ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

44

Ano 11 • julho-setembro 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. 44 • julho-setembro 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
Coordenadora de Revistas: LIA TETELLI

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-702-2433

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

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

Impressão e acabamento: Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0001-52

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Diante do atual cenário de descontrole legiferante em matéria penal no Congresso Nacional, onde tramitam inúmeros projetos de lei que se desviam dos caminhos da razoabilidade, em resposta impensada à organização e ao incremento do crime, torna-se cada vez mais importante a solidez de um veículo que estude o fenômeno criminal de maneira séria, consistente, multidisciplinar e compromissada com os direitos e garantias insculpidos em nossa Constituição Democrática.

É consciente desta responsabilidade que o IBCCRIM traz à luz o n. 44 da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, que nasce contemporâneo ao 9.º Seminário Internacional organizado pelo instituto.

O enfoque multidisciplinar dos artigos apresenta-se bastante rico neste número, com a abordagem de temas referentes à psicanálise, ao urbanismo e à violência, dentre outros, propiciando ao leitor amplo estudo sobre todas as ciências indispensáveis à compreensão do crime.

As atualidades da ciência criminal também ganham o merecido enfoque, destacando-se os reflexos do novo Código Civil no sistema penal, a investigação direta pelo Ministério Público, a participação de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro, os delitos informáticos e a repressão, no âmbito do Mercosul, dos crimes ambientais de efeitos transnacionais.

Com isso pretende-se conferir o instrumental adequado para a superação dos desafios cotidianamente enfrentados pelos profissionais e estudantes da área criminal, continuando firmes na defesa das conquistas democráticas duramente alcançadas pela sociedade brasileira.

A Diretoria

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 7

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal – BERND SCHÜNEMANN 11

1.2 La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión) – ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG 34

1.3 Delitos informáticos a través de Internet en la República Argentina – PABLO A. PALAZZI 63

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública? – GABRIEL BERTIN DE ALMEIDA 71

2.2 Reflexos do novo Código Civil no sistema penal – JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES 86

2.3 Os fundamentos filosóficos e metodológicos da teoria finalista da ação – OTHON DE AZEVEDO LOPES 128

2.4 Responsabilidade civil por erro judiciário em ação penal condenatória – RUI STOCO 158

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 Mercosul e o crime de poluição das águas – ALESSANDRA RAPASSI MASCARENHAS PRADO 169

3.2 Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro – ANDRÉ LUÍS CALLEGARI 198

3.3 O branqueamento de capitais em Portugal – JOÃO JOSÉ DAVIN NEVES DOS SANTOS 212

4. CRIMINOLOGIA

4.1 Considerações teóricas sobre a importância da psicanálise para o juízo de imputabilidade – JOE TENNYSON VELO 237

4.2 Mais punição para os punidos: as decisões judiciais da Vara das Execuções Criminais da capital do Estado de São Paulo – ALESSANDRA TEIXEIRA e ELIANA BLUMER TRINDADE BORDINI 267

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1 Sua Excelência o Comissário – A polícia enquanto "justiça informal" das classes populares no Grande Recife – LUCIANO OLIVEIRA 279

6. HISTÓRIA DO DIREITO

6.1 Beccaria e o pensamento jurídico-criminal - GUILHERME COSTA CÂMARA 301

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1 O Centro de Integração da Cidadania: reflexões sobre o espaço, os sujeitos e a Justiça

7.1.1 Apresentação - JACQUELINE SINHORETTO 337

7.1.2 A segregação urbana e a Justiça (ou a Justiça no injusto espaço urbano) - FLAVIO VILLAÇA 341

7.1.3 Um projeto *sub judice* - MALVINA E. MUSZKAT 347

7.1.4 O Centro de Integração e Cidadania: experiência e esperança - SYLVIA LESER DE MELLO 355

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1 Jurisprudência Comentada

8.1.1 Investigação direta pelo Ministério Público - JOSÉ BARCELOS DE SOUZA 361

8.2 Ementário de Jurisprudência - ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 372

9. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

9.1 Lei 10.695, de 1.º.07.2003 - Altera e acresce parágrafo ao art. 184 e dá nova redação ao art. 186 do Decreto-lei 2.848, de 07.12.1940 - Código Penal, alterado pelas Leis 6.895, de 17.12.1980, e 8.635, de 16.03.1993, revoga o art. 185 do Decreto-lei 2.848, de 1940, e acrescenta dispositivos ao Decreto-lei 3.689, de 03.10.1941 - Código de Processo Penal ... 401

9.2 Lei 10.701, de 09.07.2003 - Altera e acrescenta dispositivos à Lei 9.613, de 03.03.1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf, e dá outras providências 403

9.3 Mensagem 325, de 09.07.2003 404

10. RESENHAS

10.1 ELBERT, Carlos Alberto. *Manual básico de criminologia* - Resenha por LÉLIO BRAGA CALHAU 407

10.2 O sistema penal dinâmico: uma proposta epistemológica - Comentários sobre o livro *Sistema penal y problemas sociales* - Coordinador y colaborador Roberto Bergalli - Comentário por BRUNO AMARAL MACHADO 410

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 415

Normas de publicação para os autores 429

COLABORADORES

ALESSANDRA RAPASSI MASCARENHAS PRADO

Doutoranda em Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pesquisadora visitante do Instituto Wiarda, Universidade de Utrecht, Holanda. Sócia do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

ALESSANDRA TEIXEIRA

Advogada. Consultora da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (FSEADE). Coordenadora do Núcleo de Pesquisa do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Advogado Criminal. Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid. Professor de Direito Penal nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Luterana do Brasil e na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande Sul.

BERND SCHÜNEMANN

Professor da Universidade de Münich, Alemanha.

BRUNO AMARAL MACHADO

Promotor de Justiça em Brasília. Doutorando em Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona.

