela propriedade e – aqui o ponto que nos interessa – pela igualdade perante a lei. "A garantia da igualdade punha fim (...) a certos estatutos discriminatórios em matéria política (acesso a cargos públicos, universalidade tendencial da representação política), processual e, sobretudo, penal, instituindo aqui o princípio da igualdade das penas".[36]

A evolução do *positivismo sociológico* de Comte, com sua crítica feroz ao individualismo,[37] teve – e ainda tem – enorme influência no campo do direito. "No domínio do direito privado, o positivismo procurou temperar o individualismo e liberalismo ferozes, protegendo as partes mais fracas das relações jurídicas (trabalhadores, crianças). (...) Laicizou a constituição da família e introduziu medidas no sentido da igualdade dos cônjuges".[38]

É fácil ver, por esse breve panorama histórico da teoria da pessoa física, que nem sempre todos os seres humanos foram considerados sujeitos de direito, indistintamente e na medida de suas igualdades naturais, não obstante nunca se tenha negado a todos eles a natureza ontológica de *ser humano*. O que se vê, com isso, é que a personalidade jurídica não está ontologicamente ligada ao fato de se ser pessoa humana (não obstante a ideologia dos direitos fundamentais passe esta idéia, já que, segundo ela, todos os homens nascem iguais em direitos[39]). A personalidade jurídica individual universal e indistinta não advém da ontologia, mas sim de determinada *ideologia* – o liberalismo.

Conclui-se, por isso, que a pessoa jurídica, como sujeito de direito, encontra seu fundamento na *teleologia*, enquanto a pessoa física, como sujeito de direito – não como fenômeno físico ou biológico – encontra seu fundamento em *ideologia*, ambas consideradas pelo direito positivo. A adequada abordagem à questão da capacidade de responsabilidade penal das pessoas jurídicas deve, necessariamente, levar em conta esses diferentes planos lógicos.

Destarte, parece-me equivocado desde o nascedouro qualquer debate acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica que procure centrar-se na natureza física, psicológica e biológica dos sujeitos (ou seja, na *ontologia*) para tentar explicar-lhes as razões de ser. Por esse motivo, Santiago Mir Puig afirma que a questão da responsabilidade penal das corporações não tem sua resposta na natureza das coisas, mas tão-somente na *deontologia*.[40]

Para que se comece, então, a responder à questão com base em seus corretos alicerces, é necessário, de início, apontar quais são as verdadeiras diferenças *jurídicas* – e não psico-biológicas – entre pessoas físicas e pessoas jurídicas, a

(36) Idem, p. 171.

(37) Idem, p. 201-202.

(38) Idem, p. 210.

(39) Cf. *Declaração de direitos da Revolução Francesa*, art. 1.º.

(40) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte general*. Barcelona, 1996. p. 151-152.

fim de se concluir se essas diferenças viabilizam, ou não, a responsabilização criminal das pessoas jurídicas. Para tal fim, o método de Kelsen é um bom ponto de partida.

3.3 O método de Hans Kelsen:[41] *"as pessoas físicas são, na verdade, pessoas jurídicas"*

Antes de mais nada, cumpre fazer uma ressalva: recorre-se a Kelsen, aqui, apenas para fins *metodológicos*, e não epistemológicos. É sabido que o normativismo puro kelseniano vem, há muito, dando sinais de esgotamento. Contudo, o método por ele utilizado na explanação de sua teoria sobre a personalidade jurídica – ou seja, o instrumental teórico com o qual constrói seu objeto de estudo – leva em conta os diferentes planos lógicos envolvidos pela questão, o que, para os fins deste trabalho, é fundamental.

Em sua *Teoria pura do direito*, ensina Kelsen que a doutrina tradicional identifica o conceito de *sujeito jurídico* com o de *pessoa*. "Eis a definição [da teoria tradicional]: pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres".[42] Porém, dado que não só os seres humanos, mas também outras entidades, podem ser sujeitos de direitos, as chamadas "pessoas jurídicas" são tradicionalmente definidas como entidades portadoras de sujeitos e deveres. "O conceito de um 'portador' de direitos e deveres jurídicos desempenha na teoria tradicional um papel decisivo".[43] Se este portador de sujeitos e deveres for um ser humano individualmente considerado, fala-se em *pessoa física*; se forem as demais entidades supra-individuais, fala-se em *pessoa jurídica*. "Ao mesmo tempo contrapõe-se a pessoa física, como pessoa *natural*, à pessoa jurídica, como pessoa *artificial*, quer dizer, como pessoa não *real* mas construída pela ciência jurídica".[44]

Kelsen contesta esta idéia, que, segundo ele, estaria na contramão daquilo que sugere uma análise estritamente normativa da questão: não se pode pretender diferenciar as pessoas jurídicas das pessoas jurídicas por serem elas construções artificiais, pois as pessoas físicas também o são; segundo Kelsen, a pessoa física é também "apenas uma pessoa jurídica".[45] Isso porque, segundo o jurista, "num conhecimento dirigido às normas jurídicas, não são tomados em consideração – nunca é demais acentuar isto – os indivíduos como tais, mas apenas as suas ações e omissões, pela ordem jurídica determinada, que formam o conteúdo das normas jurídicas".[46]

(41) As obras de referência para a teoria da personalidade jurídica do jurista austríaco são: *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998; *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

(42) KELSEN, *Teoria pura...*, p. 191.

(43) Idem, ibidem.

(44) Idem, p. 191-192.

(45) Idem, p. 192.

(46) Idem, p. 189.

Se, no caso da *pessoa jurídica*, os direitos e deveres jurídicos podem "ter por suporte" algo que não seja o indivíduo, também no caso da chamada *pessoa física* o que "serve de suporte" aos direitos e deveres jurídicos que essa pessoa física tem de ter em comum com a pessoa jurídica, já que, na verdade, ambas são pessoas enquanto 'portadoras' de direitos e deveres jurídicos, pode não ser o indivíduo, pode não ser este o portador em questão, mas algo que o indivíduo possua e que as comunidades a que nos referimos como pessoas jurídicas igualmente possuam.

"Em que consiste, então, o fato de que a teoria tradicional caracteriza com a afirmação de que a ordem jurídica empresta ao indivíduo ou a certos indivíduos a personalidade jurídica, a qualidade de ser pessoa? Nada mais nada menos que na circunstância de a ordem jurídica impor deveres e conferir direitos aos indivíduos."[47]

Para Kelsen, portanto, o que faz do sujeito de direito – pessoa física ou jurídica – aquilo que é são os seus comportamentos juridicamente regulados: "a afirmação de que um indivíduo é sujeito de um dever jurídico, ou tem um dever jurídico, nada mais se significa senão que uma determinada conduta deste indivíduo é conteúdo de um dever pela ordem jurídica estatuído".[48]

O conhecimento dirigido exclusivamente ao ordenamento jurídico posto, como se propõe a fazer Kelsen,[49] revela que *pessoa* (como sujeito de direito) e *ser humano* são conceitos distintos, não obstante o próprio Kelsen assuma que, no Direito moderno, "todos os homens são pessoas"[50] – ou seja, todos são sujeitos de direito, indistintamente. O ser humano como realidade psico-biológica, assim, é alheio ao objeto da ciência jurídica. A pessoa só existe, para o direito, enquanto sujeito de direitos e deveres jurídicos; desaparecidos estes, desaparece o próprio sujeito de direito, não obstante sua existência biológica subsista: "a pessoa, como 'suporte' de deveres jurídicos e direitos subjetivos, não é algo diferente dos deveres jurídicos e dos direitos subjetivos dos quais ela se apresenta como portadora, da mesma forma que uma árvore da qual dizemos, numa linguagem substantivista, expressão de um pensamento substancializador, que tem um tronco, braços, ramos, folhas e flores não é uma substância diferente deste tronco, destes braços, ramos, folhas e flores, mas apenas o todo, a unidade destes elementos".[51]

Assim, a pessoa física ou jurídica, que tem direitos e deveres objetivos, *é* estes deveres e direitos; "é um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão-so-

(47) Idem, 192.

(48) Idem, p. 188.

(49) Sobre os objetivos e objetos de estudo da teoria jurídica purificada de Kelsen, vejam-se os prefácios das diferentes edições de *Teoria pura do direito*.

(50) Idem, p. 192.

(51) Idem, ibidem.

mente a personificação desta unidade".[52] "A pessoa existe apenas na medida em que tem deveres e direitos; separada deles, a pessoa não tem qualquer existência. Definir a pessoa física (natural) como um ser humano é incorreto, porque *homem* e *pessoa* não são apenas dois conceitos diversos, mas também os resultados de dois tipos inteiramente diversos de consideração. Homem é conceito da biologia e da fisiologia, em suma, das ciências naturais. Pessoa é um conceito da jurisprudência,[53] da análise de normas jurídicas".[54]

A teoria de Kelsen, não obstante representar um rompimento exagerado para com a sociologia jurídica,[55] tem o mérito de enxergar cada objeto de acordo com sua própria natureza lógica: o físico como físico, o jurídico como jurídico, o sociológico como sociológico, o ideológico como ideológico etc. Não se pretende aqui, repita-se, sugerir uma retomada da teoria kelseniana dos sujeitos de direito, pois, como já mencionado, este positivismo cru vem, há muito, dando sinais de esgotamento. Estes ensinamentos, porém, vêm reforçar a idéia de que a resposta para a nossa pergunta – *quem podem ser os sujeitos de direito penal?* – não será encontrada exclusivamente na ontologia, como se tem insistentemente procurado fazer. O abstracionismo de Kelsen mostra que é possível separar os dados do problema de acordo com suas respectivas naturezas lógicas, sem considerá-los todos como fenômenos naturais incontornáveis, que é o que fazem, aprioristicamente, alguns dos críticos da responsabilização criminal das pessoas jurídicas.

Esse abstracionismo, porém, encontra limites na teoria contemporânea dos sujeitos de direitos. Não são, contudo, limites ontológicos, mas sim ideológicos, pois, como já se comentou (v. item 3.2 *supra*), a personalidade jurídica individual é um fenômeno não de ontologia, mas sim de ideologia.

3.4 Personalidade jurídica e a ideologia dos direitos fundamentais

Se a teoria de Kelsen tem o mérito de enxergar cada coisa tal qual sua natureza lógica, ela oferece o perigo de possibilitar a absoluta equiparação entre pessoas físicas e pessoas jurídicas, já que tanto umas quanto outras são criações do direito. Como estas últimas têm finalidade *teleológica* (v. item 3.1, supra) e o jurista austríaco vê as pessoas físicas como "pessoas jurídicas", a teoria kelseniana dos sujeitos de direito pode ensejar a manipulação da pessoa huma-

(52) Idem, p. 193.

(53) "Jurisprudência", aqui, é utilizada com o significado de "teoria do direito", como se faz no direito anglo-saxão (*jurisprudence*), e não como designação de um conjunto de decisões de tribunais, como no direito brasileiro.

(54) KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 137.

(55) Nesse sentido, REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 234.

na, tratando-a não como fim em si mesma, mas sim como meio de atingir objetivos de terceiros. Isso não se pode aceitar, pois a teoria contemporânea dos sujeitos de direito é ditada pela a ideologia dos *direitos fundamentais*, que proíbe que assim se faça.

Segundo Fábio Konder Comparato,[56] a perquirição sobre a finalidade da vida humana deve começar com a distinção entre *fim* e *finalidade*. "O fim de algo é sua extremidade física, ou o encerramento de um ciclo temporal; ou seja, o seu limite ou ponto de chegada. (...) Já a finalidade compreende dois sentidos. Ela é, de um lado, a utilidade de uma coisa, aquilo para a qual ela serve. De outro lado, fala-se também em finalidade, por referência ao homem, para indicar o escopo de uma ação, ou o objetivo de toda a vida humana".[57]

Ensina o professor que, se o fim da vida é a morte, esta não pode, de maneira alguma, ser sua finalidade, seu objetivo. "O homem não vive simplesmente para morrer. (...) A vida humana não é meramente vegetativa nem se reduz à simples reprodução da espécie. Ela representa, por sua própria natureza, a transformação do homem e do mundo circunstante".[58] Na esteira dos ensinamentos de Aristóteles e sua *Ética a Nicômaco*, Comparato conclui que a finalidade da vida humana tem sido expressa, através da história, pela idéia de *felicidade*. "Ninguém jamais sustentou que o seu objetivo na vida é ser infeliz".[59]

Mas o que seria uma vida feliz? Esta seria, segundo o autor, a plena realização de todas as qualidades inerentes à essência do ser humano, como a capacidade cognitiva, o saber tecnológico, o gênio artístico e a energia do amor, que nos eleva à plenitude da existência humana. A realização dessas qualidades essenciais, porém, é submetida a determinadas condições de vida, como a qualidade do meio ambiente e a organização política. A felicidade, porém, não é um presente divino ou um dado da natureza; as condições gerais de felicidade são inteiramente criadas pelo homem, que, "considerado individual ou coletivamente, é sempre o autor de sua própria felicidade".[60]

A busca dessa felicidade, porém, encontra um obstáculo intransponível, que decorre de sua própria definição: nenhum homem pode servir de fim ou instrumento útil a outrem, pois isto seria reificar a condição humana. Essas idéias, aliás, são pilares de famosas declarações históricas dos direitos humanos, como a Declaração de Direitos da Virgínia e a Declaração de Independência dos Esta-

(56) Um dos textos no qual se apóia este item do trabalho é *Finalidade da vida humana*, de Fábio Konder Comparato, que foi fornecido pelo autor como roteiro de aula do curso de filosofia do direito ministrado aos alunos de 3.º ano da Faculdade de Direito da USP. O texto está disponível no serviço de reprografia do Centro Acadêmico "XI de Agosto", no porão da Faculdade. Não há indicação de sua publicação.

(57) COMPARATO, op. cit., p. 1.

(58) Idem, ibidem.

(59) Idem, ibidem.

(60) Idem, p. 2.

dos Unidos da América, que conferem a todos, indistintamente, o direito à vida, à liberdade e à busca de felicidade (*pursuit of happiness*).[61]

Assim, o reconhecimento de que pessoas físicas e pessoas jurídicas não são fenômenos ontológicos, mas sim conceitos jurídicos, não autoriza a absoluta equiparação entre uns e outros, pois as primeiras são regramentos jurídicos das vidas de seres humanos. Por isso, se por um lado é da própria natureza *teleológica* das pessoas jurídicas que estas existam visando a determinados fins, por outro, é também do regramento *ideológico* hoje predominante que as pessoas físicas, por sua natureza, devem ser consideradas como fins em si mesmas, não podendo um ser humano servir de meio ou instrumento para que se atinja a felicidade alheia.

4. Os sujeitos de direito penal abstratamente considerados

4.1 Significado do vocábulo "pessoa"

Para continuar o raciocínio que ora se desenvolve, é necessária uma última incursão histórica, que ajudará na visualização abstrata dos sujeitos de Direito Penal: o estudo do conceito jurídico de *pessoa*.

"Pessoa", vocábulo com o qual hoje se designam os sujeitos de direito (pessoa física, pessoa jurídica), vem de *persona*, tradução romana do grego *prósopon*. Segundo Comparato, por *prósopon* entendia-se, na Grécia Antiga, "rosto", ou, ainda, a máscara utilizada nas apresentações teatrais, individualizadora de cada personagem.[62] Em uma sociedade em que muito se debateu sobre a igualdade essencial dos homens, o termo era utilizado para estabelecer a oposição entre a individualidade própria de cada ser humano e as funções sociais exercidas por cada um. Todos os homens, assim, possuíam uma essência comum, mas cada qual com sua respectiva "máscara", com a qual representavam seu papel na sociedade.

Ensina Tercio Sampaio Ferraz Jr.[63] que, tal qual no teatro grego, cada ser humano, no transcorrer de sua vida, "veste" diversas "máscaras sociais", algumas delas de caráter jurídico, com as quais representa diferentes papéis no seio social, genericamente, e no jurídico, especificamente – filho, marido, esposa, funcionário, empregador, representante empresarial etc. –, não obstante essas máscaras escondam, por trás delas, seres humanos iguais em essência. O conceito de pessoa, incorporado ao direito (designando, assim, os sujeitos de direito) tem um papel descritivo, auxiliar: por meio

(61) COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

(62) COMPARATO. *A afirmação...*, p. 14-15.

(63) FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1998.

dele é que se sabe qual o "papel jurídico" que cada pessoa representa em cada um de seus atos.

Perceba-se a abstração que está por trás dessa idéia: assim como o mesmo ator pode usar diversas máscaras em uma peça de teatro, o mesmo sujeito de direito pode vestir-se de diferentes personalidades jurídicas no transcorrer de sua vida – o que vem a corroborar a afirmação de que a questão da personalidade jurídica não é um fenômeno ontológico, natural. Por isso, é logicamente equivocada a idéia de interpretar todo ato de um ser humano como um ato de um sujeito de direito individual – de uma pessoa física, enfim. É preciso, isto sim, saber em que condição ele age – ou seja, que "máscara jurídica" ele veste.

4.2 O agir de uma pessoa jurídica: a ação abstratamente considerada

Vista a matéria com a abstração que impõe a incursão por planos lógicos distintos, fica mais claro o *agir* da pessoa jurídica.

Abstraindo-se o conceito de *sujeito de direito* – conceito jurídico – daquele de ser humano – conceito fisiológico –, percebe-se que, não obstante toda ação seja, em última análise, levada a cabo por um ser humano, ela não necessariamente é ação de uma pessoa física (ou seja, de um *sujeito de direito* individual). Assim, a verificação do sujeito de direito responsável por um delito não se faz, necessariamente, pela observação da realidade física da ação ("que indivíduo praticou a ação delituosa?"), mas sim por análise às circunstâncias jurídicas em que esta ocorreu ("em que papel o indivíduo praticou a ação jurídica delituosa?").

O agir de uma pessoa jurídica, assim, é biologicamente igual ao de uma pessoa física, vez que, no plano físico, ambos são levados a cabo por um ser humano, que ora age como sujeito de direito individual (pessoa física), ora como sujeito de direito coletivo (pessoa jurídica, sendo o agente seu representante). Saber se determinada ação concreta é ação de pessoa física ou jurídica vem não da observação física do ato, mas sim da compreensão de seu regramento jurídico (o indivíduo agiu no papel de pessoa física ou jurídica?). Existência física e existência jurídica estão em planos lógicos distintos: existência física é fenômeno ontológico; existência jurídica é fenômeno teleológico (pessoas jurídicas) e ideológico (pessoas físicas), não havendo impossibilidade de abstraí-los entre si, se assim convier ao Direito.

Destarte, percebe-se, desde já, que não faz sentido falar em incapacidade de ação (no sentido finalístico) ou ausência de vontade ou dolo por parte das pessoas jurídicas, pois todo e qualquer ato por estas praticado se dá por meio do agir de um ser humano, estando atendidos, pois, todos os pressupostos psico-biológicos da doutrina finalista da ação. A questão do agir de pessoa física ou jurídica não é fenômeno natural, que se constata por observação empírica; é, isto sim, fenômeno jurídico, que se verifica pela ocorrência de requisitos objetivos que determinam se o evento se deu com o agente no papel de pessoa física ou de pessoa jurídica. Mas a ação, ressalte-se, será sempre obra de ser humano.

A abstração ora proposta, que permite identificar o verdadeiro sujeito de direito responsável pela ação, traz à evidência a questão da representação, valorizando a ordem normativa particular das pessoas jurídicas – seus estatutos, contratos sociais etc. –, pois é por meio destes que se pode determinar, de fato, qual o sujeito de direito responsável pela ação: se o mandatário age nos conformes da outorga de poderes, o sujeito de direito é a pessoa jurídica outorgante; se, por contrário, extrapola ou flexibiliza os limites do mandato em desacordo com o permitido pelo outorgante, o ato é de pessoa física, atribuível ao próprio mandatário.

De qualquer forma, todo e qualquer ato de um sujeito de Direito Penal, seja ele pessoa física ou jurídica, será sempre ato de um ser humano, ou de um conjunto deles. Porém, desse ato humano não reflete no plano jurídico, necessariamente, um ato de pessoa física; o mesmo ato pode ser tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, dependendo das circunstâncias – fáticas e jurídicas – em que ocorra.

4.3 A ação abstratamente considerada e o dogma do caráter individual das penas

Outro tema que merece consideração um pouco mais detida é a questão do caráter individual das sanções penais. Segundo os críticos da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a aplicação de qualquer espécie de pena a uma pessoa jurídica violaria, necessariamente, o dogma da individualidade da pena, dado o caráter coletivo das corporações.

A análise desse tema deve partir de uma consideração que Miguel Reale Júnior classifica como óbvia: "a pena constitui uma privação de direitos cominada pela lei penal e aplicada pelo juiz ao condenado, que a ela deve-se submeter", não obstante ela traga em si a idéia de ser um *mal* que se impinge ao condenado.[64]

Importa ressaltar a primeira constatação de Reale Júnior: pena é *privação de direitos*, ou seja, limitação de disposição sobre bens jurídicos. O caráter da pena, sob essa perspectiva, determina que espécie de direito o condenado terá de sacrificar: se for de prisão, sacrifica-se a liberdade; se for de multa, o patrimônio; se for de morte, a vida etc.

A garantia da individualidade das sanções, porém, visa a limitar sua extensão: a pena não poderá recair diretamente sobre nenhum bem jurídico que não pertença ao apenado. Disso se extrai uma conclusão lógica: só se pode impor pena àquele que possua bens jurídicos (vida, liberdade, honra, patrimônio etc.). A possibilidade jurídica de aplicação da pena depende da existência destes, devendo o apenado ser seu legítimo titular. Desta conclusão, é possível chegar, ainda, a um corolário: se o apenado tiver apenas alguns bens jurídicos entre os suscetíveis de privação pela pena, a sanção penal só poderá recair sobre estes.

(64) REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 43.

Para que um determinado sujeito de direito possa sofrer uma sanção penal que atinja seus próprios bens jurídicos, portanto, basta que ele seja titular de bens jurídicos atingíveis pela sanção penal prevista abstratamente em lei. No caso das corporações, esses bens jurídicos podem ser exemplificados com o patrimônio, o direito de funcionamento, o direito de livre exploração do mercado etc. Assim, não há ofensa ao caráter individual da pena se esta recair sobre o acervo de bens da pessoa jurídica, e não das pessoas físicas que a compõem.

E que não se pretenda argumentar que a sanção imposta à corporação prejudicaria, indiretamente, todos os seus acionistas, pois essa alegação é descompassada com a realidade. Esse tipo de prejuízo – o prejuízo indireto – é indissociável de qualquer espécie de pena, mesmo das aplicadas a pessoas individuais, pois a pena é um *mal* em si, que necessariamente projeta-se sobre terceiros, ainda que o apenado seja um sujeito de direito individual. "Quando há uma privação da liberdade de um chefe de família, sua mulher e filhos se vêem privados daquele que mais contribui para o sustento do lar. A própria legislação previdenciária prevê o instituto do auxílio-reclusão para a família do preso. Isso nada mais é do que o reconhecimento cabal – e legal – de que a pena de recolhimento ao cárcere atinge não só o recluso, mas também, indiretamente, seus dependentes."[65]

5. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que:

1. No decorrer da história, o indivíduo passou a ocupar um papel central na teoria jurídica, deixando de ser mero objeto de consideração para transformar-se em seu principal ponto de referência. Essa evolução influiu decisivamente sobre o Direito Penal.

2. O indivíduo passou a determinar, por meio de suas características psico-biológicas, o conteúdo das categorias dogmáticas do crime. Daí advém a dificuldade de incluir as pessoas jurídicas no rol dos sujeitos de direito penal, pois estas não possuem tais características.

3. As características psico-biológicas dos seres humanos não são, necessariamente, o único – e nem o melhor – ponto de referência para a definição das categorias dogmáticas do crime. Não são o único, pois este é um problema de direito positivo, e não da natureza das coisas; e nem o melhor, já que do atual modelo resulta a impossibilidade de enfrentar uma série de condutas, praticadas em âmbito coletivo, que reclamam tratamento penal.

4. A questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas não deve ser tratada no plano ontológico, pois o cerne do problema da responsabilidade jurí-

(65) SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: RT, 1999. p. 89.

dica não está nas características naturais dos seres humanos, bem como na ausência de representação física das corporações.

5. Um panorama histórico da teoria da personalidade jurídica mostra que esta não nasceu por reclamo da natureza – ou seja, por razões ontológicas –, mas tão-somente para atender a finalidades mercantis específicas. Sua essência está, portanto, estreitamente ligada com a idéia de *finalidade*; sua existência, por isso, não pode ser bem explicada pela ontologia, mas somente pela *teleologia*. Nesse sentido, afirma Miguel Reale[66] que a pessoa jurídica possui natureza teleológica, e só assim pode ser entendida.

6. Um panorama histórico da teoria da personalidade individual, por sua vez, revela que esta, tampouco, nasceu por imposição da natureza das coisas. Os conceitos de ser humano (indivíduo) e pessoa física (sujeito de direito) não são indissociáveis, ainda que o segundo sempre diga respeito aos direitos e deveres do primeiro. Escravos, mulheres e crianças não foram, sempre, considerados como sujeitos de direitos, não obstante tenham sido reconhecidos como seres humanos. Se hoje vivemos em uma cultura jurídica que atribui a todos, indistintamente, o *status* de pessoa jurídica, isso se dá em razão da *ideologia* dominante em nossos tempos. Se a personalidade jurídica coletiva é um fenômeno *teleológico*, a personalidade jurídica individual – e sua extensão, principalmente – é um fenômeno *ideológico*, e não natural, ontológico.

7. A teoria kelseniana dos sujeitos de direito é um bom exemplo de como é possível separar os diversos planos lógicos do fenômeno da personalidade jurídica (o físico, o jurídico, o sociológico etc.).

8. O abstracionismo da teoria de Kelsen, contudo, deve respeitar os limites da ideologia que hoje impera, a dos *direitos fundamentais*. Por isso, os seres humanos devem ser sempre tratados como tais, respeitada a finalidade intrínseca de suas vidas, que é a busca incessante da felicidade. Não podem, por isso, ser transformados em meios ou instrumentos para atingir objetivos de terceiros.

9. Resta claro, com isso, que não faz sentido que se procure a resposta de um problema de cunho dogmático, teleológico e ideológico – como dos sujeitos de direito penal – no plano ontológico. A questão só pode ser bem respondida se estudada com abstração, que se impõe por se tratar de um assunto que abarca planos lógicos distintos.

10. A própria origem do vocábulo *pessoa*, aliás, sugere essa abstração, pois ela nasceu para representar a idéia de que um mesmo indivíduo, tal qual um ator de teatro e suas muitas máscaras de fantasias, pode representar diversos "papéis jurídicos" (homem livre, escravo, patrão, empregado etc.). Com isso, seres humanos essencialmente iguais poderiam ocupar papéis jurídicos absolutamente distintos, abstraindo-se, assim, a realidade jurídica de cada de sua realidade natural.