ELIANA BLUMER TRINDADE BORDINI

Estatística. Analista de Projetos da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (FSEADE).

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Direito Penal na Universidade Complutense de Madrid.

FLAVIO VILLAÇA

Urbanista. Professor Titular de Planejamento Urbano da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo.

GABRIEL BERTIN DE ALMEIDA

Advogado. Licenciado em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina e Professor de Filosofia Geral e do Direito na Faculdade Pranaense – FACCAR. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais desde 1996.

GUILHERME COSTA CÂMARA

Promotor de Justiça. Professor da Cadeira de Direito Processual Penal da Universidade de João Pessoa (UNIPE). Professor de Direito Processual Penal da Escola Superior do Ministério Público – ESMEP. Integrante e Co-Fundador do Grupo de Estudos do

Ministério Público da Paraíba. Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais da Universidade de Coimbra, Portugal.

JACQUELINE SINHORETTO

Gerente de Projetos do Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Mestre e Doutoranda em Sociologia pela Universidade de São Paulo. Professora Universitária.

JOÃO JOSÉ DAVIN NEVES DOS SANTOS

Procurador Adjunto no Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisbboa – 1.ª Secção – Tráfico de Estupefacientes e Branqueamento de Capitais.

JOE TENNYSON VELO

Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Penal e de Criminologia na Pontifícia Universidade Católica do Paraná e na Unipar (Umuarama-PR). Procurador do Estado do Paraná. Advogado Criminal em Curitiba.

JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES

Juiz de Direito Titular da Vara do Júri de Campinas. Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica de Campinas-SP e do Curso Ductor de Campinas-SP.

LÉLIO BRAGA CALHAU

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor de Direito Penal da Universidade Vale do Rio Doce – Univale. Pós-Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal. Mestrando em Direito pela Universidade Gama Filho-RJ.

LUCIANO OLIVEIRA

Bacharel em Direito e Mestre e Doutor em Sociologia, respectivamente pela Universidade Federal de Pernambuco e Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais (Paris). Professor de Sociologia Jurídica na Faculdade de Direito do Recife e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco.

MALVINA E. MUSZKAT

Psicanalista. Mediadora nas áreas de família e institucional. Presidente da ONG Pró-Mulher, Família e Cidadania. Especialista nas questões de gênero e violência.

MARIANA SACHER

Prof. Ayudante (wiss. Mitarb.) de la cátedra del Prof. Schünemann, Universidad de Münich.

OTHON DE AZEVEDO LOPES

Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília. Professor da Fundação Getúlio Vargas.

PABLO A. PALAZZI

Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina).

RUI STOCO

Juiz Substituto em Segundo Grau em São Paulo. Pós-graduado em Direito Processual Civil. Professor e Coordenador de Cursos de Pós-Graduação. Sócio Fundador e Membro do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Membro da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal.

SYLVIA LESER DE MELLO

Doutora e Livre-Docente pela Universidade de São Paulo. Professora Titular do Departamento de Psicologia Social e do Trabalho do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

n. 45 • outubro-dezembro • 2003

• Olvidando los delitos y las penas – Una interpretación de la filosofía penal de Alessandro Baratta

ANA MESSUTI

• Celeridade do processo, indisponibilidade da liberdade no processo penal e prescrição retroativa

GEÓRGIA BAJER FERNANDES DE FREITAS PORFIRIO

• La violencia, el orden social y el control social penal

JUAN S. PEGORARO

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

LA RELACIÓN ENTRE ONTOLOGISMO Y NORMATIVISMO EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL*

BERND SCHÜNEMANN

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Crítica al normativismo libre de empirismo en general – 3. Crítica a los conceptos penales fundamentales del normativismo libre de empirismo – 4. Límites y déficits de una dogmática jurídico-penal ontologista – 5. La síntesis indispensable – 6. El entrelazamiento de la consideración normativa y ontológica en particular – 7. Palabras finales.

Resumo: O autor analisa criticamente os postulados metodológicos do sistema normativista de Jakobs, depois o método ontologista do finalismo, para ao final propor uma sistemática funcional, político-criminalmente fundada, que atenda a exigências normativas, sem perder o contato com a realidade.

Palavras-chave: Teoria do delito – Funcionalismo – Normativismo – Finalismo.

1. Introducción

Así como en la vida del individuo existen acontecimientos denominados "déjà-vu", que son percibidos como repetición de un suceso anterior que ha caído hace tiempo en el olvido y que, en todo caso, ha quedado en la conciencia como una especie de sueño, y así como Nietzsche creyó haber descubierto incluso la esencia del mundo en el eterno retorno de lo mismo, así siento hoy un "déjà-vu" en el mundo de la ciencia jurídico-penal, como un espejo cóncavo sumido en un sueño. En un sueño porque justamente hoy me viene a la mente el Congreso jurídico-penal de profesores de 1964 de Hamburgo, en el que no pude estar personalmente, a diferencia de algunos respetables compañeros aquí presentes, pues en esa época era estudiante. En los seminarios de derecho penal de Göttingen escuché acerca de ese Congreso y, al mismo tiempo, soñé con la posibilidad de medir personalmente algún día mis fuerzas con otros en un ruedo intelectual de esa clase. Por eso digo que la ciencia jurídico-penal aparece sumida en un sueño como en la figura del espejo cóncavo, porque la línea principal de nuestra discusión actual frente a la de 1964 se

(*) Traducción de Mariana Sacher, Profesora ayudante (*wiss. Mitarb.*) de la cátedra del Prof. Schünemann, Universidad de Múnich.

encuentra justamente al revés. En efecto, en aquellos tiempos Hans Welzel tuvo que defender la gran obra de su vida – el finalismo y la dogmática jurídico-penal ontologista que se deriva de ella, junto a las conclusiones extraídas de ese enfoque metodológico –, frente a la crítica de mi maestro Claus Roxin, efectuada absolutamente sobre una base normativa. Ahora existe nuevamente un ruedo, en el que hoy tengo que entrar para enfrentarme al discípulo de Welzel, Günther Jakobs, quien sostiene a su vez un normativismo radical, un normativismo que coloca a la sombra la crítica anterior de Roxin al finalismo, y con el que Jakobs, ya en 1983 en el prólogo de su voluminoso manual en la primera edición, proclamó destrozar la dogmática jurídico-penal ontologista más radicalmente de lo que ella se hubiera impuesto en algún momento.[1] Y otro déjà-vu más se refleja en el espejo cóncavo imaginado por mí, que ahora consiste en el retorno de aquella fuerza de atracción y tentación casi irresistible que el finalismo ejercía por aquel entonces en muchas de las mejores mentes jóvenes de la ciencia jurídico-penal española y latinoamericana, pese a que por lo general tiene una tendencia a mantener las estructuras ya existentes. Esa fuerza de atracción retorna hoy en forma de un efecto casi mágico que ejerce el pensamiento jurídico-penal de Günther Jakobs – quisiera denominarlo mos jakobinus en una reminiscencia histórica* – en muchas mentes sobresalientes de la ciencia jurídico-penal de habla hispana, pero a diferencia de la influencia que había ejercido Welzel, la influencia de Jakobs no es sólo sobre los más jóvenes.

Hasta aquí en cuanto al espejo mágico del déjà-vu, del que ahora salgo para trasladarme al ruedo español. Utilizando las imágenes del país anfitrión, quisiera intentar colocarme en el rol de un torero, que toma al toro de los cuernos, representado aquí por el mos jakobinus, y quiere abandonar el ruedo como matador. Pero quizás subestima la fuerza del toro y queda finalmente tendido en la arena para ser arrastrado del ruedo por los caballos.

2. Crítica al normativismo libre de empirismo en general

1. No sé si Jakobs aceptará este reparto de roles que me sirve de introducción; quizás quisiera ser él mejor el matador que el toro. Pero tendría que lograr su aplauso el hecho de que yo haya comenzado a hacer una descripción de roles. Pues, para Jakobs, el individuo pasa a ser persona sólo a través de la cualidad de ser portador de un rol, y únicamente frente a una persona puede existir la expectativa de que se comportará sólo por su "ser-persona" de una determinada forma en una determinada situación, es decir, ser destinatario de una norma, y sólo si las normas valen tiene lugar la sociedad.[2]

(1) Jakobs, en el prólogo a la 1.ª ed. de su manual: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. V y ss.

(*) La palabra "mos" hace referencia a mundos de pensamiento, por ejemplo el mos itallicum o el mos gallicum de la Edad media.

(2) Jakobs, en: Neumann/Schulz (comps.), "Verantwortung in Recht und Moral", *ARSP-Beiheft 74*, 2000, p. 57.

2. Presento estas definiciones fundamentales de la filosofía del derecho de Jakobs en el comienzo de mis observaciones sobre el tema mismo, porque ellas dejan reconocer en su concentración singular aquel abismo que separa a Jakobs no sólo del pensamiento jurídico-penal ontológico de acuñación welzeliana, sino también de aquel funcionalismo políticocriminal-teleológico, como él se nos presenta por ejemplo a través de Roxin, partiendo de su famosa crítica a la teoría final de acción,[3] pasando por su estudio "Política criminal y sistema de derecho penal"[4] para llegar a su manual.[5] Quizás yo mismo soy también culpable a través de mi exposición en la breve "Introducción al pensamiento sistemático jurídico penal" publicado también en España por Silva Sánchez,[6] de que el mos jakobinus y el funcionalismo teleológico-político criminal sean considerados hoy, la mayoría de las veces, como dos variantes del normativismo y de que ambos sean colocados frente a una dogmática jurídico-penal ontologista,[7] como se nos presenta ya antes de Welzel en forma del naturalismo jurídico-penal.[8] Después de treinta años de ocuparme de las cuestiones metodológicas fundamentales del derecho penal, habiendo comenzado con mi trabajo sobre los delitos de omisión,[9] considero necesaria hoy en día una nueva cla-

(3) Roxin, ZStW 74 (1962), p. 515 y ss. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 72 y ss.

(4) Roxin. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem.* 1970, 2. ed., 1973, passim.

(5) Roxin. *AT I.* 3. ed., 1997, § 7, núm. marg. 24 y ss., 51 y ss.; acerca de la teoría de la culpabilidad y responsabilidad ibíd., § 19 I-IV.

(6) En: Schünemann (comp.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 45 y ss.; edición española a cargo de Silva Sánchez, *El sistema moderno del derecho penal:* Cuestiones fundamentales, 1991, p. 11 y ss.

(7) Sobre las diferentes formas radicales del normativismo cf. el texto a continuación, así como también la investigación de una gran exactitud realizada por Keller, ZStW 107 (1995), p. 457 y ss. La dogmática jurídico-penal fundada en las estructuras lógico-objetivas ha sido defendida sobre todo por Hirsch, y su discípulo Küpper, ZStW 93 [1981], 831 y ss.; El mismo, ZStW 94 [1982], 239 y ss.; El mismo, *Festschrift zur 600 Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, p. 399 y ss.; El mismo, en: Hirsch/Weigend, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, p. 65 y ss.; Küpper, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, passim.

(8) Cf. al respecto la exposición crítica de Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, aquí citado según la recopilación de artículos titulada: "Strafrechtliche Abhandlungen", 1975, p. 29 y ss.; breve presentación en Schünemann (*supra*, nota 6), p. 19 y ss.