(66) REALE, op. cit.

11. Por meio dessa abstração, resta clara a idéia de que existência biológica e existência jurídica não se confundem, não obstante vivamos hoje em meio a uma ideologia predominante – a dos direitos fundamentais – que determine que todos os seres humanos são sujeitos de direito, indistintamente.

12. A ação levada a cabo por um ser humano pode ser tanto ação de um sujeito de direito individual (pessoa física) quanto a de um sujeito de direito coletivo (pessoa jurídica). O que determina o sujeito de direito agente não é a realidade natural de quem desempenha o ato, mas sim *em que papel jurídico* ele o desempenha.

13. Sendo todo ato de um sujeito de direito (pessoa física ou jurídica) desempenhado por um ser humano, não há que se dizer que a pessoa jurídica não atende aos pressupostos psico-biológicos reclamados pela teoria finalista da ação.

14. A pena tem como idéia central a privação de bens jurídicos do apenado. Para que a pena aplicada à pessoa jurídica não ultrapasse sua individualidade, basta que ela recaia exclusivamente sobre bens jurídicos de sua titularidade. Eventual prejuízo indireto a bens jurídicos de terceiros, que tenham relações jurídicas com a pessoa jurídica, não retira o caráter individual da sanção, pois a pena, sendo um mal em si, sempre se reflete sobre terceiros (o arrimo de família que sofre privação de liberdade, por exemplo, prejudica a renda e o sustento de seu lar).

15. De todo o exposto, conclui-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser estudada de acordo com cada um dos planos lógicos que a compõem. Abstraídos entre si, de maneira a ensejar total compreensão, conclui-se que a idéia de sujeito de Direito Penal pode ter um tratamento diferenciado daquela que se tem hoje, pois, como demonstrado, a mesma ação de um ser humano pode ser juridicamente regrada como ação de pessoa física ou de pessoa jurídica, pois o ordenamento jurídico, ainda que não possa contrariar a natureza das coisas, pode dela abstrair-se para formular um regramento mais adequado desta realidade, conforme suas necessidades.

Bibliografia

BACIGALUPO, Silvina. "La crisis de la filosofia del sujeto individual y el problema del sujeto del derecho penal". *Cuadernos de Política Criminal* 67, Madri: Edersa, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. *Finalidade da vida humana*. Material de apoio fornecido pelo autor a seus alunos de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; disponível no serviço de reprografia do Centro Acadêmico "XI de Agosto".

DOTTI, René Ariel. "A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)". *RBCCrim* 11, jul.-set. 1995.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1998.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion – De la Antigüedad a nuestros dias*. Madri: Trotta, 2001.

GARCÍA CAVERO, Percy. "La discusión doctrinal em torno al fundamento dogmático del actuar em lugar de outro". *Revista de Derecho Penal e Criminologia* 9, jan. 2002.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Lisboa: Europa-América, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

———. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte general*. Barcelona, 1996.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: RT, 1999.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: RT, 2001.

4. CRIMINOLOGIA

4.1

ESTUDO MÉDICO-LEGAL DA MORTE VIOLENTA DE MENORES NA REGIÃO DE GUARULHOS-SP

LUIZ AIRTON SAAVEDRA DE PAIVA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Objetivo – 3. Casuística – 4. Método – 5. Resultados – 6. Discussão – 7. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: Foram estudados aspectos como a procedência, o sexo, a idade, a cor da pele, a maneira da morte, e suas relações, de 154 vítimas menores de 18 anos autopsiadas no Setor de Perícias Médico-legais de Guarulhos-SP, durante o ano de 1996. Esse valor significou 9,63% do total de casos de morte violenta ou suspeita periciados, representando uma taxa de 11,18 por 100.000 habitantes da região. O sexo masculino representou cerca de 70% dos casos. O homicídio foi a principal maneira da morte, com nítida elevação a partir dos 14-15 anos, às custas principalmente do sexo masculino. A cor da pele branca foi referida em mais da metade dos casos, seguida pela parda e negra. Houve elevação dos casos de homicídio nos meses de agosto e novembro.

Palavras-chave: Infância – Adolescência – Morte violenta – Autópsia.

1. Introdução

O crescimento da violência, em suas diversas formas, trouxe nas últimas décadas o tema para o centro das discussões, não só através da mídia de um modo geral, mas também através de entidades, de cunho universitário ou não, interessadas em melhor entender suas manifestações, de sorte a poder contribuir para o seu melhor controle e prevenção.

Com esse objetivo foi estudado aqui um de seus aspectos mais cruéis, a maneira violenta da morte de menores, que se reveste de grande importância, não só como uma forma de expressão dessa violência global, como por refletir o grau de exposição à que estão submetidas nossa criança e adolescentes.

A região que serve de base para o estudo compreendia, à época, a área de jurisdição da Delegacia Seccional de Polícia de Guarulhos, abrangendo sete cidades, das quais as perícias criminais eram encaminhadas ao Setor de Perícias Médico-legais de Guarulhos. Esta região apresenta, no seu contexto geosocioeco-

nômico, similitude com macro-regiões, como a grande São Paulo por exemplo, tendo Guarulhos como um centro industrializado de grande densidade populacional cercado por cidades de maior rarefação habitacional, com presença de atividade econômica agro-pecuária, interligadas por vasta malha rodoviária, rede ferroviária, e, sediando aeródromos, entre os quais, o Aeroporto Internacional de São Paulo, dotado do maior movimento do país.

Por isto, este estudo pode ser entendido como um ensaio que espelha, respeitada a escala populacional, o comportamento deste fenômeno nos grandes conglomerados urbanos que formam as macro-regiões em nosso país, servindo assim, para um melhor entendimento dos aspectos da violência que ceifa a vida dos nossos jovens.

2. Objetivo

Estudar aspectos como a procedência, o sexo, a idade, a cor da pele e a maneira da morte, e suas relações, entre as vítimas menores de dezoito anos de idade, autopsiadas no setor de Perícias Médico-legais de Guarulhos, durante o ano de 1996.

3. Casuística

O estudo abrangeu 154 vítimas, com idade inferior a dezoito anos completos, de um total de 1598 casos de morte violenta, ou suspeita, submetidas à autópsia no Setor de Perícias Médico-legais de Guarulhos, no período compreendido entre 1.º de janeiro e 31 de dezembro de 1996. Nessa ocasião o Setor atendia vítimas procedentes de Arujá, Caieiras, Francisco Morato, Franco da Rocha, Guarulhos, Mairiporã e Santa Isabel, num total de sete municípios que integravam a área de atuação da Delegacia Seccional de Polícia de Guarulhos.

4. Método

Para o presente estudo foram analisados os relatórios estatísticos referentes ao período, assim como os laudos necroscópicos das 154 vítimas. Foram extraídos e relacionados os seguintes dados acerca:

1.º – da cidade de procedência dos casos;

2.º – do sexo, da idade e da cor da pele das vítimas;

3.º – da maneira da morte, como estabelecidos em seis tipos:

acidente – de todas as formas, excluídos os caracterizados como de trânsito;

acidente de trânsito – todas as formas relacionadas com o trânsito de veículos motorizados;

afogamento;

homicídio;

suicídio;

morte violenta sem determinação da maneira (MVSDM) – todas as mortes com sinais de violência em que o laudo necroscópico não determinou a maneira;

4.º – do mês em que ocorreu a morte.

5. Resultados

Durante o ano de 1996 foram autopsiados no serviço 1598 casos de morte violenta, ou suspeita, dos quais em 154 casos as vítimas tinham idade inferior a dezoito anos completos e o exame necroscópico confirmou a maneira violenta da morte, representando 9,63% do total de casos.

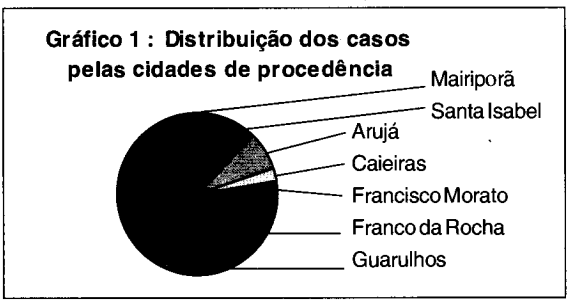
A procedência das vítimas se dá conforme o apresentado no Quadro I, onde também são apresentados dados acerca da população das cidades e do coeficiente de mortalidade por 100.000 habitantes.

Quadro I: Distribuição dos casos pelas cidades de procedência.

Cidade	N. de casos	% do N. de casos	N. de Habitantes*	Mortes p/ 100.000 hab
Arujá	12	7,79	50739	23,65
Caieiras	04	2,59	57512	6,95
Francisco Morato	05	3,24	106215	4,70
Franco da Rocha	21	13,63	98310	21,36
Guarulhos	86	55,84	972197	8,84
Mairiporã	19	12,33	49893	38,08
Santa Isabel	07	4,54	41367	16,92
Total	154	100	1376233	11,18

(*) Fonte: IBGE – Censo 1996

O gráfico 1 mostra de forma clara a participação das diversas cidades, através do número de casos, dentro da demanda total.

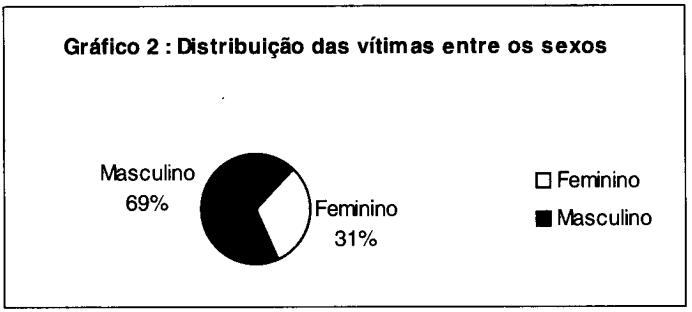


Entre os sexos, a distribuição ocorre conforme o mostrado no Quadro II, com o sexo masculino representando cerca de dois terços dos casos.

Quadro II: Distribuição das vítimas entre os sexos.

Sexo	N. de casos	% de casos
Masculino	107	69,48
Feminino	47	30,51
Total	154	100

O gráfico 2 representa estes dados.



A distribuição das vítimas, por sexo e pelas idades, ocorre como o demonstrado no Tabela III.

Tabela III: Distribuição das vítimas, entre os sexos, por faixa etária.

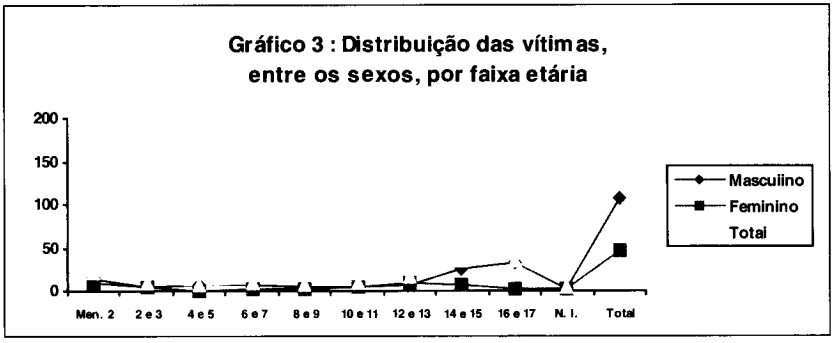
Idade	< de 2 anos	2 e 3 anos	4 e 5 anos	6 e 7 anos	8 e 9 anos	10 e11 anos	12 e13 anos	14 e15 anos	16 e17 anos	NI	Total
Sexo	N. %	N. %	N. %	N. %	N. %	N. %	N. %	N. %	N. %	N. %	N. %
□	13 -12,14	4 - 3,73	6 -5,60	7 - 6,54	4 - 3,73	4 - 3,73	8 - 7,47	26 -24,29	33 -30,84	2 - 1,86	107-100
△	9 - 19,14	5 - 10,63	1 - 2,12	3 - 6,38	2 - 4,25	5 - 10,63	9 - 19,14	8 - 17,02	3 - 6,38	2 - 4,25	47-100
Total	22 -14,28	9 - 5,84	7 - 4,54	10 - 6,49	6 - 3,89	9 - 5,84	17 -11,03	34 -22,07	36 -23,37	4 - 2,59	154-100

□ : Masculino

△ : Feminino

NI : Não informada

O gráfico 3 mostra claramente esta distribuição.



A Tabela IV mostra a distribuição da cor da pele das vítimas, em número absoluto e seu correspondente percentual do total de casos, permitindo uma avaliação da participação de cada cor dentro deste universo.

Tabela IV: Distribuição das vítimas pela cor da pele.

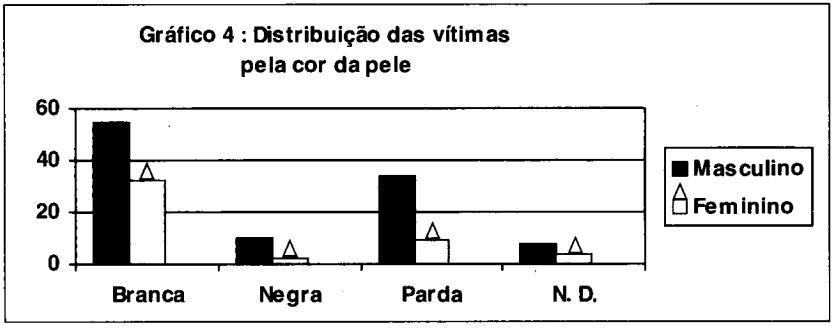
Cor / Sexo	Branca	Negra	Parda	ND	Total
□	55 – 35,71%	10 – 6,49%	34 – 22,07%	8 – 5,19%	107 – 69,48%
△	32 – 20,77%	2 – 1,29%	9 – 5,84%	4 – 2,59%	47 – 30,51%
Total	87 – 56,49%	12 – 7,79%	43 – 27,92%	12 – 7,79%	154 – 100%

□ : Masculino

△ : Feminino

ND : Não determinada

O gráfico 4 apresenta essa distribuição em valores absolutos.



As diferentes maneiras da morte estudadas estão distribuídas, entre os sexos, pelas idades conforme mostrado pela Tabela V.

Tabela V: Distribuição das diferentes maneiras da morte, por faixa etária, entre os sexos.

Idade em Anos / Maneira	< de 2		2 e 3		4 e 5		6 e 7		8 e 9		10 e 11		12 e 13		14 e 15		16 e 17		N.I.		Total N. %
	□	△	□	△	□	△	□	△	□	△	□	△	□	△	□	△	□	△	□	△	
Acidente	3	2	1	2	1	0	1	0	2	1	0	1	1	0	3	0	3	1	1	0	23 -14,93
Acid./Trân	2	2	1	2	2	2	1	0	1	1	5	0	1	2	2	1	4	2	0	0	31 -20,12
Afogam.	2	0	4	1	2	0	2	0	0	2	0	1	2	5	3	3	8	2	0	1	38 -24,67
Homicídio	0	2	1	0	1	0	3	1	0	0	0	1	1	1	6	6	33	0	1	1	58 -37,66
Suicídio	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1 -0,64
MVSDM	0	0	0	1	1	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3 -1,94
Total	7	6	7	6	7	2	8	1	3	4	5	3	5	8	14	10	49	5	2	2	154 -100

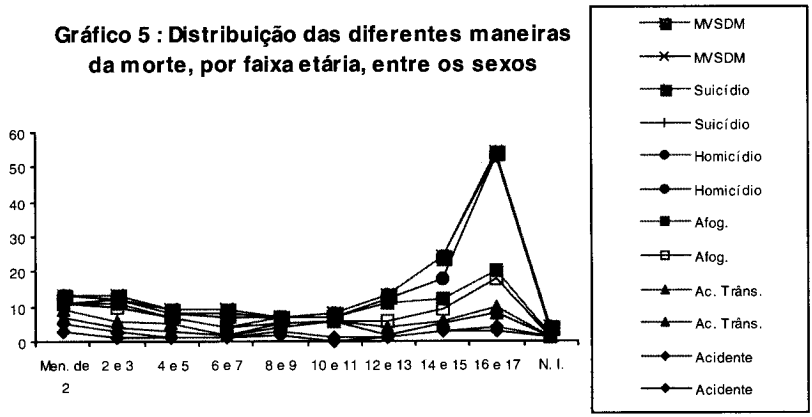
□ – Masculino

△ – Feminino

MVSDM : Morte Violenta Sem Determinação da Maneira

O Gráfico 5 mostra essa distribuição, evidenciando de forma clara o aumento da incidência de algumas causas, a partir de certa idade.

Gráfico 5 : Distribuição das diferentes maneiras da morte, por faixa etária, entre os sexos



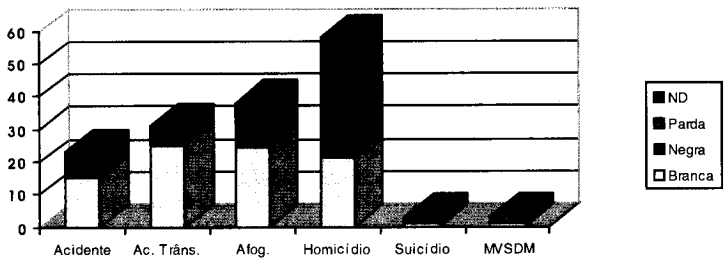
Considerando agora a cor da pele das vítimas, a Tabela VI apresenta também a distribuição das maneiras da morte estudadas.

Tabela VI: Distribuição das diferentes maneiras de morte pela cor da pele da vítima.

Maneira	Acidente		Ac.Trânsito		Afogamento		Homicídio		Suicídio		MVSDM		Total	
Cor	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Branca	15	-17,24	25	- 28,73	24	- 27,58	21	- 24,13	1	- 1,14	1	- 1,14	87	- 100
Negra	1	- 8,33	3	- 25,00	2	- 16,66	6	- 50,00	0	- 0,00	0	- 0,00	12	- 100
Parda	3	- 6,97	3	- 6,97	11	- 25,58	24	- 55,81	0	- 0,00	2	- 4,65	43	- 100
ND	4	- 33,33	0	- 0,00	1	- 8,33	7	- 58,33	0	- 0,00	0	- 0,00	12	- 100
Total	23	- 14,93	31	- 20,12	38	- 24,67	58	- 37,66	1	- 0,64	3	- 1,94	154	-100

O gráfico 6 demonstra essa distribuição.

Gráfico 6 : Distribuição das diferentes maneiras da morte pela cor da pele da vítima



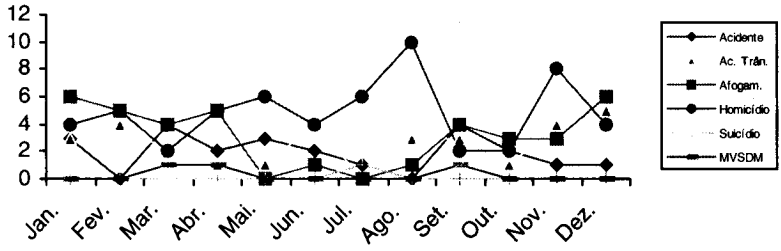
A tabela VII apresenta a distribuição das maneiras da morte estudadas durante o ano.

Tabela VII : Distribuição das diferentes maneiras da morte pelos meses do ano.

Mês / Maneira	Jan.	Fev.	Mar.	Abr.	Maio	Jun.	Jul.	Ago.	Set.	Out.	Nov.	Dez.	Total
Acidente	3	0	4	2	3	2	1	0	4	2	1	1	23
Ac. Trânsito	3	4	2	1	1	4	0	3	3	1	4	5	31
Afogamento	6	5	4	5	0	1	0	1	4	3	3	6	38
Homicídio	4	5	2	5	6	4	6	10	2	2	8	4	58
Suicídio	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1
MVSDM	0	0	1	1	0	0	0	0	1	0	0	0	3
Total	16	14	13	14	10	11	8	14	14	8	16	16	154

O Gráfico 7 demonstra essa distribuição.

Gráfico 7 : Distribuição das diferentes maneiras da morte pelos meses do ano



6. Discussão

Quanto à distribuição das vítimas pelos municípios de procedência se observa a importância de Guarulhos no que diz respeito ao fator populacional, sendo responsável pela principal demanda, respondendo por mais da metade dos casos. O coeficiente de mortalidade do grupo etário estudado por 100.000 habitantes para toda a região foi de 11,18, variando de 4,70 (Francisco Morato) a 38,08 (Mairiporã). Camargo[1] estudando a mortalidade violenta, no estado de São Paulo e em suas regiões, conclui que essas taxas se mantiveram abaixo de 10 óbitos até o final dos anos 70, porém elevando-se de forma acentuada, ultrapassando, nos últimos anos a 40 óbitos por 100.000 habitantes. Galryszewski e Jorge[2] estudando o mesmo fenômeno, na população em geral, no município de São Paulo, encontraram para os últimos quarenta anos taxa de 92,1 por 100.000 habitantes. Ruzany e Szwarcwald[3] estudando a mortalidade de adolescentes no município do Rio de Janeiro, de 1981 a 1995 encontraram para os homicídios e lesões por arma de fogo um crescimento dessa taxa de 46,5/100.000 (entre 1981 e 1985) para 105,8/100.000 (entre 1991 e 1995) para o sexo masculino, e de 3,1/100.000 para 7,8/100.000 para o sexo feminino. Vega e col.[4] estudando a morte violenta em menores de vinte anos no Chile, entre os anos de 1982 e 1987, encontraram taxa de 21,95 por 100.000 menores de 20 anos. Yunes e Zubarew[5] em estudo sobre mortalidade por causas violentas em adolescentes e jovens, na região das Américas, em período dos anos 80 e 90, concluem que Colômbia e Brasil são os únicos países analisados que apresentam taxas de mortalidade francamente ascendentes.

Relatório apresentado ao Congresso dos Estados Unidos da América do Norte em 1989,[6] baseado em dados do CDCs National Center for Health Statistics, mostra taxa de 22,41 por 100.000 habitantes para morte violenta de menores de 19 anos, durante o ano de 1986.

A distribuição entre os sexos foi de praticamente 70% para o masculino e 30% para o feminino. Herrera Delgado[7] em estudo sobre a morte infantil súbita, natural e violenta, durante o decênio 1987-1996, em Arequipa, Perú, refere um predomínio masculino estatisticamente significativo para a morte violenta. Díaz e Hernández[8] estudando a morte por causa externa em crianças, durante o período 1990-1992 em Bucaramanga, Colômbia, referem taxa de 67,6% para o sexo masculino e 32,4% para o feminino.

Quando foi estudada a distribuição das vítimas, entre os sexos, pelas idades, observa-se um início pouco elevado dos menores de dois anos seguido de uma queda que se mantém estável, com nítida elevação a partir da faixa dos 12-13 anos, às custas principalmente do sexo masculino. Langley e Smeijers[9] em estudo que compara a morte violenta entre crianças e adolescentes de 0 a 19 anos, entre a Nova Zelândia e os Estados Unidos, não encontram diferença substancial ao constatarem uma distribuição por uma curva em forma de J, com valores no primeiro ano de vida seguidos de valores menores entre 5 e 9 anos, uma elevação entre 10 e 14 anos, e, uma dramática ascensão no grupo dos 15 aos 19 anos. Lapidus e col.[10] estudando dano por violência entre crianças e adolescentes no estado de Connecticut, E.U.A. encontraram as maiores taxas para o sexo masculino na faixa etária dos 15 aos 19 anos.

Yunes[11] estudando a mortalidade por causas violentas na região das Américas, comparando com as mortes decorrentes de enfermidades contagiosas na população de 0 a 24 anos, mostra que as primeiras se incrementam, enquanto as segundas diminuem, a medida que aumenta a idade.

Com relação à cor da pele das vítimas evidencia-se significante predomínio da cor branca, encontrada em aproximadamente metade das vítimas do sexo masculino e cerca de dois terços do sexo feminino. Segue-se em importância a cor parda e por último a cor negra, encontrada em cerca de 10% das vítimas do sexo masculino e de 5% do sexo feminino.

A distribuição das diferentes maneiras da morte pela idades, entre os sexos, mostra um predomínio do homicídio com cerca de 1/3 dos casos, principalmente às custas do sexo masculino. Seguem em importância o afogamento, os acidentes de trânsito e os acidentes em geral. Entre as idades nota-se um pico elevatório entre na faixa dos 14 aos 17 anos, mais evidente no sexo masculino e, principalmente devido ao homicídio. Leite[12] em trabalho sobre a mortalidade de adolescentes e jovens no estado de São Paulo (1979-1995), afirma que as causas externas foram as principais causas de óbitos, em todas as idades e em ambos os sexos. Afirma ainda que os maiores aumentos ocorreram entre os homens, nas idades de 15 a 19 e 20 a 24 anos, onde os homicídios cresceram aproximadamente 200%. Vega e col.[4] estudando a morte violenta em menores de 20 anos no Chile, em um período de cinco anos, constataram como principal causa de morte, a sufocação em menores de 1 ano, as queimaduras no grupo de 1 a 4 anos e os acidentes por veículos motorizados no grupo de 5 a 19 anos. Yunes e Zubarew,[5] em estudo já citado abrangendo 16 países das Américas, afirmam que ocorre um aumento alarmante da taxa de homicídio no grupo masculino de 15 a 19 anos,

especialmente nos Estados Unidos e no Brasil. Em relatório do CDCs National Center for Health Statistics,[6] já citado, apresenta como principal causa violenta da morte em crianças e adolescentes menores de 19 anos, os acidentes com veículos motorizados (47,0%), seguido de outros acidentes não especificados (14,1%), homicídio (12,8%), suicídio (9,6%), afogamento (9,2%) e queimaduras (7,2%).

Quando se relaciona a maneira da morte e a cor da pele, enquanto na cor branca, predominante, o homicídio representa apenas cerca de ¼ dos casos, na cor negra atinge a metade, e na cor parda mais da metade dos casos. Danseco e col.[13] estudando a incidência das lesões em crianças e adolescentes de 0 a 21 anos, nos Estados Unidos, concluem que as lesões não fatais ocorrem em elevada incidência entre crianças brancas, mais do que nas de outras raças, enquanto, as lesões fatais, ocorrem em elevada incidência entre crianças da raça negra.

Na distribuição das diversas maneiras da morte estudadas pelos meses do ano, apenas se observa uma elevação dos casos de homicídio nos meses de agosto e novembro, quando esta maneira da morte atinge valor, igual ou superior, à metade do total de casos do mês. Díaz e Hernández[8] em seu estudo de morte por causa externa em menores de 15 anos, durante os três anos de abrangência, encontraram uma distribuição uniforme através dos dias e dos meses do ano, sem tendência definida.

7. Conclusões

Os resultados encontrados, ainda que o universo estudado represente uma amostragem não muito grande, considerada no seu aspecto temporal, tornam-se bastante significativos quando se mostram em acordo com a bibliografia pesquisada, confirmando, principalmente, a importância do homicídio como maneira da morte e o predomínio das vítimas do sexo masculino, nesse grupo etário estudado. Uma elevada incidência do homicídio entre as vítimas de cor de pele parda e negra, em detrimento de outras maneiras da morte, representando o dobro da incidência nas vítimas de cor branca, merece alguma atenção, com vistas a uma possível conotação socioeconômica.

Em síntese, estas são as principais conclusões do estudo:

1 – a maneira violenta da morte compreendeu 9,63% do total de casos de morte violenta, ou suspeita, autopsiados em Guarulhos, durante o ano de 1996;

2 – a taxa de morte violenta de menores por 100.000 habitantes na região ficou em 11,18, variando de 4,70 (Francisco Morato) a 38,08 (Mairiporã);

3 – o sexo masculino correspondeu a cerca de 70% do total de casos;

4 – a distribuição dos casos pelas idades ocorreu como curva, de início pouco elevada nos menores de 02 anos, uma queda que se estabiliza e uma nítida elevação a partir dos 12-13 anos, principalmente às custas do sexo masculino;

5 – a cor da pele branca foi referida em mais da metade dos casos, seguindo-se em valores a cor parda e negra;

6 – o homicídio representou a principal maneira da morte, principalmente às custas do sexo masculino, seguido pelo afogamento, acidentes de trânsito, acidentes (excluído trânsito), MVSDM e suicídio;

7 – considerada a maneira da morte com relação à cor da pele, enquanto na cor branca o acidente de trânsito representou a maior incidência (28,73%), seguida pelo afogamento (27,58%) e pelo homicídio (24,13%), na cor parda e cor negra o homicídio representou a maneira mais importante (55,81% e 50,00% respectivamente);

8 – a distribuição das maneiras da morte estudadas pelos meses do ano mostrou elevação do homicídio, nos meses de agosto e novembro.

Bibliografia

1. CAMARGO, A.B.M. *Mortalidade por causas externas no Estado de São Paulo e suas regiões*. São Paulo, 2002. 227p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo.
2. GAWRYSZEWSKI, V.P.; JORGE, M.H.P.M. "Mortalidade violenta no Município de São Paulo nos últimos 40 anos". *Rev Bras Epidemiol* 3(1/3): 50-69, 2000.
3. RUZANY, M.H.; SZWARCWALD, C.L. "Mortalidade de adolescentes no Município do Rio de Janeiro, de 1981 a 1985 – Quantos óbitos poderiam ser evitados?". *J Pediatr* 75(5): 327-333, 1999.
4. VEJA, J.M.; CONTRERAS, A.R.; AGURTO, M.V. "Mortalidad por lesiones por accidentes y violencias en menores de 20 años". *Rev Chil Pediatr* 61(5): 277-280, 1990.
5. YUNES, J.; ZABAREW, T. "Mortalidad por causas violentas en adolescentes y jóvenes: un desafio para la región de las Américas". *Rev Bras Epidemiol* 2(3): 102-171, 1999.
6. CDC. "Fatal injuries to children – United States, 1986". MMWR 1990; 39:442-51.
7. DELGADO, A.J.H. *Muerte infantil súbita natural y violenta: estúdio médico legal y estadístico en el decenio 1987 –1996, Arequipa*. Arequipa, 1997. 59p. Tese (Bacharelado) Facultad de Medicina, Universidad Nacional de San Agustín.
8. DÍAZ, L.; HERNÁNDEZ, L. "Muertes por causa externa en niños. Instituto de Medicina Legal, Regional Nor-Oriente 1990 –1992". *Med UIS* 7(3): 146-152, 1993.
9. LANGLEY, J.D.; SMMEIIJERS, J. "Injury mortality among children and teenagers in New Zealand compared with the United States of America". *Inj Prev* 3(3): 195-9, 1997.
10. LAPIDUS, G.; LERER, T.; ZAVOSKI, R.; Banco, L. "Childhood injury in Connecticut". *Conn Med* 62(6): 323-331, 1998.
11. YUNES, J. "Mortalidad por causas violentas en la región de las Americas". *Bol Oficina Sanit Panam*; 114(4): 302-316, 1993.
12. LEITE, E.B. *O futuro comprometido: a mortalidade de adolescentes e jovens no Estado de São Paulo, 1979 – 1995*. São Paulo, 2000. 130p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo.
13. DANSECO, E.R.; MILLER, T.R.; SPICER, R.S. "Incidence and costs of 1987 – 1984 childhood injuries: demographic breakdowns". *Pediatrics* 105(2): E27, 2000.

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1

INQUÉRITO POLICIAL E O ATO NORMATIVO 314 – PGJ/CPJ

ORLANDO MIRANDA FERREIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Inquérito policial e Polícia Judiciária – 3. Inquérito policial e o Ministério Público – 4. O ato normativo e suas imperfeições – 5. Apontamentos necessários – 6. Considerações finais – 7. Conclusão.

Resumo: Com pretensa escora nos dispositivos da Lei Federal 8.625/93, art. 26, I; LC Estadual 734/93, arts. 19, XII, e 104, I e art. 26 do Ato Normativo 98-CPJ/93, o Ministério Público do Estado de São Paulo, editou o Ato Normativo 314-PGJ/CPJ, de 27.06.2003, que objetiva regulamentar na esfera penal, um "procedimento administrativo criminal", atribuindo ao *Parquet* a faculdade de proceder diretamente investigações criminais, invertendo a titularidade da Polícia Judiciária.

Essa iniciativa do Ministério Público contraria a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, que conferem, com exclusividade, ao Delegado de Polícia a competência para as funções de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais, não sendo admissível a intromissão indevida de outra instituição no seu campo de trabalho.

Na verdade a pretensão do Ministério Público configura invasão de competência da Polícia Civil, sem embasamento legal e verdadeira afronta a normas e princípios constitucionais. Logo, deve ser rejeitada.

Palavras-chave: Inquérito policial – Competência – Delegado de Polícia – Ato normativo – Inconstitucionalidade.

1. Introdução

O *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, de 28.06.2003, publica o Ato Normativo 314-PGJ/CPJ, de 27.06.2003, editado pelo Ministério Público, que colima regulamentar, na esfera penal, um "procedimento administrativo criminal", que em última análise viria invadir a legítima competência da Autoridade Policial – o Delegado de Polícia – constitucionalmente incumbido das "funções de polícia judiciária e da apuração das infrações penais".

Essa iniciativa, que procura operar modificações na competência do Delegado de Polícia e busca alterar a dinâmica da Polícia Judiciária contemplada no

Código de Processo Penal, não deveria ter maior repercussão, até porque surge na contra-mão da Constituição Federal, do Código de Processo Penal, da Lei Orgânica do Ministério Público, no âmbito Federal e Estadual, da doutrina e da jurisprudência, não fosse ela fruto de uma atávica obstinação do Ministério Público, que ao longo dos tempos vem tentando assumir a condução do inquérito policial.

Não se discute que seja o Ministério Público instituição fundamental para a manifestação do Estado de Direito e que sua existência é imprescindível para a defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Também não se nega que é ampla a gama de suas atribuições, já que a ele compete a fiscalização da lei e a defesa dos interesses mais expressivos da sociedade. Na esfera criminal, por ser ele o destinatário do trabalho investigatório realizado pela Polícia Civil, compete-lhe, por mandamento constitucional, o controle externo da atividade policial, não lhe cabendo todavia a prerrogativa de apurar as infrações penais, atribuição esta constitucionalmente cometida à Polícia Judiciária, capitaneada por Delegado de Polícia de carreira.

Não é demais lembrar que desde sua criação, por obra de Jorge Tibiriçá, em 1905, a Polícia Civil, dirigida por Delegado de Polícia de carreira, bacharel em Direito, exerce a nobilitante tarefa de apurar as infrações penais e proceder os atos de Polícia Judiciária e ao longo desses quase cem anos, legislação, doutrina e jurisprudência deixam cristalinamente estabelecido e firmado que o titular da Polícia Judiciária é o Delegado de Polícia.

2. Inquérito policial e Polícia Judiciária

O Código de Processo Penal, instituído pelo Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941 e ainda não revogado, em seus arts. 4.º a 23, deixa claro e insofismável que Autoridade Policial é o Delegado de Polícia, o qual no exercício da Polícia Judiciária ordena todas as diligências, atos, mandados, requisições, exames periciais, relatórios, representações sobre conveniência da decretação de prisão preventiva ou temporária, colheita de provas, preservação de local de crime, reconhecimento de pessoas, identificação do indiciado e verificação sobre sua vida pregressa sob o ponto de vista familiar, social e individual, todas atribuições de sua alçada.

Por sua vez, a legislação eleitoral ao definir competência a Autoridade Policial Estadual para apurar através de auto de prisão em flagrante delito as infrações capituladas no Código Eleitoral, também não deixa qualquer margem de dúvida que essa atividade de Polícia Judiciária deve ser exercida por Delegado de Polícia e por nenhuma outra autoridade.

Finalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988, ao definir em seu art. 144, IV, § 4.º, que: "Às Polícias Civis, dirigidas por Delegados de Polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares", consagra os princípios do Código de Processo Penal e legislação extravagante, segundo os quais é o Delegado de Polícia a única autoridade com com-

petência para o exercício dos atos de Polícia Judiciária, não se tolerando a intromissão indevida de nenhuma outra instituição na sua seara de trabalho, até porque Polícia Judiciária, Autoridade Policial e Delegado de Polícia, conceitualmente, são figuras no campo jurídico criminal, que não se dissociam.

Como se percebe, a Segurança Pública ocupa papel de destaque no Estado Democrático de Direito, na medida em que significa a defesa do Estado e das Instituições Democráticas e a Polícia Civil, com incumbência das funções de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais, deve adequar sua atuação nesta contextualização e nunca perder de vista que seu instrumento de materialização de atividades investigativas – o inquérito policial – deve estar em consonância com as balizas desse Estado Democrático, que tem como viga mestra a submissão ao império da lei.

Por isso, impossível imaginar o banimento do inquérito policial de nossa Justiça Criminal ou sua condução por órgão estranho à Segurança a Pública, pois como instituto atemporal que é, tem ele se amoldado às características e às evoluções da realidade jurídica brasileira, adaptando-se às sucessivas mudanças de ordem constitucional e resistindo bravamente às investidas de seus ferrenhos opositores, podendo-se dizer que é procedimento genuíno do Direito brasileiro e está arraigado em nosso ordenamento jurídico, desde o século XIX.

Ao contrário do que pregam os seus detratores, é o inquérito policial instrumento de caráter eminentemente garantista, já que essencial ao processo penal democrático. Instaurado e presidido por Delegado de Polícia, à luz da legalidade, busca a minuciosa restauração da verdade sobre um determinado fato criminoso, evitando que acusações levianas arrastem inocentes às barras dos tribunais e possibilitando a exata e justa aplicação do Direito àqueles que transgridem as leis penais.

Sob a ótica do ilustre Advogado Criminalista Luiz Flávio Borges D'Urso, "o inquérito policial é uma peça muito importante e sendo dirigida por uma autoridade policial, objetiva, principalmente, a apuração dos fatos com imparcialidade, porquanto o delegado de polícia que o preside, jamais acusa, como também não defende, pois busca-se uma autoridade imparcial".

Malgrado todo o exposto, os integrantes do Ministério Público, de passo em passo procuram reverter a ordem jurídica vigente, através de incursões nos mais variados campos, sempre perseguindo o objetivo de desbancar o Delegado de Polícia da posição que a consciência jurídica nacional, através dos tempos, vem lhe destinando, em prol da segurança pública e da paz social.

3. Inquérito policial e o Ministério Público

Breve retrospecção histórica nos informa que não alcançando seus objetivos na Constituição Federal de 1988, quando tentaram a criação do processo de instrução comandado pelo Ministério Público, os representantes do *Parquet*, por ocasião da discussão de lei complementar relacionada ao Ministério Público da União e dos Estados, tentam novamente inverter a legitimidade histórica para a

condução do inquérito policial – atribuição exclusiva da Polícia Civil. Mais uma vez não alcançaram seus objetivos, assim é que, tanto no âmbito federal quanto na esfera estadual tiveram sua competência, na área criminal, restrita à requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais, mas não lhes foi atribuída a faculdade de presidi-los. Assim reza o inc. V, do art. 104 da LC Estadual 734/93, que em nada difere do comando existente no art. 26 da Lei 8.625/93, que é a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, balizada pela Lei Magna da Nação, no inc. VIII do art. 129.

Isto não arrefeceu o ideal dos membros do *Parquet*, que perseguindo a idéia de assumir o comando da investigação criminal e sob a égide de regulamentar o controle externo da atividade de Polícia Judiciária, editam o Ato (N) 098/96-CPJ, de 30.09.1996, e em seu bojo inserem o dispositivo contido no art. 26, que atribui ao órgão do Ministério Público a função investigatória direta.

Colocando as coisas em seus devidos luares, o então secretário da Segurança Pública do Estado de São Paulo, emérito Prof. Dr. José Afonso da Silva, por entender que esse Ato mudava regras do Código de Processo Penal, que nenhuma norma autoriza e interferia indevidamente no campo de atuação da S.S.P., dirigiu-se ao Procurador-Geral de Justiça, oferecendo argumentação jurídica irretorquível, o que mais uma vez veio a frear a arremetida do Ministério Público.

Dirimida a questão no nível da Secretaria da Segurança Pública, os Promotores de Justiça, em unidade de estratégia, passaram a agir através de ações isoladas, promovendo a descabida apuração de infrações penais, mas, recentemente, o STF decidiu terminantemente que o Ministério Público não tem competência para autoproduzir, através de procedimento, qualquer que seja o nome adotado, provas que visem a proposição da ação penal, até porque com o único *nomem juris* constitucionalmente reconhecido – inquérito policial – é atribuição exclusiva da Polícia Civil a realização das diligências investigatórias no campo criminal.

Perdendo a última cartada, agora na Câmara dos Deputados, quando pela enésima vez tentaram, sem sucesso, na tramitação do projeto de lei do crime organizado, alijar o Delegado de Polícia da presidência do inquérito policial, vem agora o Ministério Público do Estado de São Paulo, nos brindar com o Ato Normativo 314-PGJ/CPJ, que argumentando com premissas insustentáveis, quer regulamentar no âmbito do *Parquet*, um procedimento administrativo criminal que não se apóia em nenhuma norma legal, merecendo por isso nossas considerações.

Considerando essa interpretação pretendida, mister se faz uma criteriosa análise de tal ato, seu espírito, seu alcance e seus discutíveis fundamentos jurídicos.

4. O ato normativo e suas imperfeições

Diz textualmente o ato normativo *in commentu*: "Regulamenta, na área criminal, o procedimento administrativo, previsto no art. 26, I, da Lei Federal 8.625, de 12.02.1993, e no art. 104, I, da LC Estadual 734, de 26.11.1993, e dá providências correlatas".

"O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais, em especial a que lhe é confiada pelo art. 19, XII, *c*, da LC 734, de 26.11.1993, e o Colégio de Procuradores de Justiça por meio de seu órgão especial,

– considerando que o art. 26 da Lei Federal 8.625, de 12.02.1993, e o art. 104, I, da LC 734, de 23.11.1993, autorizam o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções, a instaurar procedimentos administrativos pertinentes ao desempenho de suas atribuições constitucionais;

– considerando que o art. 26 do Ato Normativo 98-CPJ, de 30.09.1996 e o art. 22 do Ato Normativo 119-CPJ, de 13.05.1997, prevêem a edição pelo Procurador Geral de Justiça, de ato regulamentador, na área criminal, do procedimento administrativo acima referido, depois de regular oitiva do Colégio de Procuradores de Justiça;

Resolvem expedir o seguinte Ato Normativo:

(...)

Capítulo II – Da instauração e do processamento do procedimento administrativo criminal

(...)

Art. 2.º O membro do Ministério Público, no exercício de suas funções na área criminal, poderá, de ofício ou em face de representação ou outra peça de informação, instaurar procedimento administrativo criminal quando, para a formação de seu convencimento, entender necessários maiores esclarecimentos sobre o caso ou aprofundamento da investigação criminal produzida.

§ 1.º A decisão de instauração de procedimento administrativo criminal deverá, conforme o caso, levar em conta, dentre outros aspectos, especialmente o seguinte:

I – prevenção da criminalidade;

(...)

III – prevenção e correção de irregularidade/ilegalidade ou abuso de poder, relacionado com a atividade de investigação;

IV – aperfeiçoamento da investigação, visando a prevenção ou obtenção de prova, inclusive técnica, bem como a validação da prova produzida, para fins de persecução penal;

(...)

Art. 7.º Para instruir o procedimento administrativo criminal o presidente poderá:

I – expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimento e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou pela Polícia Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei.

(...)

Art. 16. O procedimento administrativo criminal será concluído no prazo de 90 dias, prorrogáveis por iguais períodos, mediante motivação consignada nos autos por seu presidente.

Art. 17. Concluído o procedimento administrativo criminal, o presidente promoverá as medidas judiciais e extrajudiciais que entender necessárias ou adequadas ao caso.

§ 1.º Caso se convença da inexistência de fundamento que lhe autorize a promoção de qualquer medida judicial ou extrajudicial, o presidente promoverá o arquivamento do procedimento administrativo criminal.

§ 2.º A promoção de arquivamento será apresentada ao órgão jurisdicional competente sempre que o procedimento administrativo criminal tiver sido instaurado em razão de notícia de infração penal, ou esta tiver surgido no decorrer da investigação, aplicando-se na hipótese, no que for compatível, o disposto no art. 28 do CPP.

(...)

Art. 21. O presidente do procedimento administrativo criminal zelará pela integração de suas funções com as da polícia judiciária e de outros órgãos colaboradores, em prol da persecução penal e do interesse público."

5. Apontamentos necessários

Como se vê, escudando-se em textos legais não apropriados à espécie, o Ministério Público quer normatizar e dar foro de legalidade à conduta de seus membros para a execução de tarefas constitucionalmente deferidas à Polícia Civil. Ademais, é de se gizar que normatizar, significa submeter à norma, padronizar conduta, estabelecer disciplina para o cumprimento do mandamento jurídico, mas não quer dizer inovar, criar ou modificar o que está legalmente assentado, pois se assim fosse estaria estabelecida a desordem jurídica.

Ao editar o ato normativo em exame, o Ministério Público está querendo adquirir o vezo de usurpar as funções constitucionalmente cometidas à Autoridade Policial de pilotar a Polícia Judiciária, ao pretender promover diretamente investigações criminais preliminares à ação penal, o que representaria a outorga de um poder incontrolável, verdadeira ditadura do *Parquet*. O poder inebria e aqueles que o detêm, tendem a exorbitar no seu exercício e para que se preserve o equilíbrio é necessário que se ponha um freio nessa tentativa de atribuir ao órgão do Ministério Público a função investigatória direta, de cunho contundentemente inconstitucional, de forma a preservar o devido processo legal.

A experiência tem mostrado que, qualquer que seja o órgão, o Poder ou a instituição, sempre que se confundem em um só organismo as funções de execução e as de seu respectivo controle, exsurgem abusos ou irregularidades, máculas de toda ordem que não são escoimadas em virtude da tibiez da fiscalização. Esta foi a razão preponderante que levou o legislador constituinte de 1988 a estabelecer o controle externo da função policial, cometendo-o ao Ministério Público, que em razão dessa incumbência fica impedido do exercício da *persecutio criminis extra juditio*, porque por uma questão lógica não pode realizar os mesmos atos que tem o dever de inspecionar.

Em reforço aos argumentos expendidos, ouvem-se sérias críticas à condução dos inquéritos civis, presididos pelos Promotores de Justiça, sem submissão a qualquer espécie de controle exógeno.

A propósito, é oportuno trazer à colação parte do artigo intitulado "Necessidade de controle judicial sobre os inquéritos civil e policial", da lavra do Juiz de Direito Federal em São Paulo, Fernando Moreira Gonçalves, publicado no *Boletim IBCCrim*, ano 8, n. 96, de novembro de 2000, que tece considerações sobre a ausência de controle judicial nos inquéritos civis:

"A experiência recente da fase pré-processual da ação civil pública, realizada através do inquérito civil, entretanto, tem sido em muitos casos negativa, sobretudo pela ausência de meios legais de correção de abusos cometidos, em detrimento da imagem, da honra e da dignidade das pessoas investigadas.

Isso porque, na elaboração das normas que regem o inquérito civil, ao contrário do que ocorre no inquérito policial, o legislador excluiu de sua tramitação qualquer forma de controle judicial, ficando a instauração, toda a tramitação e o arquivamento do inquérito civil sob o exclusivo controle interno do Ministério Público.

Essa ausência de fiscalização externa gerou abusos e um controle interno pífio, ou muitas vezes inexistentes, sobre atos de grande importância como a convocação de pessoas e a requisição de documentos sigilosos, praticados no curso do inquérito civil."

Se tal vem ocorrendo no curso da tramitação do inquérito civil, é impensável se elidir a possibilidade de incidência dos mesmos vícios, só porque agora se fala em hipotético procedimento criminal presidido pelo *Parquet*.

Não é essa a razão bastante para impedir o Ministério Público de praticar atividades de caráter estritamente policial. Cabendo ao *Parquet* a titularidade privativa da ação penal pública, destinatário portanto das diligências de competência da Polícia Civil, levadas a cabo através do inquérito policial, fica portanto impedido de praticar atos de investigação criminal, isto porque ele é parte na ação penal, e assim, o exercício de tais funções implicaria o afastamento do caráter impessoal da acusação, circunstância de todo repulsiva ao Estado Democrático de Direito.

Ademais se admitida fosse essa hipótese, permitindo-se que o Ministério Público praticasse atos de investigação e delas, inclusive, participando ativamente, em flagrante contradição com as normas constitucionais e em total desrespeito para com o investigado ou indiciado, necessário seria que à defesa também fosse cometida tal liberalidade, pois um e outro serão partes na relação processual a ser instaurada, assegurando-se assim a igualdade de armas ou do tratamento paritário. Isso significaria desnaturar o caráter inquisitivo do procedimento investigatório, que não admite ser informado pelo princípio do contraditório.

A bem da verdade, forçoso é reconhecer que no rol das atribuições inerentes ao Ministério Público, não se insere a realização de atos de investigação policial.

É certo que o art. 104, I, *a*, da LC Estadual 734/93, autoriza o Promotor de Justiça a expedir notificações, visando a coleta de depoimentos ou esclarecimentos; contudo não se pode olvidar que tal faculdade se restringe, unicamente, à hipótese de instrução do inquérito civil e outros procedimentos administrativos que lhe sejam pertinentes. Tanto que o referido diploma legal, ao cuidar da investigação criminal, estipula claramente no inc. V do mesmo artigo que cabe ao Ministério Público, apenas requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais.

Diverso não é o comando do art. 26, IV, da Lei 8.625/93, que é a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, e assim está anotado porque a Lei Magna, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, deixa claro, no inc. VIII do art. 129, que poderá requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais, mas não lhe atribui a faculdade de presidi-los.

A pretensa competência do Ministério Público para instaurar os tais procedimentos administrativos criminais, conforme o invocado no ato em análise, com falsa escora no inc. I do referido art. 26 da Lei Federal 8.625/93 e no inc. XII, *c*, do art. 19, da LC Estadual 734/93, deve ser rejeitada, porque o primeiro faculta a instauração dos inquéritos civis e "outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes", por óbvio pertinentes ao inquérito civil, portanto autorização clausulada, balizada, não podendo ser entendida como carta em branco para o legislador ordinário e muito menos ser regulada por meio de ato administrativo. Quanto ao segundo, seu apelo em tal ato é conflitante, porque esse instrumento reza sobre competência para expedir atos e instruções para a boa execução das Constituições Federal e Estadual, das leis e regulamentos, no âmbito do Ministério Público e de forma diversa, o ato combatido contém vários dispositivos que ferem frontalmente e sangram vários mandamentos constitucionais, verdadeira afronta ao Código de Processo Penal.

Por outra margem, o art. 144, § 4.°, da CF, assegura à Polícia Civil, o exercício das funções de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais; no mesmo diapasão, encontra-se o art. 3.°, I, da Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo e o art. 4.°, *caput*, do CPP.

Do cotejo das disposições mencionadas, infere-se que, com exceção dos delitos militares, somente ao órgão responsável pelas atribuições de Polícia Judiciária é que cabe a apuração, a investigação, a prática, enfim, todos os atos tendentes ao esclarecimento da autoria e materialidade das infrações penais – vale dizer, à Polícia Civil.

Por ser de inteiro cabimento à matéria em estudo, vale a pena colacionar os valiosos ensinamentos do renomado constitucionalista José Afonso da Silva, em seu douto parecer, publicado na *Revista da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo*, ano 17, n. 22, dezembro de 1996, que se reportava ao art. 26 do Ato 98/96, do Colégio de Procuradores de Justiça do Estado de São Paulo, que previu a possibilidade de os Promotores de Justiça promoverem investigações no âmbito criminal através de procedimento administrativo próprio:

"A Constituição reservou à Polícia Civil estadual um campo de atividade exclusiva que não pode ser invadida por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a realização de inquérito policial, que constitui o cerne da atividade de Polícia Judiciária. A outra é que também à Polícia Civil, Polícia Judiciária, se reservou a função de apuração das infrações penais, o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido desrespeito à Constituição normas que atribuam a órgão do Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações, como o fez o art. 26 do Ato 98/96."

Prossegue o emérito mestre:

"Em essência, nesse dispositivo institui o Ministério Público *sponte própria*, particular forma de inquérito, extrapolando os limites consignados em lei, que lhe permitem instaurar investigação, o que só é possível nas hipóteses de infração penal praticada por Promotores de Justiça, ou nos casos de inquérito civil, como medida preliminar à propositura da ação civil pública. O procedimento administrativo, referido no dispositivo, é uma contrafação do inquérito civil previsto no inc. III do art. 129, da Constituição, que não pode ser transmudado em mal disfarçada forma de inquérito penal, porque tem destinação própria qual seja servir de peça informativa prévia à propositura da ação civil pública para os fins ali previstos. A apuração das infrações penais é uma das atribuições exclusivas da Polícia Civil, que se encontra expressamente prevista no art. 144, § 4.º, da CF. Não há como legitimamente passar essa atribuição para o Ministério Público por meio de ato administrativo ou de qualquer medida legislativa infraconstitucional, sem grave afronta a normas e princípios constitucionais. Vale dizer, pois, que o tal 'procedimento administrativo próprio' é, na verdade, um expediente de invasão de competência, desprovido de base legal."

Feitas, "no atacado", as necessárias ponderações sobre a total impropriedade do Ato Normativo 314-PGJ/CPJ-03, resta-nos, "no varejo", apontar alguns deslizes localizados, uns invasores das atribuições específicas da Secretaria da Segurança Pública e outros adentrando em área de competência do Poder Judiciário.

Ao tratar da motivação da decisão de instauração do "procedimento administrativo criminal", o ato se reporta a aspectos que escapam de sua esfera de competência, elencando de princípio a preocupação com a "prevenção da criminalidade", assunto que não permite a ingerência do Ministério Público ou outra instituição qualquer, por tratar-se de atribuição específica da Secretaria da Segurança Pública, à qual compete estabelecer a política de segurança do Estado.