(9) Sobre una base lógico-objetiva he desarrollado ya en 1971 la teoría de las posiciones de garante para los delitos impropios de omisión (*Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 217, ss. y passim) y más tarde de un modo similar las reglas de imputación en el campo de la criminalidad empresarial (*Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, passim), como así también en oposición crítica a conceptos puramente normativistas he calificado como apropiado el mismo método también para el primer nivel del concepto jurídico-penal de culpabilidad, que consiste en el "poder-actuar-de-otra-manera" individual (cf. *supra*, nota 6, p. 163 y ss.; también en: Hirsch/Weigend [*supra*, nota 7], p.

sificación de las concepciones dogmáticas jurídico-penales, pues el normativismo de la escuela de Jakobs tiene, en realidad, sólo muy poco en común con el normativismo político-criminal-teleológico, sino que encuentra en su lugar su vecino metodológico directo en el neoidealismo de Ernst Amadeus Wolf y Köhler.[10] Quisiera denominar la forma de pensamiento que Jakobs ha desarrollado desde 1976, pero que desde 1992 ha radicalizado decisivamente, el "normativismo libre de empirismo", a diferencia del normativismo teleológico de creación roxiniana.

El tiempo limitado sólo me permite lamentablemente hacer una referencia a grosso modo del sistema y del método de pensamiento de Jakobs. Esta tarea, a primera vista irrealizable en el escaso tiempo, será facilitada por el hecho de que la estructura de pensamiento de Jakobs puede ser expuesta, debido a su singular unidad, a través de un tratamiento ejemplificativo, y no requiere un análisis de los detalles. El sistema de Jakobs ofrece también el punto crucial ideal para mi crítica, pues considero que es una representación genial consecuente del normativismo, genial sólo unilateralmente, y por ello desacertada.

3. Como ya he mencionado, se puede decir que la base filosófico-jurídica de Jakobs consiste en que la sociedad humana se origina a través de la validez de normas en el sentido de expectativas de comportamiento cuyos destinatarios son portadores de roles. Partiendo de esa base, Jakobs busca la fundamentación del derecho penal y rechaza radicalmente toda dogmática ontologista, aunque lo sea sólo parcialmente. Me concentraré a continuación en la versión intransigente que ofrece en su estructura de pensamiento desde 1992.

a) Aún en su manual, Jakobs colocaba a la pena y al derecho penal estatal en un contexto teleológico, en el que le reconocía como tarea la denominada prevención general positiva a través del ejercicio en reconocimiento de la norma, y citaba para justificar esto a reconocidos representantes de modelos de justificación utilitarista, así como también se remitía a mecanismos psicológicos como la socialización mediante la internalización de la norma e incluso a conceptos de psicología profunda.[11] Sin embargo, en sus nuevos trabajos abandona ese marco teleológico. Ahora se basa expresamente en la teoría de la pena de Hegel,[12] recha-

147 y ss.), a diferencia del método normativista en la determinación de la exigibilidad como segundo nivel de la culpabilidad o en el desarrollo del nexo de riesgo (*Risikozusammenhang*) y del nexo del fin de protección (*Schutzzweckzusammenhang*) como tercer y cuarto nivel de imputación (al respecto ya en JA 1975, 582 y ss., 647 y ss., 715 y ss. y finalmente en GA 1999, 207, 219 y passim).

(10) Fundamental E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 786 y ss.; elaborando sobre ello Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 43; Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 130 y ss.; El mismo, en: Neumann/Schulz (comps.) (*supra*, nota 2), p. 103, 106 y ss.; Kahlo, *Das Problem des Pflichwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990, p. 167 y ss.

(11) Jakobs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 1. ed., 1983 y 2. ed., 1991, 1/15 con nota 15 y 16.

(12) Jakobs. *Norm, Person, Gesellschaft* – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie. 2. ed., 1999. p. 108.

za expresamente un fin (a perseguir con la pena) de influir en el comportamiento de algún individuo[13] y, en lugar de ello, legitima la pena sólo a través de la necesidad de marginalizar la afirmación del autor (objetivada en el hecho) de que la norma no vale, a través de una contra-afirmación objetivizada en la pena.[14]

b) Dado que las consecuencias metodológicas vinculadas a la "teoría antiempirista" de Jakobs son importantes para mi tema de hoy, quisiera poner de relieve muy brevemente el hecho de que esta teoría de la pena no es para nada nueva y ni siquiera consecuente consigo misma. Por este motivo, debe indicarse que Jakobs se despide con ello definitivamente de una teoría de la prevención general insertada en un contexto utilitarista teleológico, replegándose completamente al pensamiento de Hegel, y encontrando para ello el apoyo en el neoidealismo de Ernst Amadeus Wolff, Köhler y sus discípulos, quienes intentan justificar la pena de un modo absolutamente idéntico.[15] En este punto quisiera hacer referencia brevemente al error de pensamiento, no advertido durante doscientos años, que consiste en el hecho de deducir de la lesión a la norma (lo cual es naturalmente posible respecto de toda norma jurídica y, por ello, pertenece al nivel de la teoría general del derecho) la sanción específica con los medios del derecho penal, pese a que la gran mayoría de las lesiones a las normas quedan impunes (por ejemplo, todo incumplimiento contractual propio del derecho civil). El hecho de que grandes filósofos como Kant y Hegel hayan cometido esta equivocación no puede salvar el error, ya que éste se basa evidentemente en el hecho de que ni Kant ni Hegel eran juristas. Jakobs ha previsto al menos que pueda existir ese "vacío" en la deducción, ya que añade en sus consideraciones previas acerca de la filosofía del derecho, que quien viola la norma, por ejemplo en un homicidio, no sólo ha afirmado que la vida ajena no es digna de consideración, sino que ha destruido la vida, o al menos lo ha intentado comenzando la

(13) Jakobs (*supra*, nota 12), p. 106.

(14) Jakobs (*supra*, nota 2), p. 59.