Trata depois, da "prevenção e correção de irregularidade, ilegalidade ou abuso de poder, relacionado com a atividade de investigação" e aí também confunde poder hierárquico disciplinar, atividade de controle interno próprio e privativo da Corregedoria Geral da Polícia Civil, com controle externo, que é inerente às atividades de Polícia Judiciária, não competindo portanto ao Ministério Público esse poder de corrigir tais irregularidades ou ilegalidades.

Em seguida, cuida do "aperfeiçoamento da investigação, visando à prevenção ou obtenção da prova, inclusive técnica". É sabido que aperfeiçoar significa dar acabamento ao que já existe, tornando-o mais perfeito, e por isso nos parece que essa tarefa não compete ao Ministério Público, porque seus integrantes, dotados de refinada cultura jurídica que bem os habilita para uma eficiente persecução penal em Juízo, não dominam as técnicas de investigação que pretendem aperfeiçoar, parecendo-nos sim que esse mister compete à Academia da Polícia Civil, que diga-se, vem promovendo regularmente cursos de aperfeiçoamento para as mais variadas carreiras policiais, dando polimento aos conhecimentos hauridos quando do obrigatório curso de formação, por ocasião do ingresso na carreira policial civil.

Ainda, sem qualquer embasamento legal, o ato normativo em análise, em seus arts. 7.º, I, 16 e 17, cria novas regras de Direito Processual Penal, ferindo o disposto no inc. I do art. 22 da Carta Magna que define a competência da União para legislar sobre direito processual.

Assim quando trata de requisição de condução coercitiva, afronta o disposto nos arts. 201, par. ún., 218 e 260 do CPP, que firmam normas de conduta e estabelecem competência, sendo certo que ao Ministério Público não foi deferida tal atribuição.

De outra parte o art. 10 do CPP, define o direito de marcar prazo para conclusão do inquérito policial, não sendo juridicamente aceitável que tal regra processual seja modificada por ato normativo, que trata de sua concessão e limitação.

Por outro lado, a promoção de arquivamento processada no âmbito do Ministério Público a par de contrastar frontalmente com o disposto nos arts. 17 e 18 do CPP, afastaria o juiz criminal do acompanhamento do inquérito policial, conflitando pois dramaticamente com o papel que a Carta Magna outorgou ao magistrado, deferindo-lhe a competência de zelar pela preservação dos direitos individuais. É a ele, portanto, que deve ser endereçado o pedido de arquivamento do inquérito policial. Acresça-se que a Constituição da República determina no art. 5.º, XXXV, que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação por parte do Poder Judiciário. Logo a norma criada pelo ato normativo em estudo reveste-se de flagrante inconstitucionalidade.

6. Considerações finais

Em arremate, malgrado o art. 21 do pré-citado ato, pregue a integração com os "órgãos colaboradores", incluindo-se aí a Polícia Civil, como fecho das considerações expendidas, conclusivas pelo não cabimento da realização de investigação criminal por parte do *Parquet*, parece-nos que no âmbito da Polícia Civil, nenhuma Autoridade Policial ou seu agente se obriga a prestar qualquer colaboração funcional ao Ministério Público, na hipótese de instauração de "procedimento administrativo dito criminal", seja qual for a denominação venha a receber, mesmo porque soaria estranho se a Polícia Civil, única instituição com atribuição para apuração dos fatos infringentes da lei penal, viesse, por intermé-

dio de um de seus integrantes, a colaborar com tal procedimento, abdicando de uma de suas mais destacadas missões.

De todo o exposto, é de se concluir pela absoluta impropriedade dessa pretensão dos ilustres representantes do *Parquet* de assumirem o comando do inquérito policial, adotando a postura de Autoridade Policial, o que resultaria, de forma inconveniente, na sobreposição de uma instituição à outra. O mandamento constitucional do art. 144, normatizou os trabalhos da Polícia Civil, incumbida das tarefas de investigação e apuração das infrações penais, no pleno exercício da Polícia Judiciária. Também por força de mandamento constitucional, cabe ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal de iniciativa pública. Esses comandos constitucionais visaram racionalizar os labores da Polícia Civil e do Ministério Público, com uma instituição completando a outra. A ingerência indevida de qualquer delas no campo de atuação específica da outra, quebra o princípio de racionalidade dos trabalhos e resulta em ineficácia dos resultados buscados no interesse da coletividade. Assim, no momento em que o Ministério Público usa seu precioso tempo destinado a *persecutio criminis in juditio* que a Lei Magna lhe confere e desvia recursos para invadir atribuições próprias da Polícia Judiciária, abre ele espaço para o aumento da sensação de impunidade. Melhor seria que o Ministério Público e a Polícia Civil, instituições tão respeitáveis quanto necessárias para as mais elevadas aspirações da sociedade, caminhassem de mãos dadas no combate à criminalidade, mantendo assim o equilíbrio do tripé que deve sustentar a justiça criminal.

7. Conclusão

Nunca é demais aduzir que toda e qualquer tentativa de alterar o sistema vigente atenta contra os interesses da sociedade, porque apesar de todas as experiências, é difícil conceber um sistema processual de apuração de infrações penais mais garantista do que o brasileiro, composto por fases distintas e que são executadas por órgãos também diversos. A fase de apuração preliminar, é executada pelo Delegado de Polícia, através do inquérito policial. Aí está o primeiro enfrentamento da criminalidade, feito pela Polícia Civil, dentro de suas incumbências de preservação da ordem pública, da paz social e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Após, tem-se a dedução da pretensão punitiva em juízo, por parte do Ministério Público e depois vem o julgamento da ação penal, proferido pelo Poder Judiciário.

Como bem assinalou o saudoso mestre Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, "o Brasil encontra-se à frente de outros países no campo da investigação formal, apresentando-se o inquérito policial como instrumento entronizado e perfeitamente consentâneo com os princípios e garantias que delineiam o Estado Democrático de Direito". Logo, não seria de bom alcance tentar altera-lo.

Como corolário é oportuno transcrever a palavra abalizada do ilustre Prof. Fernando da Costa Tourinho Filho, proferida na *Revista Cejap*, ano 2, n. 3, fevereiro de 2001:

"A nosso ver, o sistema brasileiro supera, em muito, os demais. Parece-nos ser o melhor de todos. Poderíamos até dizer, parafraseando Winston Churchill, quando afirmava que 'a democracia é o pior dos regimes à exceção de todos os outros', expressão também usada por Jean Claude Soyer a respeito da Justiça francesa: 'a nossa investigação preliminar ou preparatória para o exercício do direito de ação, conhecida como inquérito policial, é a mais abominável de todas, à exceção de todas as outras'.

Parece-nos que o nosso sistema é o que mais se afina e se ajusta aos postulados de um processo que respeita os direitos fundamentais do homem."

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.1

MODERNIDADE, INTOLERÂNCIA E RESISTÊNCIA

ANNIE DYMETMAN

Resumo: O artigo debruça-se sobre um dos aspectos que parecem caracterizar cada vez mais os discursos contemporâneos: os conceitos-limite e seus mecanismos perversos.

A intolerância e a exceção, aqui considerados conceitos-limite, que são constitutivas do moderno Estado-nação uma, e da democracia, a outra, expressam de forma dramática a tragédia do nosso tempo.

As regras do jogo democrático, ao mesmo tempo em que amparam direitos e liberdades, através da exceção instituem a possibilidade e a tentação de sua suspensão e supressão a qualquer momento. A intolerância, ao mesmo tempo em que funciona como facilitador do Estado moderno ao conotar concretude aos conteúdos de coesão, homogeneidade e unanimidade nacionais, propicia o desenvolvimento de uma teoria das raças, da índole, ou mesmo das classes, definindo o político, e demarcando, classificando e separando o joio do trigo, o Mesmo do Outro, o amigo do inimigo, o que deve viver do que deve morrer.

Palavras-chave: Exceção – Intolerância – Democracia – Estado-nação.

Trata-se aqui de desenvolver algumas reflexões críticas em torno da noção bastante ambígua de *intolerância*, uma das contradições do Estado moderno e que, tal qual a lei *de exceção*,[1] pode ser vista como mecanismo de sustentação e conservação do projeto da modernidade e de sua forma de dominação e distribuição do poder.

A problematização da intolerância, hoje, emerge junto com um paradoxo cotidiano. Nossa sociedade tende a divulgar e promover o convívio com a diferença, como confirmam as deliberações dos cada vez mais freqüentes e mais visíveis fóruns internacionais envolvidos com a melhora da qualidade de vida local, regional e mundial, retirando assim a própria razão de ser dos discursos intolerantes, deslegitimando-os. Estranhamente, entretanto, a cada dia também aumenta a legitimidade da prática da intolerância, se não pela senda da legali-

(1) A idéia de exceção que será desenvolvida posteriormente no texto, é denominação a ser aqui usada para nomear inclusive, o estado de defesa, o estado de emergência, as medidas provisórias, os decretos-lei, o *état de siège*, etc.

dade, então simplesmente pela da tolerância à intolerância, pela indiferença a ela, pela impunidade, cujo lado produtivo, nas palavras de Denise Frossard, é "agregar mais valor econômico ao crime".

Além de testemunhar o tremendo recrudescimento da violência em todas as suas dimensões e modalidades, o século que acaba de findar também conheceu um movimento contrário, em que os corpos, tanto do Estado nacional quanto de seus indivíduos, através do processo civilizador e da produção e acumulação de riqueza e de conhecimento fizeram-se cada vez mais sensíveis e intolerantes às práticas que rejeitam ou que desconsideram os direitos, as liberdades e a dignidade humanas/cidadãs. A maior evidência da centralidade dos direitos são as lutas e conquistas dos trabalhadores e dos movimentos de minorias, ao longo de mais de um século e meio de negociações políticas, muitas vezes permeadas por violência e repressão – e que novamente parecem estar com sua existência ameaçada – que transformaram, entre outros, o perfil da sociedade civil, bem como a distribuição e o exercício do poder.

Ao longo destas lutas, quadricularizou-se e compartimentou-se a vida, instaurando o *tempo dos relógios* como segunda natureza: tempos/espaços internos, íntimos, privados e públicos, todos eles registrados, etiquetados e controlados. Hora e cenário especializaram-se e se multiplicaram de forma a garantir o acesso a um tempo/espaço adequado a qualquer situação, mesmo que imprevista. A prática moderna não tolera vácuos, tal qual o *terrorum vacuum* da pintura do final do Medievo, quando as imagens do panteão cristão foram substituídas por cenas terrestres cotidianas que não toleravam espaços vazios de pessoas, de multidões.

Os discursos eram libertários e liberais, reformistas e reformadores, humanistas, críticos e éticos, ora mais ora menos bem intencionados. Todos eles discursos contra a intolerância, discursos em prol de direitos. A intolerância, neles, havia se tornado resistência.

Embora presente ao longo da modernidade, perversamente, este discurso sempre esteve acompanhado pelo aumento de legitimação/tolerância/indiferença à prática intolerante.

O desencantamento/racionalização do mundo deslocou a categoria do espaço para o tempo, transformando a história em plano/projeto orientado para o futuro; foi o domínio do cálculo, da previsão, do controle. Com a desestruturação da autoridade e o fim da heterodeterminação, e com a perda do centro e da afirmação de si, transferiu-se a soberania do Estado ao indivíduo, no sentido da autonomia da *Aufklärung* kantiana trazendo fortes deslocamentos simbólicos – mito e teologia. O desencantamento foi, como acusa Giacomo Marramao, "como a prognose dramática de uma nova escravidão".

Espécie de evidência silenciosa da nova escravidão, a escalada da violência caracterizou a *era dos extremos*. Através da matança da segunda guerra mundial, do Holocausto inaugural, horrorizado, o homem moderno conheceu o impacto e a ruptura da morte secularizada: industrialmente produzida, economicamente administrada e moralmente banalizada, cuja mais recente versão é a

escalada militar ainda em curso resultante dos acontecimentos de *11 de setembro* no Estados Unidos.

O novo mundo tem como produto de consumo cada vez mais forte – leia-se riqueza – o produto cultural, todo ele orientado para a construção mágica, sedutora, poderosa e irracional da realidade, a fim de preencher o vácuo dos conteúdos significativos perdidos. Em substituição aos livros sagrados expurgados, somos infinitamente reproduzidos, formatados e ordenados pelos manuais, receituários, constituições, pela lógica das listas, das classificações, dos videogames, do Windows, todos eles em uníssono com a construção e a concretização dos desejos, dos prazeres e, num círculo infinito, novamente dos desejos.

Discursos globalizados e localizados difundem-se, e as intolerâncias são promovidas em raças, etnias, classes, famílias, lendas primais, enfermidades, tribos, associações e grupos, paradoxalmente, enquanto pregamos o convívio, a troca, o diálogo, o entrelugar das diferenças. A declaração/libelo da supremacia/tirania da Razão, de la Bruyère, "a razão pertence a todos os climas", que data de um tempo em que o particularismo universalista da entidade política nacional estava ainda apenas no âmbito do possível, hoje inverte a sua ênfase nos discursos, dando prioridade à diversidade dos *climâts* sobre a Razão, instando ao enriquecimento da experiência e da liberdade do convívio com o diferente: o transculturalismo, a identidade cultural, a antropofagia cultural, o entrelugar.[2]

Tempos ambivalentes, são tempos da construção e constituição dos sujeitos. Falar da diferença é parte da prática identitária. Público e privado confundem-se. O sujeito individualiza-se e se particulariza, ao mesmo tempo em que realiza o milagre da universalidade: o pertencimento.

Resquício irracional que se mantém encravado na modernidade, a recusa de superação da orfandade de um mundo "que já vinha ordenado" pela fé e pela Igreja, o mundo moderno precisou da prática da intolerância para que, acompanhando as mudanças, o "já ordenado" ganhasse logotipo, marca e embalagem *fast*, bem como espaço nas prateleiras das lojas de conveniência dos estilos de vida – e de morte. No registro de uma espacialidade que remete ao homem unidimensional, um primeiro movimento identitário, arquitetonicamente representado pelo Muro da China, tinha por função separar, distinguir e diferenciar o Mesmo do Outro, o deste lado – lado de dentro – e o do outro lado – lado de fora. O Meu e o Do Outro. O dentro e o fora. Era o projeto nacional, o projeto do Estado-nação.

Na distinção entre o Mesmo e o Outro, a grande ameaça está no ilimitado, na ausência de fronteiras, na dificuldade de tomar decisões. Com a sensação de

(2) Trata-se de alguns autores ligados ao que poderíamos denominar de *estudos culturais*, nos quais englobo, entre outros, Zigmunt Bauman e o conceito de *estranho*, Homi Bhabha e *os entrelugares*, Benedict Anderson a *as comunidades imaginadas* e Stuart Hall, ver bibliografia.

isolamento e alienação crescentes na modernidade, torna-se urgente o pertencimento a um marco maior que, sem destruir a singularidade, forneça um universal. É a metáfora do controle, um "hamletismo político" entre o limite e o sem-limite, em que "a melancolia das múltiplas possibilidades pousa sobre nós e paralisa nossa ação" (Hans Freyer. Prometeu, Jena, 1923).

Com a cisão em dois, o universo redimensionou-se. A lógica da construção/ordenação fundada em duas categorias que se excluem mutuamente e que, ao mesmo tempo, constituem e esgotam o todo, impermeabiliza o tecido social, torna-o invulnerável, não deixando brechas para o desconhecido, para o imprevisto, para o irracional. Como amplamente discutido por Foucualt, esta forma classificadora é o próprio tecido do sistema de dominação sobre o qual se fundam o exercício do poder disciplinar e do biopoder.

Através da dialética entre este saber classificador dual e um poder que o tempo todo refaz sua tessitura ao se exercer, é que o sistema se reorganiza e se metabolisa, garantindo reprodução e conservação perpétuas. No biopoder, que lida com as grandes populações e com as probabilidades do risco, bem como no poder disciplinar, compartimentado ao extremo, com suas especializações, diferenças e singularidades, todas estas repartições minuciosas são regidas e administradas pelos mesmos significados e mecanismos, pelas mesmas formas de pensar e agir.

A função destes mecanismos caracteristicamente modernos é dar suporte à dualidade estrutural da sociedade – poder e saber do confronto polarizado e poder e saber do convívio em tensão –, que põe frente a frente a autonomia do "poderoso homem moderno", soberano de seu destino, sua fortuna e seu futuro e o "homem menor abandonado", ainda enlutado pela perda do pai e do sentido que amparava/atava as relações: as lendas e os mitos de origem, a história comum, o pertencimento.

Mesmo na versão contemporânea de *guerra de religiões* ou de *guerra de raças* – o racismo de Estado –, guerra entre Ocidente e Oriente, entre o bem e o mal, a intolerância moderna diferencia-se do intolerantismo religioso do passado – como o da Inquisição da Igreja –, por se tratar, hoje, da intolerância absoluta, sem brechas, definitiva, enquanto a do passado, através da conversão, mantinha a abertura para o reparo, para a correção, a chance. Não é o caso da intolerância absoluta, de caráter irrevogável, cuja possibilidade está embutida nos movimentos nacionalistas e de minorias, em que o pertencimento é construído a partir de fora, a partir do excluído, do outro, do inimigo.

Modernidade

A razão iluminista, esteja ela pontuada no mito, como na desconstrução de Adorno e Horkheimer da lenda de Ulisses, esteja ela no percurso cartesiano que se inicia na dúvida, ou ainda trate-se da trajetória weberiana da adequação de meios a fins, como se manifesta hoje na pragmática dança diária da globalização financeira é, antes de mais nada, uma razão classificadora.

No percurso para se libertar das trevas, na passagem de uma ontologia teológica para uma epistemologia que desembocou no sujeito moderno, a necessidade de representar a realidade para fins de conhecimento enquanto forma de controle da natureza e dos outros homens, ou seja, a classificação, a categorização, a nomeação, a ordenação da realidade tornaram-se condição *sine qua non*. Entretanto, estas representações foram aos poucos tomando o lugar dos próprios objetos e fenômenos do real, de maneira que o universo empírico foi se negando e se transformou numa rede multidimensional de classificações, de virtualidades, numa inconclusividade endêmica, em que as estradas se fazem ao andar.

A lógica classificadora esteve presente nos grandes momentos de inflexão da civilização. Desde os tempos mercantis do comércio além-mar, em que a classificação era fundamental para manter o aparato administrativo e contábil das grandes navegações, ou hoje, que numa fala bem humorada mas nem por isso menos dramática, pode ser resumida como a classificação tendo se tornado uma espécie de *condição do conhecimento*, pois a lógica da informática é uma lógica exclusivamente classificadora, arquivista.

Assim como a classificação foi a resposta que o ansioso Homem Novo encontrou para concretizar sua autonomia, através do conhecimento e do controle da realidade e da ordem, a classificação cria um novo mal-estar, um desconforto tão agudo quanto a desordem: a ambivalência, a indeterminação, a indecisão, a imprevisibilidade, o acaso, o irracional. Classificar é dar estrutura ao mundo, é poder prevê-lo. Sua contraparte, a ambivalência, é a perda de controle. Classificar é incluir e excluir; é cindir o mundo em dois. Trata-se de um duplo ato de violência, pois ela divide indivisíveis: nação, Estado, povo, coletivo, ou como se prefira. A dicotomia, além de exercício de poder é também sua dissimulação, pois ela cria a ilusão de simetria. A força da cisão não está na cisão em si, ou no conteúdo dos cindidos, mas no mecanismo do dividir em dois criando a ilusão de divisão em duas metades que se neutralizam ou se anulam mutuamente. É nisto que reside o poder de dividir, ou seja, o poder classificar e localizar.

No texto oficial da modernidade, se assim se pode denominá-lo, a democracia é a forma fundamental do bom governo, bem como seus graus de liberdade que possibilitam que ela seja um regime em constante mudança, sempre afinada à vontade de seus cidadãos. Mas ela também tem uma função mantenedora e conservadora, no sentido de garantir o cálculo e a previsão dos riscos e dos projetos, bem como garantir a continuidade do sistema. O ordenamento jurídico democrático, constituído por leis que devem dar conta também de situações imprevistas, é portador de um certo grau de liberdade, mas não o suficiente para se liberar da relação de dominação do Estado de direito, cujo racional administrativo é garantir longevidade a si próprio – ao Estado e ao direito – através da astúcia de abertura de brechas para mudanças que não ameacem a existência do sistema.

Nesta visão ambivalente é que se apresentam as regras do jogo democrático que, ao mesmo tempo em que amparam os direitos e as liberdades, contêm a possibilidade de sua suspensão (e supressão) a qualquer momento, em caso de

emergência, de inesperado, de imprevisível. É a lei do Estado de exceção que, numa denominação ou noutra, está presente em todas as constituições dos estados modernos.

Entretanto, na medida em que um dos vetores fundamentais da condição moderna é o da previsibilidade, "saber para prever, prever para poder",[3] a suspensão das regras enquanto possibilidade lá longe na linha do horizonte, tem função de premissa fundante e de argumento em defesa da viabilidade democrática.

A regra de exceção é a que, mesmo mantendo – talvez até reforçando – as promessas de continuidade da democracia, tem poderes para suspender as demais regras e governar a partir do nada – *ex-nihilo* –, ou seja, da vontade própria e da decisão soberana do governante. Como a democracia é o sistema de governo em que a discussão prevalece à força, é fundamental que haja uma lei garantindo a suspensão da discussão quando se trate de alguma situação que ponha em risco a própria existência da sociedade e do Estado, como uma revolução ou uma guerra.

Assim, a fim de dar sentido às suas vidas e ações, os cidadãos modernos têm que participar de jogos paralelos: da mudança, da novidade, do progresso um, o outro, da conservação e da perpetuação. É a credibilidade do pacto, do juramento, do compromisso. Seria talvez a credibilidade do argumento? É o enigma do tempo e espaço que fluem – líquidos, diria Zygmunt Bauman –, e que contêm em si o seu oposto, os núcleos duros de tempo armazenado, conservado, caduco. A credibilidade do pacto é o móvel necessário para a produção de sentido, para colocar em funcionamento regras que também elas façam sentido, bem como a sua suspensão.

Entretanto, ao se tornar uma prática, a democrática lei de exceção tende a se perverter no sentido da crítica de Walter Benjamin ao governo social-democrata da República de Weimar, que por usar medidas de exceção indiscriminadamente, terminou por transformar a exceção no seu oposto, a norma.

Um dos mecanismos mais perversos das constituições democráticas, a exceção, é a ameaça constante do poder totalitário, fora do pacto. A idéia de uma regra autorizada a suspender as outras regras, introduzir regras novas e também estas invalidar, garante a perpetuação da ansiedade e da ambivalência, dos mal-estares modernos.

Se a mecânica do poder disciplinar se reproduz por onde atravessa, o mecanismo da exceção também aparece na administração da intolerância. É uma das intenções deste texto desenvolver argumentos que mostrem que a intolerância é a outra face da exceção. Se a exceção contribui como a possibilidade de suspensão das regras do jogo, a intolerância é sua contraparte, garantindo que tudo continuará como está, ou seja, sob controle.

(3) "*Savoir pour prévoir, prévoir pour pouvoir*", Auguste Comte.

Intolerância

A intolerância moderna nasce com o Estado-nação, contradizendo o discurso pacificador da igualdade baseada na homogeneidade, o consensual *melting pot*, incorporado e internalizado na produção científica e crítica mesmo das sociedades em que foi implantado a partir de fora e não como resultado de um desenvolvimento endógeno, como no Brasil, cuja sociologia por muito tempo desenvolveu o que se poderia chamar de teoria da *miscigenação cordial* e que, em parte, estava subssumida na pauta da teoria antropofágica.

A discrepância da prática intolerante com o projeto da modernidade, entretanto, é apenas aparente. No limite, de forma perversa, ela torna-semecanismo facilitador do Estado moderno, pois dá concretude ao conteúdo mesmo de coesão, homogeneidade e unanimidade nacionais: é a intolerância que de maneira clara e direta, desenvolvendo uma teoria das raças, uma teoria da índole, ou mesmo uma teoria das classes, vai delineando o mapa, arquitetando fronteiras e demarcações, separando o joio do trigo, o meu do teu, o eu do outro, o amigo do inimigo, o que deve viver do que deve morrer.

A tolerância à intolerância que em parte hoje se explica pela obsessão por identidade, espécie de *excedente* nos tempos da formação do Estado-nação, foi fator de sobrevivência no passado. Era aquele um momento de inflexão na representação da territorialidade e da espacialidade. Ao mesmo tempo em que a vida entrava na história através do investimento da biologia nos corpos, a fim de docilizá-los e cuidá-los para o trabalho, também o corpo territorial adquiria um significado novo.

A intolerância foi constitutiva na superação do medo ao desconhecido - do medo à liberdade. O corpo da nação passou a fazer sentido para além de sua localização pontual: por conta do novo espaço na sociedade de mercado, não mais de trocas, mas de compra e venda, as fronteiras, os limites, o que distingue o eu do outro, o meu do que não é meu, tornou-se critério central de classificação.

Amigo/inimigo

A exceção, assim como a intolerância tem seus significados estranhamente imbricados com uma das mais problemáticas relações da ética e da política, a relação entre amigos e inimigos.

Já presente nos tempos clássicos, na discussão sobre a justiça, em que aos inimigos se deve fazer o mal e aos amigos o bem,[4] na modernidade a relação entre eles adquire um caráter mais político e ganha mais visibilidade através de Carl Schmitt. Jurista do fascismo alemão, crítico radical da democracia liberal e da social-democracia, preocupado sobretudo com a questão da governabilidade na democracia

(4) *A República*, de Platão, ver bibliografia.

moderna, empregou a oposição amigo/inimigo como critério de definição do domínio do político e da dimensão pública: amigo e inimigo são mutuamente excludentes e, quando somados, constituem o todo, impermeabilizando-o.

De maneira semelhante, Arthur Gianotti define a política como "luta entre amigos e inimigos". A relação entre eles, afirma, é a essência mesma da democracia em ato: ele refere-se ao debate público, à discussão, à negociação, à argumentação, ao compromisso, enfim, à esfera da resolução de conflitos e diferenças de forma pacífica e civilizada. Mas, contrapõe Gianotti, exatamente como Schmitt o fizera, isto só é verdadeiro no nível privado. O que é bom no nível privado pode ser uma desgraça no campo da política, separando a política da ética, ou melhor, instaurando duas éticas:

"A ética dos princípios que pode ser a do indivíduo privado, é a mais próxima de uma ética tradicional. Atribui aos valores um caráter absoluto. É um sujeito que os institui. A ética da responsabilidade é aquela que se aplica na política, a que vale para quem age politicamente, levando em conta as relações de poder, construindo o futuro. É um erro considerá-la uma não ética. Na política tudo seria válido, já que validado pelos resultados. É uma ética da ação política mais que da instituição política." (Gianotti. *Folha de S. Paulo.*)

Grosso modo, a crítica schmittiana à democracia refere-se ao *lobby* de interesses privados ocultos que o parlamento, mero carimbo de decisões tomadas em negociações de bastidores, se tornou. O diálogo perverteu a política. É justamente para não esvaziar a democracia de sua essência – a identidade entre a lei e a vontade geral, e entre governantes e governados –, que Schmitt, invocando um regime de ação ao invés de deliberação e de "conversa sem fim" – um governo de mão forte, centralizado nas mãos do presidente –, constrói um impecável *manual de governabilidade* que tem como conceitos-chave o político, a soberania e o decisionismo, todos eles sustentados pelo art. 48 da Constituição de Weimar, que trata da lei de exceção.[5]

No estado moderno, com a interiorização dos conflitos e da guerra, dá-se a fissura binária que distingue o Mesmo – *hospes* – do Outro – *hostis*. Surge o inimigo interno. A pacificação que busca o liberalismo, diz Schmitt, é um mito, porque simplesmente oculta o político que reside na distinção entre amigo e inimigo e na relação de luta entre eles. Schmitt, assim como Gianotti, separa radicalmente a dimensão do público e do privado, de forma que "amai-vos uns

(5) Segue a transcrição do Art. 48 da Constituição de Weimar. "Se um Estado não cumpre as obrigações a ele impostas pela Constituição ou pelas leis do Reich, o presidente do Reich pode impô-las com a ajuda das forças armadas. Em caso de graves distúrbios ou ameaça à ordem pública e à segurança, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para a sua restauração, intervindo, se preciso, com a ajuda das forças armadas. Para isso, pode, temporariamente, no todo ou em parte, ab-rogar os princípios fundamentais que constam nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153" (Jay, 1994: 49-50). Para o corpo dos artigos que contêm os princípios fundamentais, remeto à obra de Martin Jay, ver bibliografia.

aos outros" refere-se ao inimigo privado, *inimicus* e não ao público, ao político, *hostes*. O inimigo político é aquele que deve ser fisicamente eliminado, aquele que deve morrer. Na política, o *inimicus* só pode ser superado através das armas. Essa é a leitura do Terceiro Reich.

Assim, a dimensão política em Schmitt é necessariamente militarizada, externamente e, necessariamente policializada, internamente. O estado de exceção termina servindo de mecanismo normalizador da ordem e da relação amigo/inimigo. Neste sentido, a longo prazo, a exceção não é ruptura mas continuidade.

A leitura de Schmitt do estado de exceção, no entanto, está atada à sua definição de soberano, "aquele que decide no e sobre o Estado de exceção" e aquele a quem cabe a decisão sobre quem é amigo e quem é inimigo, de forma que é a decisão soberana que instaura a ordem a partir do caos, semelhante à decisão divina que é "começo absoluto". Neste sentido, a função da exceção é a produção de irracionalidade.

Desenvolvido a partir da brilhante análise de Hannah Arendt da situação dos povos deslocados no entreguerras e durante a Segunda Guerra mundial, este modelo binário da exclusão absoluta serviu para entender a arquitetura da indiferença dos alemães em relação aos judeus que ali viviam no período hitleriano e que se tornaria o símbolo do imenso poderio do *quarto poder*, da mídia de massas. A arquitetura da indiferença faz parte da forma de dominação do biopoder, em que o fomento da intolerância e a política de eliminação física do inimigo servem para a constituição constante de uma anti-raça ou uma sub-raça, como as denomina Foucault, e que têm por função regularizar, legalizar e administrar a violência e a morte numa sociedade que em seu texto oficial investe inesgotavelmente na vida.

A lógica do inimigo interno, é uma lógica homicida, pois "para viver, o outro tem que morrer", observa Roberto Romano,[6] expande-se e se reproduz em todos os aspectos da vida pública, justificando assim a guerra total e declarando como inimigos os fora da normalidade, os *intoleráveis*, mesmo aqueles que não são soldados. É a teoria paranóica do inimigo generalizado, do inimigo epidêmico. O *hostes*, a outra raça, infiltra-se no corpo social e aí se reproduz. É a degeneração tornada princípio de exclusão, pela ameaça do *contágio*. Linguagem biológica, patológica, de contaminação virótica e câncer. É o racismo de Estado, processo interno de purificação permanente que arranca o homem do seu presente, numa espécie de arquitetura da indiferença e da exclusão absoluta. Processo planejado e arquitetado de forma a tornar invisível a população-alvo, retira-a do contato – público e privado – da escola, da vizinhança, do bairro, da cidade, do país, da imprensa, das notícias, separando-os do mundo, em total privação de direitos.

O contrato social, portanto, funda-se num direito que regulamenta e normaliza o *fazer a guerra*. É o direito de matar normalizado; é a pacificação como forma de continuar a guerra.

(6) *Folha de S. Paulo*, 1998.

Entretanto, em tempos de mercados globalizados e da globalização financeira, em que se assiste à homogeneização dos mercados de consumo, em que a exceção tornou-se norma de governabilidade – cada vez mais é o executivo que legisla através das medidas provisórias[7] –, e em que sobretudo a noção de espaço, de territorialidade e fronteiras mudou, em que a mobilidade física é a riqueza pior distribuída, de forma que a extraterritorialidade do poder contrapõe-se à contínua territorialidade da "vida como um todo", o já velho modelo dual amigo/inimigo também se transforma.

A transformação dos significados da espacialidade passa por um sem fim de dimensões e camadas da constituição dos sujeitos. Para citar uma das profundas alterações resultante do confronto entre globalização e localização, o *local* é imóvel. Os empregados ficam, a fábrica muda de lugar. Os investidores, ausentes, não são mais responsáveis pelas conseqüências de sua estada nem de sua partida. Livrar-se da responsabilidade, sobretudo da jurídica, é o mais cobiçado ganho do capital que, sem amarras locais, pode flutuar livremente, a seu *bel lucro*, numa reminiscência saudosista do *proprietário ausente* que tinha por único interesse na terra que possuía, extrair excedentes.

A produção do inimigo interno passa a ser diretamente administrada pelo mal-estar produzido pela obsessão classificadora – a categoria residual –, de forma que recrudesce a prática da intolerância que, agente de suporte da nova *epistème* e de uma nova forma de dominação, apresenta-se como conteúdo significativo substitutivo. Ela produz de fato o que ela nega de direito. Ela cria fatos, verdades, evidências.

A categoria residual é a categoria da exclusão produzida pela volúpia classificadora. Se a intolerância exige a negação dos direitos e das razões de tudo e todos que não podem ser assimilados, a categoria residual é a que os abarca. Ela não é nova: presente na inquisição espanhola e na perseguição às bruxas do Medievo, nos diagnósticos de esquizofrenia amplamente denunciados pela antipsiquiatria em meados do século 20, bem como hoje se encontra na discriminação étnica produzida pelos deslocamentos populacionais. Todas estas são hoje masmorras esquecidas que não estão em lugar algum, repleta de fantasmas, cujas vozes não se ouve, mas que devem ser economicamente administradas.

Classificar é ato político de primeira grandeza, sobretudo quando a pena pela diferença numa sociedade altamente punitiva é o extermínio, a exclusão absoluta, a intolerância radical. Classificar é definir o Outro; é revelar/diferenciar/estabelecer/sentenciar quem é amigo e quem é inimigo. É ao mesmo tempo solução da ambivalência em relação ao outro e criadora de ambivalência como subproduto da classificação. A substância da política moderna, diz Bauman, é o

(7) Para se ter uma idéia basta ver a quantidade de medidas provisórias editadas nos últimos governos: José Sarney, 147 de 10/1988 a 03/1990, Fernando Collor, 160, de 03/1990 a 10/1992, Itamar Franco, 506, de 10/1992 a 12/1994, Fernando Henrique, 1.º e 2.º mandato, perto de 6.000.

esforço para acabar com a ambivalência, é a divisão entre aquele que deve ficar e aquele que deve ser eliminado. Assim, a tirania da classificação termina sendo a deslegitimação do Outro.

Entretanto, resolvida a ambivalência identitária, abre-se o espaço para uma nova, mais angustiante e por isso mesmo mobilizadora de um grau maior de intolerância e que se refere à categoria da exclusão, à categoria dos sem categoria, aos sem lugar, à categoria atópica, à *categoria residual.*

Na acepção de Bauman, que se opõe à parelha amigo/inimigo, o Outro pode ser ou inimigo ou *estranho.* O inimigo, aquele que deve ser eliminado, apesar da violência da missão, por ser claramente classificável e identificável, ele não causa ansiedade: sabe-se a que lado pertence, não há mal-estar em relação às posições relativas, nem há possibilidade de surpresas.

O estranho, entretanto, que representa o desconhecido, é pura polissemia, dissonância, acaso, imprevisibilidade, risco. Ele tem o caráter do *viscoso – slimy* – conceito sartreano usado por Mary Douglas para a diferenciação entre o *kosher* e o *treif* – o *puro* e o *impuro* da tradição judaica. Essa viscosidade causa ambivalência e angústia, pois nunca se sabe de que lado está nem para onde vai. Categoria dos sem categoria, nem o Mesmo, nem o Outro, nem o Amigo nem o Inimigo: o Intolerável.

Mas o Estado moderno precisa do caos para continuar produzindo ordem. "essa desarmonia é precisamente a harmonia de que a modernidade precisa" (Bauman: 17). É no sentido de um agente do "caos necessário" que a intolerância é constitutiva da ordem social e não o que se opõe a ela; ela faz parte do próprio tecido da ordem na modernidade, desde a "descida dos deuses dos céus para a terra", até a tirania iluminista da razão, com o ordenamento, a classificação e a divisão entre a ordem e o Outro da ordem, o caos, como sua característica maior.

Uma discussão recente na mídia escrita brasileira – que assumia ora um caráter político ou intelectual, ora do poder ou da vaidade –, em torno das relações entre amigo e inimigo como definição do político e que teve como pano de fundo a questão da governabilidade, lembra o Príncipe e o Conselheiro, personagens do drama barroco alemão, tais como foram vistos por Walter Benjamin que se dirigiu à dramaturgia do século XVII, em busca de respostas a perguntas de seu tempo.

O Príncipe é em si uma ambivalência: à sua onipotência divina contrapõe-se a fragilidade de um corpo passível de doença e morte. É nesta ambivalência, neste *hamletismo*, neste "entre dois", que a governabilidade está ameaçada. O direito e a razão de Estado aí estão não para vencer ou substituir o estado de natureza e controlar o homem enquanto lobo do próprio homem, mas para superar o segundo corpo do rei, para garantir imortalidade, divindade e indestrutibilidade ao corpo frágil da criatura.

A razão de Estado, a lei de emergência, o estado de defesa, o estado de sítio, a intolerância, têm por função devolver ao soberano a condição imortal daquele que decide na exceção, quando o corpo frágil é o que parece se impor. Assim

nasce o decisionismo, a re-ação, sob a pele de carneiro, da ingovernabilidade. No limite, a governabilidade é a exceção infinitamente reproduzida sob o disfarce da urgência por decisão. É um direito em que a lei é constantemente repudiada em nome da medida provisória, como uma caixa d'água que só funcionasse através do ladrão.

A luta entre amigo e inimigo, entretanto, resvala: prega o extermínio do inimigo mas não enuncia o elogio à violência. Satisfaz-se com o sorriso magmático da legalidade que se confunde com legitimidade.

Na guerra, o *não matarás* não traz punição nem culpa, porque pertence à dimensão da legítima defesa – contraparte no nível do indivíduo, da razão de Estado – e, sobretudo, porque se trata da morte sem rosto. Como a distinção entre amigo e inimigo, entre aquele que deve matar e aquele que deve ser morto, é feita no nível do público, o inimigo é definido *avant la lettre* e, portanto, não tem rosto.

No núcleo mesmo da cultura, assiste-se à desumanização e à despersonalização da morte: é o Mesmo combatendo o Mesmo, um e outro soldados desconhecidos, sem nome e sem rosto. "Quando o inimigo adquire um rosto, possui uma história, torna-se impossível matá-lo" (Dayan-Herzbrun, 1966:58). Ernst Jünger, o escritor alemão que faz a romantização da violência, da guerra e do terror, defende o uso de força e da impiedade contra o inimigo. Para ele, a paixão pela morte é paixão política. A guerra democratiza a morte: anonimamente, todos correm os mesmos perigos. Entretanto, contrapõe Benjamin, para quem o rosto humano é o último reduto da autenticidade, a guerra "revoga a distinção entre a população civil e combatente, e com ela desaba o mais importante fundamento do direito das gentes" (Benjamin, 1987a:63).

É a *revolução conservadora*, que pretende, no registro do milagre – da criação *ex machina* –, vencer a finitude, a mortalidade, a própria temporalidade. "Não há luta pela vida, mas a vida é vivida para a luta". O pacifismo aparece como conluio, porque a vida é guerra permanente. A batalha final é a solução final.

É por conta desta desumanização que a questão da ética se coloca na discussão do conceito de político. Por que o inimigo deve ser extinto? Por que ele não tem rosto. O governante decisionista é quem deve decidir quem é o inimigo, a fim de eventualmente lhe tirar o rosto. O direito neste sentido, deixa de ser a proteção ao cidadão contra abusos do poder e torna-se mecanismo de legitimação e de legalidade da violência decisionista perpetrada contra o cidadão.

Se Schmitt indignava-se diante do descomprometimento de um parlamento que se desviou da essência democrática, usando as próprias leis parlamentares para defender interesses ocultos e não para tomar decisões, agora Giannotti, num conformismo suspeito, separando ética de política – como se não bastasse a separação entre economia e política –, afirma que a política "pressupõe a manipulação do outro, desde logo suporta, portanto, certa dose de amoralidade... Na democracia... discute-se ... até que se decida... então se percebe com nitidez sua zona cinzenta da amoralidade".

Afinal, trata-se de dois pesos e duas medidas? Haveria uma intolerância positiva? Ou uma intolerância radical? O que acrescenta à intolerância uma aura de "resistência", agregando-lhe valor no mercado de ideologias? Para que o sistema de dominação precisa desta espécie de heroísmo? ou de lealdade? ou de compromisso? Como se constituem sujeitos intolerantes e resistentes e sujeitos intolerantes e conformistas? Por que no nacionalismo o outro é sempre inimigo? Se vivemos em democracias pluralistas, porque a intolerância ainda é tão forte, mesmo no mais libertário e mais rico dos países?

O que significam as alianças pontuais da democracia? Dá para estabelecer amigos e inimigos definitivos? Não seriam eles sujeitos/contingências históricas? Por que quando se fala em convívio das diferenças ou em direitos humanos, está-se sempre a falar do inimigo? Não se estaria na verdade falando em convívio com a desigualdade e não com a diferença? E caberia então perguntar como é possível conviver com a desigualdade?

A crescente intolerância é resposta à ansiedade pela perda de identidade nacional na globalização, com fronteiras cada vez mais indistintas, e a localização dos centros de produção de sentido e de mando cada vez mais inacessíveis. Ela vem reduzir o temor da perda dos referenciais espaciais e temporais, o temor ao desconhecido, em suma, à liberdade. Através da intolerância, ou seja, através da construção cada vez mais minuciosa e detalhada da distinção entre amigo e inimigo é que a identidade obtém contornos mais definidos. Definimo-nos a partir do outro, do inimigo definido.

Apesar de agentes redutores de ansiedade – uma suspendendo as normas vigentes, a outra eliminando a diferença – ambos os mecanismos, a exceção e a intolerância entretanto, ao mesmo tempo em que resolvem um mal estar pontual, instauram um novo mal estar, nada pontual, o precedente da ruptura de dois mitos modernos: o da democracia e o da unanimidade nacional.

Na mesma medida em que a exceção é convocada por Benjamim a retomar seu caráter democrático, no sentido de lhe ser devolvida a sua essência, seu ser excepcional, a fim de não mais ocultar o decisionismo – um suave totalitarismo –, através das medidas provisórias ou de exceção, cabe convocar a intolerância a retomar ou reinventar sua condição democrática, adentrando a dimensão ética, desmontando a arquitetura da indiferença e dando rosto ao Outro. Transformando, assim, a intolerância em resistência.

De que democracia, afinal, estamos falando?

Bibliografia

ADORNO, Theodor e HORKHEIMER, Max: *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. *Culture as praxis*. London: Routledge & Kegan Paul, 1973.

———. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

———. *Modernity and the holocaust*. New York: Cornell University Press, 1989.

BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura documentos de barbárie*. BOLLE, Willi (Org.). São Paulo: Cultrix, 1986.

———. *Magia e técnica, arte e política. Obras escolhidas*. São Paulo: Brasiliense, 1987a. vol. 1.

———. *Oeuvres – I – Mythe et Violence*, Les Lettres Nouvelles, Paris. "Pour une critique de la violence" – *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XLVII, 3, 1921.

———. *Origem do drama barroco alemão*. São Paulo: Brasiliense, 1963.

———. *Rua de mão única*: Obras escolhidas. São Paulo: Brasiliense, 1987b. vol. 2.

BOLDT, Hans. "Article 48 of the Weimar Constitution, its historical and political implications". Em: NICHOLLS, A. e MATTHIAS, E. *German democracy and the triumph of Hitler*. Londres: Georg Allen & Unwin, 1971.

———. "Constituição da República Alemã (1919)". *The Weimar Republic Sourcebook*. JAY, Martin; KAES, Anton; DIMENDBERG, Edward (eds.). California: University of California Press, 1994.

DAYAN-HERZBRUN, Sonia. "A paixão pela morte como paixão política na obra de Ernst Jünger". *Tempo*, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, 1966.

DYMETMAN, Annie. *Uma arquitetura da indiferença: a República de Weimar*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

ELIAS, Norbert. *The Germans*. Cambridge: Polity Press, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo*. Buenos Aires: Altamira, (s/d).

———. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

———. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 1977.

FREYER, Hans. *Prometeu*. Jena, 1923.

FROSSARD, Denise. *Folha de S. Paulo*, 02.02.2002.

HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

JAY, M.; KAES, A. & DIMENDBERG, E. (eds). *The Weimar Republic Sourcebook*. California: University of California Press, 1995.

JÜNGER, Ernst. "Fire" (1922). *The Weimar Republic Sourcebook*. JAY, Martin; KAES, Anton; DIMENDBERG, Edward (eds.). California: University of California Press, 1994.

MARRAMAO, Giacomo. *Céu e Terra*. São Paulo: Unesp, 1997.

———. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: Unesp, 1995.

MATOS, Olgária. *Os arcanos do inteiramente outro: a escola de Frankfurt*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

PORTO MACEDO, Ronaldo Jr. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. Dissertação de Mestrado em Filosofia – FFLCH – USP, 1993.

ROMANO, Roberto. *Folha de S. Paulo*/Tendências e Debates.

SCHILLING, Flávia. "Corrupção: ilegalidade intolerável?". São Paulo: IBCCrim, 1999.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. São Paulo: Vozes, 1992.

———. *Political romanticism*. Cambridge: MIT Press.

———. *The crisis of Parlamentary Democracy*. Cambridge: MIT Press, 1985a.

SCHWAB, George: *The challenge of exception: an introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*. Berlin: Dunker & Humblot, 1970.

STERNHELL, Zeev. *The Intellectual Revolt against Liberal Democracy*. Jerusalém: The Israel Academy of Sciences and Humanities, 1996.

7. HISTÓRIA DO DIREITO

7.1

UM CAPÍTULO ESQUECIDO NA HISTÓRIA DA CRIMINOLOGIA NO BRASIL: Paulo Egídio e a sociologia criminal em São Paulo

MARCOS CÉSAR ALVAREZ

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A emergência da Criminologia e da Sociologia Criminal na Europa – 3. Paulo Egídio e a Sociologia Criminal em São Paulo – 4. A proposta de uma reforma penitenciária – 5. Considerações finais – Bibliografia.

Resumo: O artigo discute aspectos da trajetória intelectual e política de Paulo Egídio de Oliveira Carvalho (1842-1906) Este jurista foi um importante divulgador da Sociologia e da Criminologia entre o final do século XIX e o início do século XX em São Paulo, tendo se destacado igualmente na atuação política como senador nos primeiros anos da República.

Palavras-chave: Sociologia criminal – Criminologia – Direito penal – Brasil República.

1. Introdução

Em anos recentes, o crescimento da violência e da criminalidade, sob suas mais diversas formas, tornou-se um dos principais problemas sociais do Brasil. Por um lado, a violência institucional, herança do período autoritário, não foi satisfatoriamente superada com o processo político de redemocratização: a violência policial, a situação explosiva dos presídios, a dificuldade de acesso à justiça por parte das classes populares permanecem como desafios ainda não plenamente equacionados pelo regime democrático.[1] Por outro lado, décadas de estagnação econômica elevaram as tensões sociais, com o conseqüente aumento da criminalidade urbana violenta nas suas diversas manifestações: roubos, assaltos, seqüestros, fortalecimento do assim chamado crime organizado etc.

(1) Sobre as dificuldades de constituição e manutenção do Estado de Direito no Brasil e na América Latina, após o fim dos regimes autoritários e a redemocratização dos regimes políticos nos anos 80 do século XX, consultar Méndez (2000).

A busca da contenção da violência e da criminalidade através do estabelecimento de políticas públicas de segurança que contribuam para o fortalecimento do Estado de Direito tem sido o principal objetivo perseguido pelos mais diferentes setores da sociedade civil comprometidos com o regime democrático. Nesta busca, torna-se imprescindível a realização de estudos científicos que possam gerar informações confiáveis e interpretações plausíveis acerca desses complexos fenômenos sociais.

As Ciências Sociais no Brasil – e, mais especificamente, a Sociologia – têm cumprido esse papel no passado recente, ao desenvolver um número crescente de pesquisas acerca da violência, da criminalidade, da segurança pública, da justiça criminal etc. Entretanto, essa contribuição mais decisiva dos estudos sociológicos só se inicia a partir de 1970, institucionalizando-se posteriormente nas décadas de 80 e 90 do século XX (cf. Misse, 2000).

Na verdade, durante muitas décadas, especialmente no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, médicos e juristas detiveram o monopólio dos estudos nessas áreas. Se hoje a colaboração entre cientistas sociais, juristas e profissionais do campo da saúde é cada vez mais intensa, pois freqüentemente o estudo da violência, do crime e da criminalidade exigem a construção de abordagens multidisciplinares, durante muito tempo no Brasil houve um divórcio entre os estudos sociológicos e o campo de estudos que, com certa imprecisão, podemos chamar de Criminologia.

Mas nem sempre foi assim. Para muitos dos médicos e juristas do final do século XIX envolvidos com as questões criminais, os termos Sociologia Criminal e Criminologia eram utilizados quase como sinônimos. O que teria levado a que, posteriormente, os estudos sobre o crime e a criminalidade estivessem quase totalmente ausentes das análises sociológicas? Ao buscar responder a esta questão, defendo a hipótese de que foi a grande repercussão que a Criminologia de Lombroso obteve entre juristas e médicos no Brasil entre o final do século XIX e o início do XX que em grande medida ajudou a estabelecer o posterior divórcio da Sociologia com relação às temáticas do crime e da criminalidade. O determinismo biológico de Lombroso, que muito influenciou médicos e juristas no Brasil, bloqueou a compreensão das questões criminais como fenômenos sociais, ao estimular, em contrapartida, concepções e especulações que, vistas da atualidade, mostraram-se claramente falaciosas.

Para desenvolver a hipótese indicada, analisarei neste artigo aspectos da trajetória intelectual de um autor relativamente esquecido na história da Sociologia e da Criminologia no Brasil: Paulo Egídio de Oliveira Carvalho (1842-1906). Além de ser um pioneiro na divulgação da Sociologia no Brasil, pois já em 1900 publica um livro no qual discute as idéias de Émile Durkheim, Paulo Egídio buscou igualmente aplicar muitas das idéias da nascente Criminologia – que para ele não era distinta da Sociologia Criminal –, por meio do estabelecimento de políticas "científicas" de combate ao crime e à criminalidade, políticas estas que

defendeu ao longo de sua atuação política como senador nos primeiros anos da República.[2]

2. A emergência da Criminologia e da Sociologia Criminal na Europa

No final do século XIX na Europa, diversos saberes disputavam a primazia de explicar as causas do crime e da evolução da criminalidade. Se a Psiquiatria já há algum tempo buscava medicalizar o crime, foi com as idéias da Antropologia Criminal ou da Criminologia – como será posteriormente mais amplamente denominada –, elaboradas sobretudo a partir dos trabalhos de Cesare Lombroso (1835-1909) e de seus seguidores, que um saber mais especializado tomará o crime e a criminalidade como objeto de investigação.

Juntamente com Raffaele Garofalo (1852-1934), Enrico Ferri (1856-1929) e outros, Lombroso pretendeu construir uma abordagem científica a respeito do crime, ao estabelecer uma oposição no interior das doutrinas penais entre a *escola clássica*, desenvolvida desde o século XVIII a partir das idéias de Cesare Beccaria (1738-1794) e Jeremy Bentham (1748-1832), e a *escola positiva* defendida pelo próprio Lombroso e seus seguidores. Esta cisão indica duas formas de abordar o problema do crime: de um lado, a *escola clássica* define o crime em termos legais, ao enfatizar a liberdade individual e os efeitos dissuasórios da punição. De outro, a *escola positiva* rejeita uma definição estritamente legal do crime, ao enfatizar o determinismo ao invés da responsabilidade individual e ao defender um tratamento científico do criminoso, tendo em vista a proteção da sociedade.

Formado em Medicina, e influenciado desde cedo por teorias materialistas, positivistas e evolucionistas, Lombroso[3] tornou-se igualmente famoso por defender a teoria que ficou popularmente conhecida como a do "criminoso nato", termo que na verdade foi criado por Ferri. Ao partir do pressuposto de que os comportamentos são biologicamente determinados, e ao basear suas afirmações em grande quantidade de dados antropométricos, Lombroso construiu uma teoria evolucionista, na qual os criminosos aparecem como tipos atávicos, ou seja, como indivíduos que reproduzem física e mentalmente características primitivas do homem. Sendo o atavismo tanto físico quanto mental, poder-se-ia identificar, valendo-se de sinais anatômicos, quais os indivíduos que estariam hereditariamente destinados ao crime. Em termos gerais, portanto, Lombroso reduziu o crime a um fenômeno natural, ao considerar o criminoso simultaneamente como um primitivo e um doente.

(2) Resumo aqui, com reformulações algumas idéias acerca da trajetória deste autor já desenvolvidas anteriormente em Alvarez (1996) e Alvarez e Salla (2000).

(3) Ver a tradução do *O homem deliqüente*, recentemente publicada no Brasil (cf. Lombroso, 2001).

As teorias de Lombroso tiveram um grande impacto em sua época, permanecendo por muitos anos como o tema por excelência das discussões jurídicas e penais. E são os diversos congressos de Antropologia Criminal, realizados no final do século XIX e início do século XX na Europa, que mostram bem a medida do grande interesse que esta disciplina despertou não apenas entre os especialistas mas também entre os leigos em sua época. O primeiro congresso, realizado em Roma em 1885, representa o ápice da carreira de Lombroso e da escola italiana de Criminologia.[4] Mas é também ao longo desses anos que começam a surgir as principais resistências às novas idéias penais.