(15) Cf. las referencias en *supra*, nota 10. La ulterior aporía en la fundamentación del derecho penal de corte kantiano y, por tanto, también neokantiano, consiste en que una acción que lesiona la norma y que, por esa razón, desatiende al imperativo categórico, nunca puede ser imputada al "Yo inteligible" de Kant, sino sólo al Yo como parte del "mundo de los fenómenos o las manifestaciones externas" (acerca de esta diferenciación véase Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 2. ed., 1787, p. 56 y ss.). Por tanto, esa acción no es por definición libre y el derecho penal justamente no puede ser fundado en la filosofía de la libertad de Kant. Esa aporía se ha extendido a la fundamentación metodológica de la dogmática jurídico-penal, sin atender a los límites del marco en el que tenía lugar. Pues, la escuela de Wolff y Köhler pretende poder deducir extensas consecuencias del principio filosófico de la libertad para figuras de imputación que son extremadamente especiales. Por ejemplo, para las diferentes formas de la participación y la delimitación entre autoría y participación (cf. Köhler [*supra*, nota 10], p. 488 y ss.; Con la misma ambición Zaczyk y Kahlo [*supra*, nota 10]). Aquí debe renunciarse por razones de espacio a un debate con esta corriente, que tiende a una dogmática jurídico-penal deductivo-axiomática y es, en este sentido, la más radical en la actualidad.

ejecución, por lo que también la reacción contra el hecho debería tener una forma definitiva en el mundo exterior.[16] Pero ésta es una excusa inadecuada, pues, en primer lugar, esta argumentación no puede modificar en nada la confusión que ya existe en principio entre las categorías de norma jurídica general y consecuencia penal. En segundo lugar, esto no es nada más que una referencia tímida al principio del talión, el cual, por ejemplo en la tentativa de un delito, conduciría a comenzar la sanción, para no obstante enseguida interrumpirla, o se conduciría a los condenados sólo hasta la puerta de la cárcel, para luego enseguida dejarlos irse.

Sin embargo, esta novedad de las aporías de la filosofía idealista en su aplicación al derecho penal, no constituye para mi tema de hoy ni siquiera la objeción central contra la forma que actualmente Jakobs da a su construcción de la teoría del delito. Me refiero ahora al fundamento metódico de la dogmática penal, y ese fundamento no consiste más en un análisis funcional o teleológico en la teoría actual de Jakobs, sino en un mero círculo vicioso, que se ha convertido en irreconocible detrás de una terminología frecuentemente esotérica para los entusiastas. Sobre esto daré algunos ejemplos, pero quisiera hacer clara referencia al carácter circular ya en el nivel fundamental del sistema actual de derecho penal de Jakobs. El no parte de propuestas dogmáticas para llegar a la pena, sino que su sistema de premisas y resultados es al revés: él parte de la premisa de que la pena no tiene un fin (sino que es en sí misma el alcance de un fin[17]), para llegar a consecuencias dogmático-penales. Pero no es posible arribar a conclusiones dogmático-penales más concretas, tampoco desde un punto de vista criminalpolítico-teleológico con ayuda del método de la denominada reducción medio-fin desde su fin. Toda la esfera de la argumentación consecuencialista, que constituye la base de toda consideración funcionalista o teleológica, es abandonada con ello definitivamente. Y por eso se destruye también todo puente posible, por ejemplo, el que une con la concepción de Roxin en su estudio "Política criminal y sistema del derecho penal", pues en una justicia que alcanza su fin mediante su mera existencia, no hay lugar para una política criminal en el sentido de acreditación y control a través de persecución de fines demostrable empíricamente.

c) Ya las conclusiones que extrae Jakobs de sus axiomas jurídico-filosóficos, en primer lugar para la teoría de la pena, conducen a dejar de lado por completo en la dogmática jurídico-penal toda argumentación que pueda ser demostrable empíricamente, ya que la pena en su teoría no está dirigida a fines concretos. Esta consecuencia es repetida y reforzada a través de la segunda conclusión que extrae de sus axiomas jurídico-filosóficos, esta vez para la relación entre persona e individuo. Es que "la separación del mundo del individuo del mundo de la persona" es en los ojos de Jakobs tan profunda como la distinción hecha por Emanuel Kant entre el Yo como objeto de los fenómenos o las manifestaciones externas, por un lado, y el Yo inteligible, por el otro. Para ex-

(16) Jakobs (*supra*, nota 12), p. 105.

(17) Jakobs (*supra*, nota 12), p. 106.

presarlo con términos más actuales, se trata de la distinción hecha entre el sujeto empírico y el sujeto trascendental.[18] El paso de individuo a persona es en palabras de Jakobs "el paso a otro mundo" y "aporta algo nuevo de forma mucho más radical que si se tratara de una mera modificación en el mundo de la naturaleza, pues ésta no establece de aquí en adelante ninguna medida más y no se encuentra (más) en el ángulo del mundo personal, que por eso no toma nota de la verdad (de la naturaleza) a pesar de su eternidad".[19] De un modo un poco más sencillo, pero igualmente radical, ha sido expresado esto en el prólogo de la primera edición del manual de Jakobs: "Un sujeto no es, en esta concepción, quien puede producir o impedir un acontecimiento, sino quien puede ser competente para ello. Del mismo modo, los conceptos de causalidad, poder-hacer, capacidad, culpabilidad y otros pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que reflejan niveles de competencia. Estos conceptos no le imponen al derecho penal ningún modelo de reglas, sino que se originan a partir de las reglas penales y en relación con ellas".[20]

Frases por el estilo se leían ya en la crítica a la teoría final de la acción de Roxin, como por ejemplo, en la afirmación de que con conceptos previos a los contenidos jurídicos, justamente por ser previos, no se puede resolver problema jurídico alguno.[21] Con esta afirmación sólo se puede llegar a extremos únicamente si es que se la vincula con la idea de que con la pena se alcanzan fines sólo mediante su mera imposición, es decir, con la renuncia a todo efecto preventivo externo y con el rechazo de toda consideración teleológica. Pues, si los conceptos del sistema jurídico deben ser deducidos exclusivamente del sistema jurídico mismo, sin tomar conocimiento de las verdades del mundo natural y sin estar en una conexión funcional con fines sociales concretos, entonces los conceptos jurídicos pueden ser creados sólo de un modo circular. Incluso un positivismo legal crudo tampoco podría ayudar a la dogmática jurídico-penal a salir de ese círculo vicioso, pues el legislador, como se sabe, ha dejado en la parte general del derecho penal más problemas abiertos que resueltos.