As idéias de Lombroso passaram a ser criticadas tanto por intelectuais ainda ligados a paradigmas naturalistas e deterministas, como o médico Alexander Lacassagne (1843-1924), quanto especialmente por autores que buscavam ressaltar as explicações sociológicas sobre o crime e a criminalidade, como Gabriel Tarde (1843-1904)[5] e posteriormente Émile Durkheim (1858-1917). Graças às críticas elaboradas por esses autores, no início do século XX na Europa as idéias básicas da Antropologia Criminal já encontram amplo descrédito. E é, paradoxalmente, neste momento que elas encontrarão nos países latino-americanos "verdadeiros eldorados da nova escola" (Darmon, 1991, p. 110).

Embora um estudo mais detalhado acerca da história da Criminologia no Brasil ainda deva ser feito, pode-se afirmar com segurança que é já nas últimas décadas do século XIX que começa a recepção das idéias da Antropologia Criminal de Lombroso no país. Sobretudo médicos e juristas como Nina Rodrigues (1862-1906), João Vieira de Araújo (1844-1922), Francisco José Viveiros de Castro (1862-1906), Clóvis Beviláqua (1859-1944), entre muitos outros, publicam artigos e livros em que são discutidos os principais conceitos e autores da escola penal positiva.

Entre estes autores, destaco aqui a trajetória singular de Paulo Egidio de Oliveira Carvalho. Singular tanto porque Paulo Egidio buscou não apenas divulgar as idéias da Criminologia, mas também propor a partir delas reformas legais e institucionais de combate ao crime e a criminalidade, como também porque ele foi capaz de divulgar no Brasil uma das principais polêmicas ocorridos na Europa, justamente a que contrapunha a Sociologia de Durkheim aos criminologistas de inspiração lombrosiana.

3. Paulo Egídio e a Sociologia Criminal em São Paulo

Paulo Egídio de Oliveira Carvalho (1842-1906) nasceu em Bananal, Estado de São Paulo, filho do Coronel Francisco de Carvalho. Estudou na Faculdade de Direito entre 1861 e 1865. Após o término do curso, trabalhou como advogado

(4) Acerca dos congressos de Antropologia Criminal e das disputas que aí ocorreram, ver o interessante livro de Darmon (1991).

(5) Sobre Tarde, consultar Vargas (2000).

e promotor público em Limeira, fixando depois residência na capital do Estado em 1870, quando iniciou sua carreira política. Foi então eleito deputado provincial em 1870, constituinte em 1891 e senador estadual em 1894. Membro da Comissão de Justiça e Estatística do Senado paulista, elaborou, entre muitos outros, os projetos acerca da Penitenciária e da Caixa Econômica do Estado.

Considerado por seus contemporâneos paulistas como um dos mais destacados pensadores da época, Paulo Egídio logo se firmou como um estudioso da "Sociologia", termo que, na sua concepção, englobava desde autores que hoje reconhecemos como "clássicos" dessa área do conhecimento, tais como Comte, Spencer e Durkheim, até autores que atualmente não são considerados como fazendo parte da história da disciplina, como Darwin e o próprio Lombroso. Assim como outros pensadores brasileiros de seu tempo, eram as teorias positivistas e evolucionistas que fascinavam Paulo Egídio. Em contrapartida, o que singulariza sua trajetória intelectual, como dissemos, é a defesa apaixonada da Sociologia como conhecimento capaz de levar à compreensão da sociedade e de guiar a ação do homem de Estado. Isto o levará, por exemplo, a se preocupar também com a criação de condições institucionais que permitissem o desenvolvimento da Sociologia no país, tendo criado criado, na última década do século XIX, um instituto sociológico em São Paulo, que parece ter despertado algum interesse nos meios intelectuais da época, mas que não teve continuidade após a morte de seu fundador.

O principal trabalho teórico, deixado por Paulo Egídio, é um ensaio intitulado *Estudos de Sociologia Criminal* (Egídio, 1900), no qual discute detalhadamente as concepções de Durkheim sobre o crime, trabalho este que o levou a ser aceito como membro do Instituto Internacional de Sociologia de Paris, por indicação de Gabriel Tarde e René Worms (cf. Machado Neto, 1969, p. 55). Este livro é bastante interessante pois irá reproduzir no Brasil o debate que ocorria na Europa entre os adeptos das concepções lombrosianas e os adversários que advogavam a necessidade de explicações sociológicas acerca do crime e da criminalidade.

Ao contrário da maioria dos autores no Brasil, que se dedicavam a divulgar as idéias de Lombroso com preocupações didáticas e pragmáticas mais acentuadas, Paulo Egídio se insere no debate em torno da Criminologia e da Sociologia Criminal voltando-se para o estudo desse autor ainda pouco divulgado no Brasil, Émile Durkheim, e atendo-se a um tema principal de discussão: o problema do caráter normal ou patológico do crime.

A pergunta que Paulo Egídio pretende responder é se o crime deve ser considerado "(...) um fenômeno da fisiologia social ou da patologia social, um fenômeno normal ou um fenômeno mórbido, anormal, patológico" (Egídio, 1900, p. V). Diante desta questão, o advogado paulista se propõe a estudar a obra de Durkheim, que argumenta no sentido de situar o crime entre os fenômenos normais. Paulo Egídio questiona se o método objetivo, aplicado ao fenômeno do crime, deve levar necessariamente a esta polêmica conclusão. E, para desenvolver o problema, ele propõe um percurso analítico preciso: primeiro, estudar a

teoria do método objetivo em Durkheim e como ele a aplica ao conceito de crime. Em seguida, Paulo Egídio se propõe a "retificar" os argumentos do sociólogo francês, ao criticar as conclusões a que este chegou sobre o caráter normal do crime. Ao finalizar, Egídio ainda discute se a relação entre o progresso e o aumento da criminalidade, também defendida por Durkheim, poderia ser confirmada pela análise de dados estatísticos referentes a diversos países, incluído o Brasil.

Ao longo do texto, fica evidente que Paulo Egídio toma partido dos adeptos da Criminologia lombrosiana, ao refutar as críticas que Durkheim dirige a Garofalo – um dos principais discípulos de Lombroso – e ao reafirmar que o crime é um fenômeno anormal, pois o criminoso é aquele que se afasta das leis e das normas sociais. Logo, ainda segundo Egídio, Lombroso tem razão contra Durkheim ao indicar que o criminoso se desvia profundamente do homem comum, constituindo um tipo próprio, uma natureza anormal.[6]

Paulo Egídio parece temer que a argumentação no sentido do caráter normal do crime leve à inviabilização das instituições penais. Em contrapartida, ele acredita que, se a ciência positiva é capaz de dar conta do caráter anormal do crime, tal como este foi visto ao longo de toda a história do direito penal, então é possível o aperfeiçoamento do sistema penal a partir das concepções científicas desenvolvidas pela Sociologia Criminal.

De qualquer modo, esse livro poderia ter garantido a Paulo Egídio o lugar de um dos precursores da Sociologia no Brasil, verdadeiro "patriarca" da Sociologia em São Paulo.[7] Mas Paulo Egidio irá além e utilizará as idéias da Criminologia para elaborar e defender no Senado uma reforma das instituições penais de inédita amplitude. Independentemente do debate entre Sociologia e Criminologia, ele não tinha dúvidas que o estudo científico do crime deveria auxiliar e mesmo direcionar a ação de legisladores e juristas para que pudessem produzir e aplicar leis mais adequadas ao combate do crime e da criminalidade.

4. A proposta de uma reforma penitenciária

Entre 1893 e 1906, quando propõe no Senado sua ampla reforma penitenciária para o Estado, Paulo Egidio utilizará em seus discursos parlamentares esses conhecimentos para justificar suas ambiciosas propostas.

(6) O livro de Paulo Egídio acerca da Sociologia Criminal deve ter chamado a atenção dos seus contemporâneos pelo rigor e pelo método da exposição, superior à produção da época no campo dos estudos criminais no Brasil, ao merecer inclusive uma longa resenha crítica na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, publicada no mesmo ano da edição do livro e elaborada por João Mendes Júnior (Mendes Júnior, 1900). De fato, Paulo Egídio realiza uma verdadeira introdução à metodologia de Durkheim para o público brasileiro, num momento em que teorias como as de Lombroso dominavam o debate local.

(7) Essa expressão é empregada por Cândido (1958).

Paulo Egídio inicia a discussão da reforma penitenciária na sessão de 07.08.1893, ao propor a necessidade de reforma do Código Penal de 1890. Partindo do princípio de que a reforma penitenciária deve principiar pela mudança das leis penais, Egídio propõe que o Senado de São Paulo indique ao Congresso federal a conveniência de se decretar a reforma do Código no que diz respeito às penas de curta duração. Paulo Egídio sugere que as penas de prisão celular até o prazo de seis meses, condenadas pela moderna penalogia, fossem substituídas por outros tipos de pena, tais como as penas de reparação civil, multa, trabalhos feitos em liberdade, etc. Esta primeira iniciativa não parece ter obtido resultado, mas mesmo assim Paulo Egídio persistiu nas reformas, atendo-se àquelas que eram de competência estadual.

Assim, na sessão de 14 de agosto apresenta o Projeto 33, criando o Asilo Industrial de São Paulo, destinado a recolher crianças de ambos os sexos, que mendigarem pela cidade, as que tiverem pais condenados por sentença criminal e em cumprimento da pena, as que forem órfãs de pai ou notoriamente pobres e aquelas que, tendo pais, tutores ou curadores, forem por eles abandonadas. Coerentemente, Paulo Egídio inicia seu projeto de reforma penitenciária propondo uma instituição voltada "(...) à vida anterior do delinqüente, à prevenção dos delitos na sociedade" (São Paulo, 1893, p. 587). A proposta do Asilo Industrial também não teve continuidade, e, com a apresentação posterior do projeto do Instituto Disciplinar por Cândido Mota, Paulo Egídio se deu por satisfeito ao apoiar o projeto deste outro jurista.

Na sessão de 27.07.1896, Paulo Egídio apresenta seu principal projeto, referente à reforma penitenciária. O Projeto de Lei 4 estabelece a criação de novas instituições penais em todo o Estado, assim como propõem a criação de sociedades de proteção, voltadas para o amparo dos condenados que tivessem cumprido pena, entre outras medidas.

Este projeto de Paulo Egídio deu origem, anos depois, à criação da Penitenciária do Estado, mas seu autor não ficou satisfeito apenas com essa proposta, voltando a apresentar novos projetos para completar seu sistema penitenciário. Assim, na sessão de 13.06.1904, apresentou o Projeto 4, referente às sociedades de patronato, destinadas a dar assistência aos condenados reclusos e suas famílias. Na sessão de 18.08.1905, apresentou, por sua vez, o Projeto 3, referente à criação de uma escola penitenciária de ensino superior na capital do Estado, voltada para o preparo técnico dos indivíduos que se dedicassem à carreira penitenciária. As disciplinas ensinadas incluiriam o direito penal, a antropologia criminal, a psicologia e a psiquiatria, a história do regime penitenciário e a história dos congressos penitenciários. Os formados nesta escola estariam aptos a trabalhar como diretores de penitenciárias, asilos e estabelecimentos disciplinares, industriais ou agrícolas, colônias penais etc.

5. Considerações finais

Percebe-se assim que em sua atuação como senador, Paulo Egídio tentou colocar em prática as diretrizes estabelecidas pelo estudo científico do crime,

que discutia em seus livros. Mas, se o sistema penitenciário do Estado de São Paulo, desenhado em linhas gerais por ele, permanecerá ao longo de toda a Primeira República como exemplo a ser seguido pelos demais Estados, seu pioneirismo na divulgação das idéias de Durkheim acerca do crime cairá no esquecimento. Isto porque as teses sociológicas de Durkheim acerca da natureza social do crime e da criminalidade serão vitoriosas contra as idéias da escola italiana de Criminologia, ao menos no interior da universidade francesa, e também quando da institucionalização das Ciências Sociais no Brasil.

No entanto, esta rejeição dos argumentos de Durkheim acerca da natureza normal do crime não se dá por acaso, nem é fruto apenas da incompreensão[8] de Egídio em relação às idéias do sociólogo francês. Paulo Egídio parece perceber que o conceito de *normal* em Durkheim implica num horizonte de tolerância – ainda que bastante limitado (cf. Fernandes, 1996) – para com os comportamentos divergentes e os conflitos sociais que nem o intelectual paulista, nem as elites republicanas brasileiras do período estavam dispostos a aceitar.

O projeto intelectual de Durkheim se insere no movimento mais amplo de reformas políticas e sociais, levado a cabo pelas elites dirigentes na França a partir da segunda metade do século XIX, que, por meio da forma republicana e tendo a educação como elemento ideológico de coesão social, buscava estabelecer um novo consenso na sociedade francesa (cf. Ortiz, 1989). Ao defender a idéia da normalidade do crime, Durkheim estava de certo modo admitindo a presença inevitável dos conflitos sociais no interior desse processo de construção da ordem republicana.

O projeto intelectual de Paulo Egídio, em contrapartida, não escapa do horizonte muito mais conservador das elites paulistas da época. Estas preocupavam-se sobretudo com a contenção da pobreza urbana, que ganhava contornos cada vez mais "perigosos" na cidade de São Paulo, aos olhos dessas mesmas elites (cf. Adorno, 1990). Assim, mesmo pretendendo ser um reformador, Paulo Egídio vê as idéias de Durkheim acerca do caráter normal do crime como inadequadas diante da necessidade de controle da desordem urbana, ao passo que as idéias de Lombroso e de seus correligionários, voltadas para a hierarquização dos indivíduos e capazes de estabelecer novas estratégias de controle social das populações urbanas, ajustavam-se plenamente ao horizonte da República oligárquica.

Parece plausível, portanto, a hipótese de que a escolha teórica de Paulo Egídio provavelmente será uma das causas do esquecimento posterior a que foi condenado na história da Sociologia em São Paulo. A Sociologia se constituirá também no Brasil ao tomar distância das concepções cientificistas e dos

(8) De fato, toda a argumentação de Paulo Egídio em seu *Estudos de sociologia criminal* se apoia numa compreensão insuficiente das idéias de Durkheim, que defende o caráter normal não só do crime, mas também das penas. Ou seja, se para Durkheim o crime é um fenômeno normal, também o é a reação social contra o crime, a sanção ou a pena. Seguir o argumento de Durkheim, portanto, não implica em cair no paradoxo de não mais reprimir o crime e a criminalidade, como afirma Egídio.

determinismos biológicos. No entanto, muitos juristas e médicos permanecerão fiéis à Criminologia de feição lombrosiana, que influenciará durante muito tempo as reformas legais e institucionais no campo da justiça criminal no Brasil.

Assim, embora praticamente esquecido na história posterior da Sociologia, Paulo Egídio triunfará no campo das políticas criminais, pois nos anos seguintes seu projeto de um sistema de defesa social será em parte realizado, com instituições como o Instituto Disciplinar e a Penitenciária do Estado. Sistema que estabelecerá políticas conservadoras de combate ao crime e à criminalidade, apoiadas, mesmo que indiretamente, nos estereótipos criados pela Criminologia de Lombroso.

Como dizia no início do artigo, hoje um novo campo interdisciplinar já é possível, capaz de integrar disciplinas diversas para a melhor compreensão dos complexos processos sociais que podem explicar o crescimento da violência e da criminalidade em nosso país. Mas, tanto no passado quanto na atualidade, as concepções que naturalizam esses complexos fenômenos sociais – e Lombroso permanece como o autor paradigmático dessas formas de pensamento – permanecem como obstáculos a serem evitados e criticados para que uma efetiva compreensão multidisciplinar destas questões seja possível.

Bibliografia

ADORNO, Sérgio. "A gestão filantrópica da pobreza urbana". *São Paulo em Perspectiva* 4-2/8-17, abr.-jun. 1990.

ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas*: saber jurídico e nova escola penal no Brasil. São Paulo: IBCCrim, 2003.

———; SALLA, Fernando. "Paulo Egídio e a sociologia criminal em São Paulo". *Tempo Social* 12-1/101-122, São Paulo, 2000.

CÂNDIDO, Antonio. "Informação sobre a sociologia em São Paulo". In: ——— et al. *Ensaios paulistas*. São Paulo: Anhembi, 1958.

DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*: a medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

EGÍDIO, Paulo. *Estudos de sociologia criminal*: do conceito geral do crime segundo o método contemporâneo (a propósito da teoria de E. Durkheim). São Paulo: Tipografia e Edição da Casa Eclética, 1900.

FERNANDES, Heloísa Rodrigues. "Um século à espera de regras". *Tempo Social* 8-1/71-83, São Paulo, maio 1996.

LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

MACHADO NETO, A.L. *História das idéias jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo/Edusp, 1969.

MENDES JÚNIOR, João. "Do conceito geral do crime pelo Dr. Paulo Egídio". *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo* VIII/35-62, 1900.

MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.). *Democracia, violência e injustiça*: o não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000. 389p.

MISSE, Michel; LIMA, Kant de; MIRANDA, Ana Paula Mendes de. "Violência, Criminalidade, Segurança Pública e Justiça Criminal no Brasil: uma bibliografia". *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais* 50/45-123, BIB, Rio de Janeiro, 2.º semestre, 2000.

ORTIZ, Renato. "Durkheim: arquiteto e herói fundador". *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 4-11/5-22, São Paulo, out. 1989.

SÃO PAULO. Senado do Estado. *Anais da Sessão Extraordinária de 1893*. São Paulo: Tipografia do Diário Oficial, 1893.

VARGAS, Eduardo Viana. "A microssociologia de Gabriel Tarde". *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 27/93-110, São Paulo, fev. 1995.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

8.1.1

DEFICIÊNCIA DE DEFESA. Atuação do defensor que prejudicou o acusado no Júri. Apelação de defesa sem razões recursais. Júri anulado – Algumas considerações sobre a ampla defesa

ALEXANDRA SZAFIR

JÚRI. Nulidade. Deficiência de defesa. Prejuízo ao réu inexistência de contraditório. Ausência de rol de testemunhas. Alegações finais e razões recursais. Tese de homicídio privilegiado sustentada pelo Ministério Público em Plenário não indagada ao jurados.

Ementa Oficial: No Júri, deve-se exigir muito mais do advogado, uma vez que, diferentemente das decisões judiciais nos processos em geral, a decisão dos jurados não é motivada. Daí por que não se deve admitir defesa omissa e deficiente porquanto equivaleria a admitir processo sem que houvesse defensor.

Se o Ministério Público sustenta em plenário a tese de homicídio privilegiado, deve o juiz presidente do Júri incluir na quesitação após a negativa de teses mais favoráveis ao réu, sustentada pela defesa

ApCrim 99.000653-0 – Câmara Criminal – TJAC – j. 23.06.2003 – rel. Des. Arguilau de Castro Melo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da ApCrim 99.000653-0, de Rio Branco, em que figuram como apelante Humberto Silva de Souza e apelado o Ministério Público, acordam, à unanimidade, os membros da Câmara Criminal do TJAC, anular o julgamento, em razão da deficiência da defesa, para que outro seja procedido, tudo nos termos do voto do relator e notas taquigráficas.

Rio Branco-AC, 23 de junho de 2000 – ELIEZER MATTOS SCHERRER, presidente da Câmara Criminal – ARGUILAU DE CASTRO MELO, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Des. Arquilau Melo* (relator): Humberto Silva de Souza foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, duas vezes, do CP, acusado de haver, no dia 03.10.1998, assassinado os irmãos José Alberto Ferreira Dourado e Mariano Dourado da Silva, a golpes de pau, fato esse ocorrido na Vila Custódio Freire, nesta Capital.

Pronunciado e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, restou condenado a doze anos de reclusão, pela prática dos dois homicídios que lhe foram atribuídos.

Logo após a proclamação do resultado do julgamento, ainda no plenário do Júri, o seu advogado interpôs apelação ao mesmo tempo em que requereu que fosse mantido em liberdade até um pronunciamento definitivo do seu processo.

Embora intimado, o advogado do recorrente não se dispôs a apresentar as razões do recurso.

O apelo foi contra-arrazoado e nesta instância a Procuradoria de Justiça ofereceu o parecer de f.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Des. Arquilau Melo* (relator): Trata-se de apelação criminal interposta por Humberto Silva de Souza contra decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri da Comarca da Capital, que lhe deu como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, c/c o art. 69 do CP.

O advogado constituído pelo réu, às f. optou pelo oferecimento das razões perante este Tribunal, todavia, embora intimado deixou de apresentá-las, em razão de que se desconhece os fundamentos do recurso, de sorte que devemos tê-la como ampla.

Contudo, cumpre destacar que no decorrer da tramitação da ação penal, o patrono do acusado, Dr. Elias Antunes Aguiar, deixou de apresentar peças processuais relevantes para a defesa do recorrente, que implicam em defesa deficiente. Senão vejamos.

Não obstante tenha apresentado a defesa prévia às f., deixou de apresentar rol de testemunhas, sendo que as únicas testemunhas ouvidas na instrução criminal foram as arroladas na denúncia.

Encerrada a instrução criminal, embora regularmente intimado para apresentar alegações finais deixou de oferecê-las.

E agora, em sede de recurso, não apresentou as razões.

É bem verdade que o posicionamento dominante de nossos tribunais é de que a defesa prévia, as alegações finais e as razões do recurso são dispensáveis. Contudo, encontramos ponderáveis decisões com orientação contrária, que entendem ser causa de nulidade a omissão de advogado, sob o argumento de que a exigência do contraditório e da plenitude de defesa, contempladas no art. 5.°, LV, da CF/88 e, ainda, o art. 133, da Carta Magna, que erigiu o advogado como indispensável à administração da justiça, tornaram a defesa técnica imprescindível para a concretização da justiça.

Com efeito, se a Constituição Federal exige que a defesa seja ampla, cabe ao juiz fiscalizar se o processo está se desenvolvendo sem escamotear a garantia constitucional.

Saliente-se que a Carta Magna destinou à instituição do Júri maior atenção ao estabelecer algumas regras para seu funcionamento e regulamentação no art. 5.°, XXXVIII, dentre outras, a plenitude de defesa.

No escólio do jurista Antônio Scarance Fernandes "Quis o legislador constituinte, além da ampla defesa geral de todos os acusados, assegurar ao réu do júri mais, ou seja, a defesa plena, levando em conta principalmente o fato de que, diferentemente das decisões judiciais nos processos em geral, a decisão dos jurados não é motivada. Pode o juiz, no seu julgamento, de ofício, admitir em favor do réu tese não apresentada pela defesa, mas os jurados não podem. Assim, há que se exigir mais do advogado no júri, e daí, a necessidade de que se garanta ao réu a plenitude da defesa, ou seja, uma completa. (...)" (*Processo penal constitucional*, RT, 1999, p. 162-163).

O mesmo autor, na obra citada, discorre ainda que "o fato de ter o réu defensor constituído, ou de ter sido nomeado advogado para sua defesa, não é suficiente. É preciso que se perceba, no processo, atividade efetiva do advogado no sentido de assistir ao acusado. De que adiantaria ao réu defensor que não arrolasse testemunhas, não reperguntasse, oferecesse alegações finais exageradamente sucintas, sem análise da prova, e, que, por exemplo, culminasse com pedido de Justiça? Há alguém que foi designado para defender o acusado, mas a sua atuação é tão deficiente que

é como se não houvesse defensor. Também nestes casos a causa deve ser anulada por falta de defesa" (p. 256).

O STF guardião dos princípios constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa, tem proclamado:

"Direito à defesa. Não há praticamente defesa oferecida em benefício do réu se o defensor dativo, comportou-se com omissão em substância quanto a atos próprios de seu ofício na ação, limitando-se a assinar atas e termos de depoimentos de testemunhas que não reinquiriu, apenas cumprindo um rito formal e burocratizante, o qual não corresponde à garantia constitucional da ampla defesa do acusado, recurso de *habeas corpus* a que se dá provimento para anular o processo desde a denúncia inclusive." (*RT* 572/430)

"Defesa. Defesa reiteradamente omissa. Inquirição de testemunhas de acusação (ausência do defensor). Alegações meramente formais. É nulo o processo se o defensor dativo não exercitou a defesa prévia, como lhe cumpria, não compareceu à audiência de inquirição de testemunha de acusação, não requereu diligências, nem ofereceu alegações finais puramente formais, num contexto de evidente e prejudicial deficiência da defesa, equiparável à sua falta. Recurso de *habeas corpus* provido. (*RT* 583/468)." (*RT* 695/411)

Percebe-se a forte tendência dos tribunais pátrios de serem mais exigentes com o patrocínio da causa por defensor dativo. Nesse condão são as reiteradas decisões do STF, anteriormente citadas, com o fito de assegurar a amplitude da defesa, obrigando o defensor dativo a oferecer defesa prévia e a interpor todos os recursos ordinários cabíveis, por exemplo (*RTJ* 95/1.070, 98/63).

O Excelso Pretório também tem esposado entendimento favorável a declaração de nulidade absoluta do processo, no qual constata-se omissão da defesa patrocinada por advogado constituído pelo réu, e não deveria ser diferente, uma vez que a liberdade de escolha do advogado não exime o profissional de oferecer assistência efetiva, senão vejamos:

"No processo penal, quando a defesa é de tal modo omissa e deficiente, em condições que não asseguram o mínimo de diligência e de iniciativa, incorrendo em prejuízo do interesse processual do acusado, a situação deve ser equiparada à falta de defesa, com a conseqüente nulidade absoluta, nos termos da Súm. 523." (*RT* 542/438)

"Inerte o defensor do acusado, deixando de praticar atos para os quais foi intimado, impõe-se a designação, pelo juízo, de assistente judiciário, a fim de que se viabilize a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes – art. 5.º, LV, da CF. A inobservância do disposto no art. 261 do CPP – Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor – acarreta nulidade – art. 564, III, *c*, do Código referido." (*RT* 687/372)

Nesse sentido já se pronunciou o TACrimSP:

"O processo penal, pela relevância o interesse que nele está em jogo, a liberdade do acusado pelas gravíssimas conseqüências que acarreta uma decisão condenatória, não pode se satisfazer com uma simples aparência de defesa. Esta deve ser real, concreta, efetiva, atuante e combativa, pouco importando a condição sócio-econômica do acusado ou, mesmo, a natureza do delito." (*RT* 519/383)

Do excerto do referido acórdão colhe-se razoável argumentação acerca do tema, que transcrevo:

"A defesa é certo esteve formalmente presente ao desenrolar da instrução, mas não se houve com a diligência que seria imprescindível para melhor esclarecimento dos fatos.

Na verdade o réu esteve indefeso. Poder-se-ia argumentar que a lei se contentaria com a presença formal do defensor, ou seja a indicação de seu nome pelo acusado, a abertura de vista para se manifes-

tar, sua presença no ato de inquirição de testemunhas e na audiência de julgamento. Mas quando se verifica que os autos oferecessem elementos capazes de permitir até mesmo a absolvição de um acusado e se percebe, também de maneira indiscutível, omissão do defensor, há que se proclamar a ausência de defesa. O processo penal, pela relevância do interesse que nele está em jogo, a liberdade do acusado, pelas gravíssimas conseqüências que acarreta uma decisão condenatória, não pode se satisfazer com uma simples aparência de defesa. Esta deve ser real, concreta, efetiva, atuante e combativa, pouco importando a condição sócio-econômica do acusado ou mesmo a natureza do delito." (*RT* 519/384)

Sem sombra de dúvida, o advogado é o profissional habilitado para equilibrar a relação do réu, um leigo, frente a operatividade da Justiça. Deve-se estabelecer, portanto, uma luta onde os oponentes possuam armas equivalentes.

Francesco Cararra, em magistral discurso enfatiza que "é um erro, como bem advertia Berrier, admitir-se uma idéia de desigualdade entre acusador e defensor. Se o Ministério Público representa a sociedade, no interesse da punição da culpa, o defensor representa também, no interesse da inocência. Sacerdotes ambos da justiça, são eles, na discussão, independentes entre si, dependem ambos da lei, da consciência e da autoridade do tribunal. É esta uma verdade que deve ser lembrada por todos, pois quem despreza a advocacia avilta a magistratura. Afirmou energicamente o ilustre Musio que a própria defesa é um ministério público" (*Programa do curso de direito criminal*, Saraiva, 1957, § 8.°, obra citada em *Os fundamentos éticos do devido processo penal*, RT, p. 185).

José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, Forense, vol. I, n. 44, enfatiza que "o sistema acusatório, a bilateralidade do contraditório, a tutela imediata do direito de liberdade através do habeas corpus são decorrências daqueles postulados estruturais para mais realçar e garantir a força imperativa com que são consagradas através das normas constitucionais".

No caso presente, o que se abstrai é que houve ineficiência por parte da defesa, que se omitiu ao apresentar defesa prévia sem o rol de testemunhas, que deixou de apresentar alegações e, ainda, negligenciou as razões do recurso. O prejuízo é patente, uma vez que do acervo probatório não constam elementos que apóiem a versão do réu, não por inexistirem ou porque não houveram testemunhas presenciais, mas por ineficiência do advogado que patrocinou a defesa, que deixou de trazer aos autos provas necessárias para arregimentar a palavra do réu.

O fato imputado criminoso seguindo narrativa da denúncia se deu da seguinte forma:

"1.°) Consta do incluso Inquérito Policial 63/98, do 7.° DP, que no dia 03.101998, por volta das 17h, na Vila Custódio Freire, nesta Comarca, o denunciado, com golpes de ripa, produziu nas vítimas José Alberto Ferreira Dourado e Mariano Dourado da Silva as lesões corporais descritas nos exames de corpo de delito de f., causando a morte de ambas.

2.°) Apurou-se que no dia dos fatos as vítimas encontravam-se no bar de Dulceida Eunice Lima do Nascimento ingerindo bebida alcóolica, onde também se fazia presente Carlito Silva de Souza, irmão do denunciado. Em dado momento surgiu um desentendimento entre as vítimas e o irmão do denunciado, oportunidade em que uma das vítimas sacou de um canivete e passou a ferir seu desafeto. O denunciado, que jogava bola nas proximidades, ficou sabendo que seu irmão estava sendo agredido, apossou-se de uma ripa e foi até o local, ocasião em que investiu furiosamente contra as vítimas, desfechando-lhes vários golpes na cabeça, deixando uma morta no local e a outra apenas respirando, vindo a falecer logo após ser socorrida."

O réu ao ser interrogado declarou que agiu na defesa de seu irmão (f.). O patrono constituído sequer arrolou testemunhas.

No plenário do Júri, o Ministério Público defendeu a tese de homicídio privilegiado, mas a defesa não a encampou, vindo a sustentar apenas a tese de legítima defesa de terceiro, que foi rechaçada pelos jurados por quatro votos a três.

Do escore denota-se a divisão que abateu o Júri. A atuação do defensor foi prejudicial e desfavorável ao réu, ao deixar de colaborar com a instrução probatória bem como ao deixar de apresentar tese alternativa sustentada pelo próprio Ministério Público que era mais benéfica.

Aliás, é de inteira sabença que são fontes dos quesitos o libelo-crime, seu eventual aditamento e a acusação oral. Se o douto promotor de justiça apresenta em plenário a tese de homicídio privilegiado, que é nítido caso de diminuição de pena, deveria o presidente do Júri ter incluído na ordem de quesitação após a tese sustentada pela defesa, embora não encampada por esta, a teor do que prescreve o art. 484, IV, "se for alegada a existência de causa que determine aumento de pena em quantidade fixa dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou faculte diminuição de pena, nas mesmas condições, o juiz formulará os quesitos correspondentes a cada uma das causas alegadas".

Patenteia-se também a deficiência da defesa ao deixar de apresentar as alegações finais, que segundo entendimento pacífico do STF "a inércia do defensor do acusado causa inegável prejuízo a defesa" (*RT* 687/372).

Nesse diapasão transcrevo, ainda, a seguinte decisão da Corte Constitucional:

"No procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri as alegações finais são imprescindíveis, uma vez que ocorrem no momento processual final para a indicação de eventuais nulidades na fase anterior à pronúncia." (*RT* 608/406)

De outra banda, seria por demais formalista julgar a presente apelação dando-lhe improvimento vindo, eventualmente, a afirmar que não há nos autos provas que roborem a palavra da vítima, uma vez que o fato decorre de desídia do advogado, ou ainda, arvorar que a defesa é que deu causa e que por tal razão não deveria prevalecer-se de sua própria desídia com eventual declaração de nulidade. Não se pode olvidar que o réu, leigo, não pode sofrer prejuízo em sua liberdade em razão de escolher defesa técnica deficiente.

Repise-se que o que está em jogo é a liberdade de uma pessoa, a justiça de um processo penal, a equidade no sistema acusatório.

O magistrado não é um tecnocrata atrelado a regras e postulados inflexíveis, muito pelo contrário, ao exercer a função de julgador, que é essencialmente política, deve sopesar os aspectos humanos e sociais. De mais a mais, seria por demais injusto, neste momento, por exemplo, invocar o princípio da soberania do Júri para declarar que a decisão não está contrária a prova dos autos, se o acervo probatório não traduz um contraditório autêntico por falta ao dever de atuar do patrono do réu.

A Súm. 532 do STF prescreve "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para réu".

De sorte que entendo estar diante de um caso flagrante de nulidade, a teor da Súm. 523 do STF, ante a verificação de prejuízo causado ao réu, devendo ser anulado o processo desde a defesa prévia a fim de que se oportunize o contraditório e a ampla defesa.

Todavia, respeitando-se o direito de escolha do defensor, deve-se intimar o réu, cientificando-lhe dos fundamentos do acolhimento de seu recurso, a fim de que, querendo, escolha outro advogado. Se, ainda assim fizer opção pelo mesmo profissional, deve o magistrado processante acompanhar e zelar por uma defesa processual efetiva.

É como voto.

DECISÃO – Como consta da certidão de julgamento, a decisão foi a seguinte:

"Decide a Câmara anular o julgamento, em razão da deficiência da defesa, para que outro seja procedido, intimando-se, pessoalmente, o acusado para ciência das razões desta decisão. Unânime. Câmara Criminal – 23.06.2000."

Participaram do julgamento, além do presidente, os Desembargadores Arquilau Melo –relator e Feliciano Vasconcelos.

COMENTÁRIOS

Algumas considerações sobre a ampla defesa

a) A imprescindibilidade da defesa técnica no processo penal

A ampla defesa no processo penal, garantida constitucionalmente, é uma questão importantíssima, mas, infelizmente, não tão discutida quanto deveria.

O direito à defesa técnica no processo penal nem sempre foi pacífico universalmente. Na Inglaterra de outros tempos, por exemplo, o direito à defesa era, por assim dizer, invertido. A alguém acusado de um crime grave, como traição, por exemplo, era negado o direito à defesa técnica, mas aquele a quem se imputava um crime de menor gravidade ou que litigava num processo civil tinha garantido o direito à defesa. A regra era tão absurda, que era constantemente atacada na Inglaterra.[1] Nos Estados Unidos, tal doutrina nunca vingou. Ainda assim, embora ali, como aqui, a defesa seja um direito constitucional, até a década de 1960 – o que é relativamente recente – nem sempre era garantido a todos os acusados em processo penal a defesa técnica. Com efeito, uma decisão da Suprema Corte Americana de 1942 (Betts *vs.* Brady) estendia o direito a um advogado nomeado pela Corte somente àqueles réus que enfrentavam a pena capital.

Embora muitos Estados excedessem os requerimentos legais e nomeassem defensores a todos os acusados de crimes graves, a Florida, por exemplo, não o fazia, seguindo à risca a decisão da Suprema Corte.

Esta posição só foi revertida em 1963, num caso histórico (Gideon *vs.* Wainright), em que um réu pobre e sem educação formal, condenado por roubo, alegava que seus direitos haviam sido violados em razão da ausência de defesa técnica. Após ter seu *habeas corpus* negado pela Suprema Corte da Florida, conseguiu que a Suprema Corte americana, apreciando um recurso escrito a lápis por ele da prisão, mudasse o entendimento até então dominante, determinando-se, a partir de então, que todos os acusados criminalmente têm direito à

(1) Embora tal regra possa nos chocar, na verdade nossa Lei dos Crimes Hediondos adota raciocínio semelhante, quando para determinados tipos de crime considerados mais graves, proíbe certos direitos (como, por exemplo, a liberdade provisória) cujos pressupostos nada têm a ver com o tipo de crime imputado, numa verdadeira "presunção de culpa".

defesa técnica, independentemente do crime imputado, e o Juízo deve nomear um advogado se o réu for muito pobre para constituir um.[2] Afinal, como reconheceu a Suprema Corte em felicíssima observação, "de todos os direitos que um acusado tem, o da defesa técnica é o mais abrangente, pois afeta a habilidade de garantir qualquer outro direito que ele possa ter".[3]

No Brasil, a Súm. 523 do STF, ao menos neste aspecto, resolve a questão de forma tranqüila, pois é expressa ao determinar que a falta de defesa no processo penal é nulidade absoluta. Assim, sempre que o acusado não tiver condições de constituir um defensor, é-lhe nomeado um pelo Juízo. Por isso, dificilmente se verá um caso em que o processo é anulado por falta de defesa.

b) Os critérios para se determinar a nulidade decorrente da deficiência de defesa

O grande problema surge quando a defesa é deficiente. Como se sabe, a referida Súm. 523 afirma que "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

A questão da deficiência da defesa é relevantíssima, pois está intrinsecamente ligada ao próprio contraditório; como bem salienta a decisão aqui comentada, "deve-se estabelecer uma luta onde os oponentes possuam armas equivalentes". A discussão sobre essa matéria não é nova. O aresto comentado cita, pertinentemente, a lição de Francesco Carrara, num discurso em que este citava Berrier, realçando a necessidade da igualdade de armas entre defesa e acusação.

Como advertia o saudoso Prof. Heleno Fragoso, "a defesa efetiva do cidadão submetido a processo penal constitui interesse público. Como dizia Carrara, não tem o Estado mais interesse na condenação dos culpados que na absolvição dos inocentes. A defesa, no processo penal moderno, constitui valor que transcende as conveniências do acusado para projetar-se na perspectiva de reta administração da Justiça".[4]

E de acordo com a Suprema Corte americana, "a premissa básica do sistema do contraditório na justiça criminal é que uma defesa eficaz de ambos os lados é o que melhor promoverá o objetivo final de condenar os culpados e libertar os inocentes".[5]

Assim, cerca de nove anos depois do caso Gideon – onde, como se viu, passou-se a garantir a defesa técnica a *todos* os acusados no processo penal –, já se

(2) Edward W. Knappman. *Great american trials*. U.S.A.: Visible Ink Press, 1994. p. 494.

(3) Ellen Alderman e Caroline Kennedy. "In our defense, the bill of rights in action". Avon Books, 1991, p. 267.

(4) *Jurisprudência criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, n. 158, p. 203.

(5) "In our defense...", cit., p. 267

discutia, nos Estados Unidos, o problema relativo à eficácia da defesa. Afinal, como se salientou numa das Cortes americanas, "embora um julgamento criminal não seja um jogo em que se espera que os participantes entrem na quadra com habilidades do mesmo nível, também não é um sacrifício de prisioneiros desarmados a gladiadores".[6]

De fato, ali houve caso em que uma condenação foi revertida porque o advogado nomeado repetiu várias vezes para os jurados que seu cliente era culpado. E, infelizmente, confessar a culpa de cliente que nega a autoria não é privilégio de advogados americanos. No Brasil, também já houve caso em que o advogado de um réu acusado de tráfico e associação para fins de tráfico de entorpecentes (arts. 12 e 18, I, da Lei 6.368/76) – o qual negava a prática do crime – afirmava que seu cliente era "simples abelha operária (...) em imensa colméia", na qual "... a abelha rainha (...) não foi tocada, caindo, então, as abelhas operárias".

Mas o problema é que nem sempre a deficiência da defesa é tão clara e evidente, como nos casos citados ou no do aresto comentado. Veja-se, por exemplo, que, embora a Constituição Federal garanta a ampla defesa do réu fazendo expressa menção a processos de competência do Tribunal do Júri, onde se assegura ainda mais, ou seja, a plenitude de defesa,[7] é justamente em tais casos que nossos tribunais costumam ser menos exigentes com o cumprimento de todas as formalidades legais pela defesa.

Assim, com alarmante freqüência, vêem-se decisões segundo as quais, em processos de competência do Tribunal do Júri, a falta de defesa prévia, ou mesmo a falta de alegações finais, não constituem nulidade. Tais decisões fundam-se no raciocínio de que, nesses casos, o defensor pode optar por apresentar sua defesa perante o Tribunal do Júri.

O problema contido nessa linha de raciocínio é que ela simplesmente ignora o fato de que, por vezes, a defesa prévia ou as alegações finais podem deixar de ser apresentadas, não em função de uma estratégia pensada do defensor com o fim de beneficiar seu constituinte, mas por mero desleixo, e, não raro, a não-apresentação de tais peças pode implicar, sim, em prejuízo para o réu. Muitas vezes, simplesmente toma-se como verdade absoluta que "a defesa prévia e alegações finais são dispensáveis em casos de competência do Tribunal do Júri", sem se parar para observar se no caso concreto isso é mesmo verdadeiro.

(6) "In our defense...", cit., p. 268.

(7) A ampla defesa garantida no art. 5.°, LV, não é a mesma coisa que a plenitude de defesa assegurada no inciso XXXVIII, *a*, do mesmo artigo. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, "apesar de ser uma garantia de o acusado defender-se com amplidão, é característica fundamental da instituição do júri que a defesa seja plena. Um tribunal popular, onde se decide por íntima convicção, sem qualquer motivação, sem a feição de ser uma tribuna livre, especialmente para o réu, não é uma garantia individual, ao contrário, é um fardo dos mais terríveis (...) no Tribunal popular a plenitude de defesa é característica expressiva e essencial da própria instituição" (*Júri – Princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 140).

Veja-se, por exemplo, o caso do aresto comentado. Embora o réu, desde o início, afirmasse ter agido em legítima defesa de terceiro e de os fatos terem se dado em lugar público – e aparentemente, suas palavras era perfeitamente críveis, na medida em que o próprio Ministério Público defendeu a tese de homicídio privilegiado – jamais chegaram a ser arroladas testemunhas nem apresentadas alegações finais. Ainda assim, sem ouvir qualquer testemunha, os jurados deixaram de acolher a tese defensiva por quatro votos a três, o que demonstra ser esta perfeitamente viável.

Sendo assim, indaga-se: se, porventura, tivessem sido arroladas na defesa prévia várias testemunhas, e todas elas tivessem confirmado, de forma enfática e uníssona, a excludente de ilicitude apresentada pelo réu; se tal tese fosse apresentada em alegações finais, não poderia ter o Juiz absolvido-o sumariamente, o que o teria poupado dos riscos evidentes de ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri? A resposta, óbvia, para tal questão é positiva. Portanto, como se vê, não deveria se adotar como verdade axiomática que "a defesa prévia e alegações finais são dispensáveis em casos de competência do Tribunal do Júri".

O relaxamento com essas exigências em processos de competência do Tribunal do Júri causa ainda mais perplexidade quando se atenta para o fato de que, como bem salienta o Prof. Antonio Scarance Fernandes, citado no acórdão comentado, as decisões dos jurados, diferentemente do que ocorre com as demais, não precisarem ser motivadas. Portanto, deve-se exigir mais, e não menos, da defesa no Júri.

Portanto, fica a questão: em casos nos quais a deficiência de defesa não seja tão clara, quais os parâmetros para determinar se esta deficiência foi ou não relevante para gerar a nulidade do processo?

Mais uma vez citando o exemplo americano, essa discussão surgiu em 1980, no caso de Harrison Cronic, acusado de 13 fraudes postais e, sendo-lhe nomeado um defensor pelo Juízo, acabou condenado a 25 anos de reclusão. Por não ser tão extremo como aqueles casos em que o advogado admitia a culpa do réu, o caso de Cronic levantou esta questão: quando um desempenho ruim do advogado chega ao nível de violação constitucional?

Se, de um lado, a defesa garantida constitucionalmente é a defesa efetiva, qual o padrão pelo qual se julga a eficiência da defesa? Houve um tempo em que, para a Suprema Corte americana, a pergunta a ser feita era apenas se o julgamento havia ou não sido uma "farsa, uma pilhéria" (em outras palavras: a deficiência deveria ser óbvia). Esta parece ser, hoje, a posição de nossos tribunais. Mas as Cortes americanas, à época do caso Cronic, já haviam evoluído para um novo parâmetro, segundo o qual dever-se-ia perguntar se a atuação do defensor tinha sido "razoável". Uma das Cortes (Tenth Circuit) já entendia que a deficiência de defesa poderia ser "inferida" (ou presumida) observando-se certos fatores, como a experiência do defensor, o tempo de preparação para o julgamento etc., *sem necessidade de prova específica de que o acusado havia sido prejudicado pelo desempenho do advogado.*

Esta é uma diferença importante de nosso sistema legal, na medida em que a Súm. 523 exige prova do prejuízo para que se reconheça a nulidade decorrente da deficiência de defesa.

Seja como for, no caso Cronic, a princípio, reconheceu-se a nulidade, inferindo-se o prejuízo em razão da inexperiência do advogado e do pouco tempo a ele concedido para preparar a defesa, sem qualquer prova do prejuízo. No entanto, posteriormente, a Suprema Corte reverteu a decisão segundo a qual a deficiência de defesa poderia ser inferida. O reconhecimento da nulidade acabou por ser mantido, porém em razão de padrões concretos estabelecidos para avaliar a deficiência da defesa, concluindo-se, ao final, que, de fato houve falhas. A Suprema Corte definiu como padrão um teste dividido em duas partes: primeiro, o réu deveria identificar atos ou omissões específicas do advogado que tornaram a defesa deficiente; depois, deveria demonstrar que tais atos ou omissões prejudicaram a defesa a ponto de impedir um julgamento justo. Em outras palavras: o parâmetro adotado pela Suprema Corte americana é muito similar ao da Súm. 523.

No entanto, cabe discutir se esta é, de fato, a posição mais acertada. Afinal, se o direito a defesa é, realmente, o mais abrangente, por permitir que todos os demais direitos do réu venham a ser apreciados, parece evidente que, em sendo a defesa, de alguma forma, deficiente, o prejuízo há de ser presumido.

Com efeito, talvez fosse o momento de se modificar o raciocínio contido na referida súmula, determinando-se que, num processo penal, a deficiência de defesa deveria sempre gerar a nulidade, a não ser que se provasse não ter havido prejuízo para o réu.

Poder-se-ia argumentar, contra tal proposta, que um defensor mais habilidoso, o qual vislumbrasse uma nova tese de defesa, quase sempre poderia argüir a deficiência do defensor anterior, fazendo com que uma infinidade de processos viessem a ser anulados. Mas há soluções para isso: bastaria criarem-se determinados parâmetros para aferir a deficiência da defesa. Fora de tais parâmetros, aí sim, o prejuízo deveria ser provado para reconhecer-se a nulidade.

Por exemplo: para se aceitar a ausência de testemunhas de defesa na defesa prévia – ou a comum prática de ali se arrolarem as mesmas testemunhas da denúncia[8] –, seria essencial haver documento assinado pelo réu de que, após ter-se com seu advogado nomeado, asseverou que, ao menos naquele momento, não tinha condições de apontar testemunhas de defesa ou meios pelos quais estas pudessem ser encontradas. Pelo menos assim, poder-se-ia ter certeza de que, assim como os réus que dispõem de meios para pagar por sua defesa, os réus pobres puderam conhecer seus advogados antes da audiência para oitiva de testemunhas de acusação e com eles falar sobre sua defesa. Caso contrário, continuará a situação atual, "fazendo-se de conta" que em nosso sistema, tanto os pobres como

(8) E, como afinal, na maioria das vezes, as assim chamadas testemunhas de acusação podem ser benéficas à defesa do réu?

os ricos são tratados igualmente, e que podemos dormir com nossa consciência tranqüila simplesmente porque, não tendo o réu condições de constituir advogado, foi-lhe nomeado um. Na prática, isso significa que muitos podem ser condenados simplesmente por serem pobres.

c) Como reconhecer uma nulidade relativa sem que esta seja argüida?

Existe, ainda, outro problema decorrente da redação da Súm. 523. Com efeito, não há dúvidas de que a deficiência de defesa é nulidade relativa. Sendo a nulidade relativa, ela deve ser argüida para poder ser reconhecida. No caso do acórdão comentado, a extrema deficiência da defesa acabou sendo benéfica ao apelante. É que, como salienta o v. aresto, tendo em vista que o defensor sequer apresentou razões, "em razão de que desconhece-se os fundamentos do recurso, de sorte que devemos tê-la (a defesa) como ampla". Assim, foi possível discutir a deficiência de defesa como se ela tivesse sido argüida.

Mas suponha-se, por exemplo, que as razões tivessem sido apresentadas e ali não se argüísse qualquer nulidade. Na verdade, essa é, provavelmente, a hipótese mais comum, pois, afinal, como se pode esperar que o próprio defensor, que durante o decorrer do processo, agiu de forma deficiente, vá pedir que o tribunal reconheça sua própria deficiência? Provavelmente, ele próprio não a reconhece!

E, não argüida a nulidade, em sendo ela relativa, pode ela ser reconhecida pelo tribunal?

O problema não é novo. Antigo aresto da Suprema Corte, citado no julgado comentado, adota solução engenhosa para resolver a questão, equiparando a defesa extremamente deficiente à falta de defesa:

"No processo penal, quando a defesa é de tal modo omissa e deficiente, em condições que não asseguram o mínimo de diligência e de iniciativa, incorrendo em prejuízo do interesse processual do acusado, a situação deve ser equiparada à falta de defesa, com a conseqüente nulidade absoluta, nos termos da Súm. 523." (HC, rel. Rafael Mayer, *RT* 542/438, apud: *Código de Processo...*, cit., p. 121.)

Assim, quando a defesa for extremamente deficiente, esta é equiparada à falta de defesa; a nulidade, portanto, torna-se absoluta, podendo ser reconhecida a qualquer tempo, ou mesmo de ofício, pelo tribunal.

No caso em tela, mais uma vez, o acusado teve sorte; é que havia outra tese alternativa, apresentada pelo próprio Ministério Público e não encampada pela defesa, nem quesitada pelo magistrado, a qual poderia tê-lo beneficiado. Assim, a deficiência foi, por assim dizer, "documentada". Como se salientou no acórdão, a atuação do defensor chegou, claramente, a prejudicar o réu.

Haveria, em tese, outro problema, pois, se a decisão dos jurados é soberana, e se, em razão de uma deficiência da defesa não foram trazidas para os autos provas da versão narrada pelo acusado, como se pode anular a decisão? Afinal, não se poderá afirmar ter sido a decisão dos jurados "manifestamente contrária à evidência dos autos", como exige o art. 593, *d*, do CPP...

O acórdão comentado resolve a questão brilhantemente, afirmando que "seria por demais injusto, neste momento, por exemplo, invocar o princípio da soberania do Júri para declarar que a decisão não está contrária à prova dos autos, se o acervo probatório não traduz um contraditório autêntico por falta ao dever de atuar do patrono do réu".

Em outras palavras: a ampla defesa sobrepõe-se à exigência legal de que a decisão dos jurados, para ser anulada, deve ser manifestamente contrária à evidência dos autos.

d) Como reconhecer nulidade a que a própria parte deu causa?

Mas há outra questão. Suponha-se que a nulidade seja argüida pela defesa, ou seja, imagine-se que o réu eventualmente mal defendido tenha a sorte de, apesar de leigo, dar-se conta disso e poder constituir ou ter-lhe nomeado novo defensor, o qual, por sua vez, argüirá a nulidade perante o tribunal. Poderá a nulidade ser eventualmente reconhecida? Há quem entenda que não, adotando a postura formalista segundo a qual a parte não pode argüir nulidade a que tenha dado causa. E, embora o advogado seja outro, a parte continua sendo a mesma. É exatamente este o raciocínio adotado em decisão do E. TACrimSP, segundo a qual "inocorre nulidade quando, havendo advogado constituído livremente pelos próprios co-réus, as defesas se mostrem colidentes, vez que, assegurada a liberdade de escolha ao acusado, não há que se falar em violação do princípio constitucional da ampla defesa" (TACrimSP, EI, rel. Teodomiro Méndez, *RJD* 26/201, apud Alberto Silva Franco e outros, *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo: RT, 1999, vol. 1, p. 125).

O raciocínio esposado nessa decisão é claro: se as partes deram causa à nulidade, constituindo um mesmo advogado para defesas colidentes, não podem, agora, argüí-la. A situação, chega a ser digna daquelas que se convencionou chamar "Catch 22", expressão criada no famoso livro de Joseph Heller, para designar aqueles casos em que, de um jeito ou de outro, não se tem saída.

Esse tipo de argumento também é respondido com maestria pela decisão aqui comentada, quando nela se afirma que "não se pode olvidar que o réu, leigo, não pode sofrer prejuízo em sua liberdade em razão de escolher defesa técnica deficiente". Ademais, o que fazer, por exemplo, quando o defensor deficiente for dativo? Como responsabilizar a parte por aquilo que o próprio Estado lhe forneceu (ou impôs[9])?

(9) Afinal, não se tem notícia de que, quando um réu não tenha condições de constituir defensor, seja-lhe dada uma série de opções de advogados dativos, com os quais ele pode se entrevistar até decidir o que melhor lhe convenha, como fazem os mais afortunados ao escolherem o advogado que vão constituir. Sendo assim, pode-se falar em imposição. O réu pode ou não ter sorte na escolha feita pelo Estado.

e) Considerações finais, por uma defesa efetiva e não meramente formal

Por fim, com muita propriedade, o v. acórdão comentado afirma que "o que está em jogo é a liberdade de uma pessoa, a justiça de um processo penal, a equidade no sistema acusatório. O magistrado não é um tecnocrata atrelado a regras e postulados inflexíveis, muito pelo contrário".