3. Crítica a los conceptos penales fundamentales del normativismo libre de empirismo

Una formación de conceptos puramente normativista, es decir, libre de empirismo en el sentido de Jakobs, debe trabajar forzosamente con conceptos vacíos, que en realidad no resuelven el problema jurídico, sino que sólo lo parafrasean y de ahí que acto seguido sean rellenados a gusto con contenido de un modo pura-

(18) Kant (*supra*, nota 15).

(19) Jakobs (*supra*, nota 12), p. 44-46.

(20) Jakobs (*supra*, nota 11), prólogo a la 1. ed., p. V y ss. (también en la 2. ed. en p. VII).

(21) Roxin. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme* (*supra*, nota 3), p. 88.

mente decisionista.[22] Para ejemplificar estas afirmaciones, quisiera presentar brevemente estas tres cuestiones: la reformulación del concepto de acción de Jakobs y su concepto de competencia, que es central para todo su sistema.

1. El concepto de acción ha sido formulado por Jakobs, ya en su manual, sobre la base de las necesidades de la imputación objetiva,[23] Pero, en definitiva, se trata de un concepto que hace referencia a la realidad, es decir, de un concepto descriptivo: "la producción individual evitable del resultado".[24] La normativización completa del concepto negativo de acción, en el sentido de la fórmula de Herzberg de la "no evitación que era evitable, estando en posición de garante",[25] fue descalificada por Jakobs en su manual por ser una "confusión terminológica".[26] Sólo un año después de haber aparecido la segunda edición, en su breve estudio sobre el concepto jurídico-penal de acción de 1992, esta confusión terminológica pasó en la teoría de Jakobs a ser un método. En efecto, para la comisión, como así también del mismo modo para la omisión, acuñó un concepto de acción falto de todo núcleo descriptivo: "Hacerse culpable-competente por un daño a la validez de la norma". También estableció dos causas de imputación válidas del mismo modo para el hacer como para el omitir: la competencia por organización y la competencia institucional.[27] Ante estos nuevos conceptos tiendo casi a adoptar una actitud protectora del manual de Jakobs, con sus múltiples porciones altamente considerables de una dogmática que considera la realidad jurídica de un modo sumamente creativo, frente a la radicalización normativista del año 1992. Pues, su nuevo concepto de acción es un modelo de tal circularidad que, si tomamos en cuenta las posiciones que Jakobs sostenía anteriormente en su manual, podríamos sospechar de esta nueva posición que sostiene desde 1992 que es como una caricatura de un crítico (de su propio manual) con mala voluntad. Veamos las partes de la definición un poco más detalladamente. La competencia es sólo una formulación diferente para decir que se es destinatario de la norma. Es decir, que no puede aclarar el contenido de la norma, sino que remite a la norma. La base para la culpabilidad es la prevención general, tal como sostiene en su reconocido estudio de 1976.[28] Mi crítica de contenido, expresada ya muchas veces y que aquí

(22) Cuando Neumann en: Prittwitz/Manuletakis (comps.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende* (Deutsch-Griechisches Symposium, Rostock, 1999), 2000, p. 122, rechaza mi crítica a Jakobs en cuanto al decisionismo, con el argumento de que la prevención general positiva como fin de la pena le da contenido al concepto de culpabilidad, se desatiende que el concepto del fin de la pena en Jakobs no se refiere hoy en día de ningún modo a efectos sociales reales, sino sólo al sistema de derecho penal, y con ello es circular.

(23) Jakobs (*supra*, nota 11), 2. ed., 6/21 y s.

(24) Jakobs (*supra*, nota 11), 6/27.

(25) Herzberg. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantieprinzip*, 1972. p. 172 y ss.

(26) Jakobs (*supra*, nota 11), 6/33.

(27) Jakobs. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, especialmente p. 32, 44.

(28) Jakobs. *Schuld und Prävention*, 1976.

no será repetida,[29] llega en este momento a una decisiva cumbre metódica, pues de este modo también el concepto de culpabilidad se ha convertido en circular, desde que Jakobs no ve más el fin de la pena en un efecto preventivo fuera de su aplicación, demostrable empíricamente, sino en el sentido de Hegel en la mera negación del hecho. Y lo mismo ocurre con el concepto de "daño a la validez de la norma", pues éste es para Jakobs idéntico a la lesión a la norma. En consecuencia, la acción es definida a través de la lesión a la norma y, como la lesión a la norma supone una acción, con esta argumentación nos encontramos dando vueltas en círculo como en una sardana.

2. La circularidad ya demostrada del concepto central de Jakobs de la competencia no es eliminada mediante las subdefiniciones de la competencia por esfera de organización o de la competencia institucional, pues aquí se trata de expresiones artificiales, que en su contenido, así como también en su extensión, son completamente indeterminadas y, por ello, sólo sirven como etiquetas que obtienen un significado sólo a través de decisiones adicionales. Según Jakobs, la esfera de organización debe ser definida de tal modo que conciba el esfuerzo y costo necesario para evitar daños a otros, pues "quien hace uso de la libertad de actuar de modo que no es posible evitar daños a otros sin emplear un esfuerzo, debe soportar ese empleo de esfuerzo".[30] Aparentemente, esto no es otra cosa que la definición de una posición de garante absolutamente ilimitada, y por eso no es nada más que una mera afirmación, una pura decisión adoptada como remedio para rellenar fórmulas circulares y vacías de contenido.