Se assim é – se o juiz não é meramente um tecnocrata, deve ele exercer uma posição fiscalizadora, assegurando que a defesa, especialmente aquela por ele nomeada, seja efetiva, e não meramente formal, nos termos da lição do eminente Min. Celso de Mello:

"Sabemos todos que o postulado do devido processo legal – de que a amplitude de defesa constitui uma de suas específicas projeções concretizadoras – não se satisfaz, no plano da defesa técnica, com a simples observância de meros ritos formais, Antes, impõe e exige que o defensor, ainda que dativo, exerça e desenvolva efetiva atividade defensiva.

A presença formal de um defensor dativo, sem que a ela corresponda a existência efetiva de defesa substancial, nada significa no plano do processo penal e no domínio tutelar das liberdades públicas.

A defesa prestada dativamente na causa penal em questão teve um inqualificável efeito perverso; sem substância alguma, voltou-se contra os interesses jurídico-processuais do paciente, que, independentemente de sua condição econômico-financeira – e qualquer que tenha sido o ilícito penal por ele cometido – tinha direito a uma defesa eficiente.

Por isso mesmo – adverte Nilo Batista (*Decisões criminais comentadas*, Liber Juris, 1976, p. 107) – o ordenamento constitucional brasileiro não se satisfaz 'com a só aparência e forma de defesa'. Afinal, conclui: 'A defesa que não aborda os aspectos essenciais mínimos do processo é defesa deficiente' (op. cit., p. 111).

Os tribunais, inclusive esta Suprema Corte, não têm permanecido infensos a esse aspecto particular em que se projeta, no plano processual-penal, a exigência de tutela do *status libertatis* do indivíduo (Fernando de Almeida Pedroso, *Processo penal – O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*, Forense, 1986, p. 226,):

'O processo penal, pela relevância do interesse que nele está em jogo, a liberdade do acusado, pelas gravíssimas conseqüências que acarreta uma decisão condenatória, não pode se satisfazer com uma simples aparência de defesa. Esta deve ser real, concreta, efetiva, atuante e combativa, pouco importando a condição sócio-econômica do acusado, ou, mesmo, a natureza do delito.' (*RT* 519/383)." (apud: *Código de Processo...*, cit., p. 123.)

É importante citar ainda decisão de Dyrceu Cintra, segundo a qual:

"Quando o advogado não se desincumbe do encargo, não se forma o devido processo legal, mas um encadeamento de atos procedimentais, de sabor mera-

mente formal. A falta da efetiva e necessária defesa do acusado ofende os princípios da ampla defesa e do devido processo legal insculpidos na Constituição da República em seu art. 5.º, LIV e LV, que dão base ao procedimento contraditório que informa o processo penal. Não basta que o advogado esteja presente e se manifeste. É necessário que ele o faça de maneira a defender efetivamente o réu, contrapondo-se, em igualdade de condições, à acusação. Exige-se que a defesa técnica, por defensor constituído ou nomeado, se revele apta, em argumentos, a oferecer resistência à pretensão acusatória. Para que se tenha materialmente uma defesa, garantidora dos princípios maiores que informam o processo penal, é preciso que o defensor, no exercício de seu *munus*, garanta que o acusado influa no processo como um de seus modeladores, com o poder de criar situações processuais e reforçar sua perspectiva de sentença favorável. Para se legitimar como agente público, no Estado Democrático, o juiz tem, sob este prisma, uma atividade de conteúdo fiscalizador da legalidade do exercício da pretensão punitiva estatal, declarando a final que a sanção requerida é possível naqueles limites e verificando a cada instante se o desenvolvimento do devido processo legal confere com tais limites. Cabe-lhe, assim, também garantir que o réu tenha uma defesa efetiva, sem a qual não está preenchida a exigência do contraditório." (TACrimSP, *RT* 725/459, apud: op. cit., p. 123-124.)

Sendo assim, o formalismo exacerbado deve dar lugar a uma postura que se preocupe, primordialmente, em que seja garantida ao réu – especialmente ao réu pobre – uma defesa de fato, efetiva, e não aquela meramente formal.

Infelizmente, embora, de um lado, seja certo que muitos defensores nomeados são, de fato diligentes, também é certo que outros, não raras vezes, constituídos, não têm, pela defesa de seus clientes, o zelo que deveriam. No processo penal, isso pode ter conseqüências trágicas, daí a necessidade de que se dê mais atenção ao tema, como no acórdão comentado.

É preciso que os juízes, assim como na decisão comentada, tenham a coragem de: *i)* ver e por às claras a realidade que, hoje é, muitas vezes, ignorada: muitos acusados são prejudicados pela ineficiência da defesa, e *ii)* reconhecer o terrível malefício representado por tal situação, quando ela ocorre, e corrigi-la.

Afinal, como afirmou o advogado Steven Duke, que, ao final defendeu Harrison Cronic, "muitas pessoas podem ser condenadas injustamente sob um sistema que não garante uma defesa adequada... e uma delas poderia ser você".

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

8.1.2

O SUPREMO TRIBUNAL, O *HABEAS CORPUS* E O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA
ou: a sulcagem da terra e a colheita dos frutos

EDUARDO PIZARRO CARNELÓS

***HABEAS CORPUS*. Paciente denunciado por infração ao art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97. Trancamento da ação penal.**

Ementa Oficial: Hipótese em que as armas não se encontravam, efetivamente, na posse do paciente, inexistindo justa causa para a persecução criminal.

Habeas corpus *deferido.*

HC 82.590-7-SP – 1.ª T. – STF – j. 18.02.2003 – rel. Min. Ilmar Galvão.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do STF, por sua 1.ª T., na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator.

Brasília, 18 de fevereiro de 2003 – MOREIRA ALVES, presidente – ILMAR GALVÃO, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão* (relator): *Habeas corpus* contra acórdão do STJ indeferitório de medida análoga na qual se objetivava o trancamento da ação penal em que o paciente foi denunciado por posse e guarda de duas espingardas sem autorização legal (art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97 c/c o art. 69 do CP).

Nos termos da denúncia, "a ex-mulher do acusado, com o objetivo de que as espingardas fossem apreendidas, noticiou à autoridade policial que na residência da fazenda o denunciado mantinha as armas de fogo descritas de sua propriedade. Constatada a veracidade do noticiado, verificou-se que o imputado não tinha documentação das armas ou a autorização para possuí-las e guardá-las" (f.).

No presente *writ*, reafirma o impetrante a ausência de justa causa, argumentando para tanto que o paciente teria solicitado à sua ex-mulher que entregasse as armas à autoridade policial, o que excluiria o dolo, tornando a conduta atípica. Aduz que o fato de a entrega ter-se dado posteriormente ao prazo de seis meses, previsto na referida lei, não ilide essa conclusão na medida em que a intenção do legislador seria incentivar a entrega e regularização das armas. Alega, ainda, que o paciente não tinha a posse nem a guarda das espingardas, já que, era virtude de sua separação, sua ex-mulher não permitia seu acesso ao imóvel onde elas se encontravam.

Por fim, tece considerações acerca da escassa potencialidade lesiva das armas e refuta o argumento do acórdão impugnado, consignando a necessidade de analisar-

se as provas para constatar a alegada ausência de justa causa.

A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Cláudio Lemos Fonteles, opinou pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão* (relator): O STJ indeferiu o *writ*, em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa (f.):

"Criminal. Recurso em *habeas corpus*. Porte ilegal de arma. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa não-evidenciada de plano. Impropriedade do *writ* para aprofundado exame da atipicidade. Ordem denegada.

I. A via eleita do *writ* não se presta para a apreciação da existência do elemento subjetivo na conduta do paciente, se este tinha ou não a intenção de possuir ou manter sob sua guarda as armas apreendidas pela polícia, o que só poderá ocorrer durante a correta instrução criminal.

II. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas *in casu*.

III. Ordem denegada."

Incensurável a decisão impugnada, ao afastar o alegado constrangimento ilegal e, conseqüentemente, a possibilidade de trancamento da ação penal por falta de justa causa. Com efeito, não se está diante da hipótese excepcional de manifesta atipicidade da conduta narrada, de existência de causa de extinção de punibilidade, ou de qualquer outra circunstância que justifique a interrupção precoce do processo.

No caso, a alegação de que o paciente havia determinado à sua ex-mulher que efetuasse a entrega das armas, ou, ainda, de que, em face da separação, não lhe era permitido ter acesso ao imóvel em que elas se encontravam, está, à primeira vista, em dissonância com o depoimento prestado por ela à polícia, nos seguintes termos (f.):

"(...) Que: a depoente foi casada com Paulo Lopes e quando separou-se dele ficou em sua casa as armas de fogo apreendidas, quais sejam, um revólver cl. 38, duas espingardas sendo uma calibre 12 e uma calibre 22, mais munição para referidas armas, bem como uma capa para arma.

Várias vezes pediu para seu ex-marido buscar as armas, pois além de serem de propriedade dele, a depoente não sabe mexer com armas. As armas são de propriedade dele Vicente Paula Ribeiro, conhecido por Paulo Lopes, ex-marido da depoente. A depoente começou a ficar com medo, pois eram perigosas para ficar em casa. Por estar com medo chamou a polícia e pediu para recolher as armas na Delegacia de Polícia onde Paulo Lopes viria posteriormente buscar. (...)."

Nesse contexto, irretocável a conclusão do STJ no sentido da impossibilidade de avaliar-se o elemento subjetivo do acusado para, desde logo, afirmar sua intenção de entregar as espingardas. Do mesmo modo, a verificação acerca da veracidade da alegação de que, em virtude de sua separação, o paciente não detinha a posse e guarda das armas, bem como sobre a escassa potencialidade lesiva delas, dependeria do conjunto probatório a ser formado a partir da instrução criminal que ainda não se iniciou.

A leitura dos autos, contudo, revela uma impropriedade que, conquanto não suscitada na impetração, é passível de apreciação de ofício.

"Com efeito, o representante do Ministério Público, ao oferecer a denúncia, justificou sua recusa em propor a suspensão condicional do processo, ao argumento de que se estaria diante de concurso material, posse e guarda, cujo somatório das penas elevaria a pena mínima em abstrato para além de um ano, inviabilizando a concessão do referido benefício." (f.)

Correta a conclusão não fosse o equívoco na premissa que a ensejou, ou seja, de que haveria, no caso, concurso material.

Acontece que, se o concurso resultou da posse e guarda, à semelhança do art. 12 da Lei 6.368/76, o art. 10 da Lei 9.437/97 é um tipo alternativo em que as múltiplas condutas descritas configuram, em regra, núcleos de um mesmo crime. Confira-se, a propósito o HC 70.035, rel. Min. Marco Aurélio, cuja ementa registra:

"Tráfico de entorpecente. Tipo. Posse, guarda e alienação. Concurso material. Unicidade delituosa. A teor do disposto no art. 12 da Lei 6.368/76, o crime de tráfico de entorpecente pode revelar-se mediante procedimentos diversos. A posse e a guarda de entorpecente consubstanciam núcleos do tipo e não concurso material considerada a alienação. Insubsistência de decreto condenatório no qual, a partir de figura imprópria à espécie – a do concurso material – assentaram-se penas diversas, olvidando-se que o crime do artigo mencionado é passível de configuração em face a procedimentos múltiplos."

Por outro lado, se o concurso derivou da quantidade de armas apreendidas num mesmo contexto não traduz, por si só, concurso de crimes, na medida em que se está diante de uma única conduta, com a lesão de um único bem jurídico tutelado (segurança coletiva). No ponto, esclarecedora a lição de Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira, *in verbis*:

"(...) Caso mais de um âmbito ou esferas de incolumidade pública restarem atingidos (presença de contextos fáticos diferentes) teremos mais de um crime. Para identificar a existência de contextos fáticos diferentes no caso da posse ilegal de armas de fogo devemos usar, basicamente, o critério espacial como primeiro referencial. Por exemplo: se o agente possui uma arma de fogo ilegal em sua residência, e possui outra arma de fogo ilegal em seu local de trabalho, estaremos diante de dois crimes, porque a insegurança gerada por tais objetos afeta a diferentes grupos de pessoas. Nesse caso, a incolumidade pública está sendo exposta em focos de insegurança diversos, o que é muito mais grave e atinge a um número diferente de circunstantes (de pessoas que possam vir a entrar em contato com o perigoso objeto).

Por outro lado, se o contexto fático for único (posse de duas armas ilegais dentro da mesma residência) o crime será único, pois apenas um âmbito de incolumidade pública foi atingido, sendo que a exposição aos perigos imanentes aos objetos será única, (inserida em usa união contexto fático).

(...)." (*Lei das Armas de Fogo*, RT, 2002, p. 119.)

Sendo insubsistente o óbice apontado para a negativa do benefício, faz-se necessária a remessa dos autos ao promotor para que, examinando a ocorrência dos demais pressupostos, avalie a possibilidade de concessão do *sursis* processual (art. 89 da Lei 9.099/95).

Com essas considerações, indefiro o *habeas corpus*. Defiro-o, entretanto, de ofício, em parte, para determinar a remessa dos autos ao representante do Ministério Público para o fim especificado.

VOTO – *A Exma. Sra. Ministra Ellen Gracie:* Senhor presidente, peço vênia ao eminente relator para conceder em maior espectro. Do exposto na tribuna – corroborado pela leitura que fez o eminente ministro relator de depoimentos da esposa do paciente –, depreendo que as armas, efetivamente, não se encontravam na posse do paciente; mas sim, na posse de sua ex-esposa, de quem se encontrava separado há muito tempo.

O Exmo. Sr. Min. Sepúlveda Pertence: Esse fato é certo?

A Exma. Sra. Ministra Ellen Gracie: Não há controvérsia quanto a isso.

O Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão (relator): O casal separou os bens, mas o paciente deixou as armas, que lhe couberam, na fazenda.

A Exma. Sra. Ministra Ellen Gracie: Sim, então ele não tinha mais posse.

O Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão (relator): Não afastei a hipótese de as armas serem dele e de estarem mantidas lá por desinteresse dele em ir buscá-las. Ele sabia onde estavam.

A Exma. Sra. Ministra Ellen Gracie: Isso me basta. Essa certeza de que ele não residia na casa da fazenda, onde as armas foram deixadas, e que a própria ex-esposa fez a entrega...

O Exmo. Sr. Min. Moreira Alves (presidente): É preciso saber se é necessário estar na posse direta ou se se admite também a posse mediata. Mas aí os dois seriam criminosos.

Aliás, esta modalidade de crime já é complicada, porque, realmente, como disse o advogado, quem perdeu o prazo não sabe o que faz: se entrega à polícia, diz-se que já havia praticado o crime; se esconde, é pior; se joga fora... Então, precisa agir como criminoso, pois não pode deixar nem impressão digital.

O Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão (relator): Posso guardar em um lugar que seja longe, de qualquer maneira estará sob minha guarda.

O Exmo. Sr. Min. Moreira Alves (presidente): Mas, neste caso, há posse. Acontece que, estando em outro local...

O Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão (relator): Tem de haver posse e guarda. Estou com minhas armas guardadas; não tem de ser dentro da minha casa, pode ser em outro local.

O Exmo. Sr. Min. Moreira Alves (presidente): Mas se tem a posse da arma em outro local. Agora, se está na casa da mulher e ela mesma declara que as armas estão lá sob sua custódia, conseqüentemente, estão na posse dela também.

A Exma. Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor presidente, defiro a ordem.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Sepúlveda Pertence*: Senhor presidente, também peço vênia ao Min. Ilmar Galvão para acompanhar a Ministra Ellen Gracie.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Sydney Sanches*: Senhor presidente, também peço vênia ao Min. Ilmar Galvão para, neste caso, ir mais longe: trancar a ação penal.

RETIFICAÇÃO DE VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão* (relator): Senhor presidente, diante da manifestação da maioria da Turma, concedo o pedido. Não ficarei vencido, considerando, principalmente, que se trata, no caso, de espingardas, armas que, de ordinário, em nosso meio rural, como se sabe, não passam de instrumento de trabalho, razão pela qual o controle do Poder Público sobre sua posse não deve ocorrer com o mesmo rigor dispensado a outras armas de fogo.

EXTRATO DE ATA – Decisão: A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Unânime. Falou pelo paciente o Dr. Sergei Cobra Arbex. 1.ª T., 18.02.2003.

Presidência do Min. Moreira Alves. Presentes à Sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

COMENTÁRIOS

Tempos difíceis, os atuais, para quem exerce a advocacia criminal, ou atua na área com consciência da necessidade de se preservarem valores fundamentais que são inerentes ao Estado Democrático de Direito. A promoção do ódio e do desejo de vingança tem levado, cada vez mais, à imposição de constrangimentos indevidos às pessoas envolvidas com o processo penal (aqui entendido em sentido amplo, que inclui o inquérito policial e até os ilegais procedimentos investigatórios realizados por membros do Ministério Público), para cuja consecução se cerceia, em grau assustadoramente crescente, o exercício da advocacia. É tal o abuso, que já se proíbem os advogados de ter vista de autos de inquérito policial, ainda quando se apresentem munidos de procuração daquele que é investigado, ou tem algum interesse jurídico envolvido no feito. Sob a genérica assertiva de que "nenhum direito é absoluto", negam-se os direitos mais comezinhos, o que nos está levando à situação em que não haverá mais direitos. Será?

Pois dia desses, ao ler o *Informativo do STF*, deparei-me com uma ementa que me despertou a atenção. Obtida a íntegra do acórdão (essa internet é mesmo um fenômeno!), constatei que a decisão contém inúmeros aspectos importantes, que podem constituir alento e estímulo para os que ainda não desistiram de lutar contra a doutrina da intolerância e do terror penal. Sem pretender tratar em profundidade cada um dos temas suscitados pelo acórdão – até porque cada um deles comportaria um texto próprio –, procurarei destacar os que me parecem mais relevantes, a começar pela importância da competência do Supremo Tribunal para julgar *habeas corpus* e a indispensabilidade do exercício da advocacia de forma plena, com a utilização de todos os meios disponíveis para a defesa dos direitos do investigado ou acusado.

O primeiro aspecto que considero importante ressaltar, no acórdão supra transcrito, é o fato de que, graças a ele, um cidadão teve preservados os seus direitos fundamentais, dentre os quais se incluem, indubitavelmente, o *status libertatis* e o *status dignitatis*. Embora ainda se ouçam trombetear, recalcitrantes, vozes saudosas de hediondas épocas, nas quais se subtraíram ao Poder Judiciário funções inerentes à sua condição de garantidor dos direitos do cidadão frente ao poder punitivo do Estado, é certo que não se admite a submissão de alguém a ação penal carente de justa causa. Aliás, mesmo sob a Constituição de 1937, que ficou conhecida como *a polaca*, o Código de Processo Penal já instituiu, como fundamento para a concessão de *habeas corpus*, a *falta de justa causa* (art. 648, I).

O que chama, porém, a atenção, é o fato de que foi necessário que o STF conhecesse do assunto, e a ele aplicasse o remédio heróico. Este o primeiro ponto: Diante da sobrecarga imposta aos ministros da Corte Maior, não são poucos os que sustentam ser necessário excluir, do rol de competência do Supremo Tribunal, a de julgar *habeas corpus*. Peço licença aos bem intencionados que assim pensam para dizer, contudo, que a concessão de uma única ordem de *habeas*

corpus (e uma simples consulta à pagina do STF na internet servirá para demonstrar que muitas são as ordem concedidas) basta para justificar a manutenção da competência daquela E. Corte para julgar *habeas corpus*.

Insisto: No caso aqui analisado, o paciente havia sido levado à condição de réu em ação penal por decisão do magistrado que recebera a denúncia; na mesma situação havia sido mantido pelo E. Tribunal estadual, que indeferira o primeiro pedido de *habeas corpus*; na mesma condição fora mantido, após a denegação da ordem pelo E. STJ; ao ter, porém, seu caso analisado pela Corte Maior, aquele cidadão foi alforriado, porque deixou de ser ameaçado em sua liberdade, e também porque viu ser restabelecida sua dignidade, ferida com a instauração de ação penal carente de justa causa. Se isto não for o bastante para que ao Supremo Tribunal continue incumbindo o julgamento de *habeas corpus*, então não vejo, sinceramente, razão para que exista uma Corte Suprema. Afinal, se a garantia da liberdade não for merecedora de sua ação, nada mais haverá de ser, já que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, segundo dispõe o art. 1.°, III, da Constituição, sendo certo que o *caput* de seu art. 5.° diz serem assegurados aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à propriedade, à igualdade, à segurança e à propriedade, não se podendo ignorar a fonte axiológica que determinou a ordem dos bens assegurados pela redação daquele dispositivo.

Outro aspecto que pretendo abordar, neste comentário, é o debate que caracterizou o julgamento do qual resultou o acórdão analisado. Para quem já viveu a experiência de fazer sustentação oral perante o Supremo Tribunal, não há de ser surpresa o que o acórdão revela: diante do caso concreto, cada magistrado buscou se informar a respeito do que consta dos autos, para então proferir seu voto. Infelizmente, sabemos todos, essa não é a realidade de todos os tribunais do País, em alguns dos quais, muitas vezes, o que se assiste, lamentavelmente, é o julgamento "por atacado", sem que saibam, os demais julgadores que não tiveram vista dos autos, o que, efetivamente, há neles.

Peço, agora, a atenção de todos para um aspecto que me parece fundamental: Em mais d'uma oportunidade, vê-se referência à atuação do advogado impetrante do *habeas corpus*, inclusive à sustentação oral por ele proferida. Note-se que, ao quanto fora dito pelo advogado da tribuna, os ministros do STF dispensaram atenção, e naquelas considerações buscaram fundamentos para seus votos. E o fizeram – destaco o ponto – para, inclusive, verificarem o substrato probatório do pedido que, afinal, deferiram. De tal constatação, pode-se extrair, inicialmente, a conclusão de que ao advogado cabe sempre lançar mão de todos os recursos disponíveis para o cumprimento de seu dever de defender o acusado, pois haverá de encontrar magistrados dispostos a também cumprir o dever de bem julgar.

Importa, ainda, frisar – no que toca ao aspecto sob análise – que o trancamento da ação penal foi determinado a partir de análise dos fatos, única forma, aliás, de se verificar a existência, ou não, de justa causa para a persecução instaurada. Mais uma vez, portanto, o STF afasta o argumento utilizado, infeliz-

mente, ainda por muitos, de que em *habeas corpus* não se pode analisar provas. Ora, é óbvio que em sede de remédio heróico não se há de admitir o cotejo comparativo e aprofundado dos elementos de prova, mas a recusa em fazer a constatação de ausência de prova a amparar a acusação, ou existência de prova uníssona que demonstre a falta de justa causa para ação penal, consiste em verdadeira denegação de justiça. Se, como ensina o Prof. Miguel Reale, o Direito é fato, valor e norma, como poderiam as Cortes julgar pedido de *habeas corpus* fundado em alegação de carência de justa causa – dizer, enfim, qual é o Direito –, sem verificar e valorar a prova existente?

O último tópico que pretendo comentar, no acórdão em tela, é a alteração havida no voto do Min. Ilmar Galvão, relator do feito. E a primeira observação há de ser relativa à grandeza que caracterizou o gesto de Sua Excelência, que, tendo votado pelo indeferimento do pedido de trancamento, deferindo a ordem, de ofício, em parte, para determinar a remessa dos autos ao representante do Ministério Público para os fins previstos no art. 89 da Lei 9.099/95, reviu o seu entendimento, diante do voto da Ministra Ellen Gracie e dos demais ministros que a acompanharam.

O que me parece merecer maior destaque, contudo, é que, ao explicitar as razões pelas quais resolveu alterar seu voto, para determinar o trancamento da ação penal, o Min. Ilmar Galvão trouxe à baila questão que não havia sido suscitada, mas que é da maior relevância, e que deveria, inclusive, preceder à própria constatação fática, com base na qual foi a ordem concedida. Disse o Ministro relator: "Não ficarei vencido, considerando, principalmente, que se trata, no caso, de espingardas, armas que, de ordinário, em nosso meio rural, como se sabe, não passam de instrumento de trabalho, razão pela qual o controle do Poder Público sobre sua posse não deve ocorrer com o mesmo rigor dispensado a outras armas de fogo".

Portanto, o fundamento do voto do ministro relator foi a ausência de lesividade da conduta imputada ao paciente. E sem potencialidade lesiva, vale dizer, sem a possibilidade de causar dano a um bem jurídico merecedor de proteção penal, não se pode falar na existência de crime, nem mesmo em tese. Ainda, pois, que determinado fato se ajuste à descrição contida num tipo penal, não haverá crime, se tal fato não impuser sequer risco de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Este ensinamento da doutrina foi consagrado pela sucinta – mas clara – fundamentação do voto final proferido pelo Min. Ilmar Galvão.

Das lições que se podem extrair do acórdão comentado – as quais, repito, comportariam um texto específico, cada uma –, penso que duas devem ser ressaltadas: Qualquer que seja a alteração que se faça na competência do STF, dela não se pode excluir o julgamento de *habeas corpus*. Mesmo que se decida transformá-lo em Corte Constitucional, o julgamento do remédio heróico há de continuar a lhe caber; afinal, convém lembrar que o *habeas corpus* tem origem na Magna Carta inglesa, de 1215, que é também a matriz das Cartas Constitucionais. E dentre as garantias asseguradas pela Constituição, há de merecer sempre proteção especial a liberdade e a dignidade do ser humano.

Ressalto, também, a indispensabilidade da atuação do advogado, na defesa dos direitos de todos quantos sejam envolvidos com o processo penal; atuação que há de se dar de forma independente, com o empenho de todos os recursos disponíveis, ainda que, muitas vezes, para o cumprimento de seu mister o advogado tenha de enfrentar autoridades arbitrárias e a incompreensão até de pessoas que lhe são próximas; ainda, enfim, que ele tenha de, sozinho – como é comum acontecer –, arrostar os poderes todos do mundo. Esse é, afinal, seu caminho, como lembrou Francesco Carnelucci, em sua obra *Misérias do processo penal*: "A do advogado é quiçá uma das figuras mais discutidas no quadro social; talvez a mais tormentosa. Não foi nunca, entre outros, mesmo nos momentos convulsionados da história, proposta supressão dos médicos ou dos engenheiros, mas dos advogados sim. Alguma vez, por fim, se conseguiu suprimi-los, depois foram imediatamente ressurgidos. No fundo o protesto contra os advogados é o protesto contra a parcialidade do homem. A ver-se bem, eles são os cireneus da sociedade: carregam a cruz por um outro, e esta é a nobreza deles. Se me pedissem para a Ordem dos Advogados um lema, proporia o virgiliano *sic vos non vobis*. Somos aradores do campo da justiça e não recolhemos os frutos".