La figura de la "competencia institucional" que Jakobs ofrece no es mejor, sino más bien aún más cuestionable. Ella estaría determinada a través de un *status* del autor en relación con el bien jurídico. Este *status* estaría vinculado a contextos de reglas previamente dadas y, en todo caso, disponibles en límites estrechos, como en el caso de los padres, tutores o funcionarios públicos y, por consiguiente, el *status* estaría vinculado a instituciones.[31] En tanto que Jakobs se refiere con ello a reglas jurídicas que no son jurídico-penales, sino sobre todo del derecho civil, se expone a una crítica doble, tanto en el plano metodológico como de contenido. El hecho de tener que recurrir a reglas de derecho civil sobre los derechos y deberes de los padres o tutores, muestra claramente que Jakobs debe buscar la vía para rellenar sus fórmulas vacías en el positivismo legal, intentando recurrir a otros campos del derecho porque el derecho penal no puede dar la respuesta. Este recurso no aporta una solución para el problema de fondo, pues como ya sabemos,

(29) Schünemann (*supra*, nota 6), p. 48 y ss., 54 y ss., 168 y ss., 195; El mismo, en: Hirsch/Weigend (*supra*, nota 7), p. 150; El mismo, GA 1995, 341, 375 y ss.; sobre la concepción de Jakobs de la omisión cf.: Gimbernat/Schünemann/Wolter (comps.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, p. 49, 50 y ss.

(30) Jakobs (*supra*, nota 11), 2. ed., 28/14.

(31) Jakobs (*supra*, nota 11), 2. ed., 7/70.

desde los trabajos de Schaffstein y Nagler de los años treinta, los deberes del derecho civil no pueden dar lugar a deberes jurídico-penales.[32] Esto quizás no le molesta a Jakobs, pues él supone poder derivar la pena en general de la mera lesión a la norma. Mientras que Jakobs se quiera referir con la "competencia institucional" a instituciones jurídicas fuera del derecho penal, ello es un retroceso a la obsoleta teoría formal del deber jurídico. Pero si Jakobs permitiera que también las instituciones sociales fueran suficientes, a favor de lo cual hablan sus consideraciones sobre instituciones de elemental peso (como en una relación especial de confianza[33]), en primer lugar, sería infiel a su propio punto de vista normativista, pues se referiría a la relación de los hombres como individuos y no como "personas" y, en segundo lugar, debería derivar consecuencias jurídicas de premisas sociológicas, y por ello empíricas, lo cual lo conduciría a la falacia naturalista que él mismo critica tan severamente.

3. Finalmente, quisiera hacer algunas consideraciones acerca de las nuevas declaraciones de Jakobs sobre el concepto de dolo, que él asimismo ha definido en su manual comparativamente de un modo naturalista,[34] pero para el que entretanto requiere una equiparación con lo que él ha denominado "imprudencia dirigida" (*gerichtete Fahrlässigkeit*). Con este término se refiere a la falta de conocimiento de la realización del tipo por indiferencia.[35] La fundamentación que Jakobs otorga para esta equiparación es que el concepto tradicional de dolo establecido por el derecho vigente es desacertado en cuanto a la graduación del desvalor, pues el autor que desconoce por indiferencia la posibilidad de la lesión de un bien jurídico es igualmente peligroso para el ordenamiento jurídico.[36] Esta fundamentación no es convincente en lo que respecta a la cuestión de fondo, pero desde un punto de vista metodológico es sumamente interesante, porque por un lado representa una ruptura en el normativismo radical que últimamente sostiene Jakobs y, por otro lado, justamente a través de ello pone en claro cómo debe presentarse la estructura de una argumentación no circular normativista. En la cuestión de fondo, el argumento de Jakobs es desacertado, porque el autor absolutamente indiferente y que por esa razón no ha reconocido la posibilidad de la lesión del bien jurídico, no posee la capacidad de conducción y, con ello, tampoco el dominio del hecho, de modo tal que su peligrosidad para el ordenamiento jurídico es sólo casual y, en consecuencia, disminuida – como en los otros delitos imprudentes. Por

(32) Nagler. *GS 111* (1938), 1, 23 y ss. y continuación en p. 122 y ss.; del mismo modo, ya Schaffstein, Festschrift für Graf Gleispach, 1936, p. 70 y ss.; El mismo, DJZ 1936, 767 ff.

(33) Jakobs (*supra*, nota 11), 2. ed., 29/58.

(34) "Dolo es saber que la realización del tipo depende de la ejecución voluntaria(!) de la acción, aunque ella sea en sí no querida. Formulado brevemente: *Dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias*" (*supra*, nota 11), 2. ed., 8/8.

(35) Jakobs, ZStW 101 (1989), 516, 530, 531 y ss.

(36) Jakobs (*supra*, nota 35), 529 y s.

supuesto que, en lo que se refiere al aspecto metodológico, la argumentación de Jakobs es, a su modo, una demostración estructuralmente correcta, es decir, desarrollada con ayuda de una reducción medio-fin desde los fines sociales concretos del derecho penal (a la luz de la protección del bien jurídico). Y justamente a través de ello se ve claramente que el nuevo sistema de Derecho penal de Jakobs es un callejón sin salida, acuñado sobre la base de Hegel como pared de fondo, y reducido a un círculo vicioso a través de la eliminación de fines externos fuera de la confirmación de la validez de la norma.

4. Resumo mis consideraciones en el sentido de que el normativismo radical, tal como se nos presenta en la nueva versión del sistema penal de Günther Jakobs, constituye en mi opinión un callejón sin salida en la dogmática jurídico-penal. Por este motivo, quisiera culminar esta parte de mi conferencia invirtiendo de un modo polémico lo expresado por Jakobs y que ya ha sido mencionado, con la esperanza de que se provoque un vivo debate: la dogmática penal radicalmente normativista se quiebra no menos a fondo, de lo que ella se hubiera impuesto en algún momento.

4. Límites y déficits de una dogmática jurídico-penal ontologista

1. Por supuesto que los resultados hasta aquí obtenidos no significan de ninguna manera que debiéramos retornar por ejemplo a un ontologismo en el sentido del *naturalismo* penal dominante en Alemania entre los años 1870 y 1900. Su creencia de poder resolver todo problema de imputación penal mediante el concepto ontológico causal acaba no sólo en una burda falacia naturalista, sino también en la formulación de toda una serie de teorías sin sentido, que han conducido a la ciencia jurídico-penal alemana a muchos extravíos y aún hoy son para ella en parte una carga. En efecto, el concepto causal naturalista condujo forzosamente a la teoría de la equivalencia y, con ello, toda diferenciación entre aportes causales importantes y menos importantes quedó aparentemente a merced de ser juzgado como poco científico.[37] El empobrecimiento resultante del tipo objetivo hizo seguramente necesario el desarrollo de teorías subjetivas, las que fueron rápidamente desarrolladas por el influyente juez del Tribunal del Reich (*Reichsgericht*) Maximilian v. Buri, logrando imponerse en gran parte con consecuencias funestas en la jurisprudencia del Tribunal del Reich. Si tuviera más tiempo podría describir un proceso que es muy instructivo por mostrar claramente los errores que se cometían. Este proceso consistía en líneas generales en que, para cuestiones genuinas de imputación objetiva, se buscaban criterios subjetivos que no existían en la realidad y que eran finalmente fingidos. La teoría subjetiva de la participación, con su presentación de meras ficciones, monstruos dogmáticos del *animus auctoris* y del *animus so-*

[37] V. Buri. *Über Causalität und deren Verantwortung*, 1873; El mismo, *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885.

cii,[38] no es ni siquiera el ejemplo más triste que haya sido creado desde la "caza" casi tragicómica de la causalidad en los delitos de omisión, que creía por algunos ser hallada en la injerencia,[39] y por otros en la represión de los motivos que impulsan a la acción de salvamento.[40] También la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, que internacionalmente es una de las particularidades más discutidas del derecho penal alemán,[41] fue originariamente un fruto de la doctrina naturalista, la que rechazó la posibilidad de distinguir entre tentativas peligrosas y no peligrosas sobre la base de la teoría de la equivalencia, y por eso desarrolló forzosamente para el fundamento de la tentativa una teoría subjetiva, que otra vez fue impuesta por el miembro del Tribunal del Reich v. Buri.[42] Aquí existe, por supuesto, un paralelismo digno de atención entre el naturalismo penal y el finalismo, el que, a raíz de su acentuación del desvalor de acción, perseveró, ahora con una mejor fundamentación, en la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea.[43] Pero esta continuidad meramente externa no puede engañar, en el sentido de que entre un naturalismo penal, que en definitiva acaba en una burda falacia naturalista, y el finalismo, existe una enorme diferencia. Esto ya es obvio, si se lo considera desde la perspectiva de la evolución histórico-dogmática, pues el naturalismo fue primero relevado por el neokantismo que dominó cerca de tres decenios y representó una variante del normativismo, que aquí no puedo presentar en detalle.[44] Después Welzel desarrolló el finalismo en

(38) En contra, contundente, Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. ed., 1963, 7. ed., 2000, p. 51 y ss., 90 y ss.; Mi propio veredicto sobre la mounstrosidad de la teoría del ánimo es aún más severo, cf. Schünemann, GA 1986, 328 y ss.

(39) Acerca de la creación de la teoría de la injerencia desde consideraciones puramente causales: Krug, *Commentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen*, 1855, p. 83; El mismo, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, 1855, t. II, p. 34 y ss.; Glaser, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, 1858, t. 1, p. 289, 303; Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, t. 1, p. 81. Crítica realizada por Schünemann, GA 1974, 231, 232; El mismo, ZStW 96 (1984) 287, 290, como así también detalladamente sobre la historia dogmática Rudolphi, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, p. 154 y ss.

(40) En forma de la denominada teoría de la interferencia, ver al respecto V. Buri, GS 21 (1869), 199 y s.; El mismo, GS 27 (1875), 26 y ss.; El mismo, GS 56 (1899), 445 y ss.; El mismo, ZStW 1 (1881), 400 y ss.; Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, t. 1, p. 241; Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2. ed., 1914, t. 2, 1.ª parte, p. 556, 588.

(41) Cf. Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ed. 1996, p. 527 y ss.; Naka, en: Hirsch/Weigend (*supra*, nota 7), p. 93 y ss.

(42) V. Buri, GS 19 (1867), 71 y ss.; El mismo, GS 20 (1868), 325 y ss.; El mismo, GS 32 (1880), 357 y ss.

(43) Welzel. *Das Deutsche Strafrecht*. 11.ed., 1969. p. 192 y ss.

(44) Mi propia opinión se encuentra en: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (*supra*, nota 6), p. 27 y ss.

crítico debate contra el naturalismo, como así también contra el neokantismo, y no sólo presentó su posición como una síntesis entre ambos,[45] sino que integró en su sistema en la primera fase algunas veces también elementos normativos, como ha sido confirmado por sus críticos desde Roxin a Cancio.[46]

2. Sería una tarea tentadora, pero que excedería el marco que se me ha otorgado, analizar sine ira et studio la mezcla de argumentos ontologistas y normativistas en el finalismo moderado, representado desde la muerte de Welzel en primera línea por José Cerezo Mir y Hans-Joachim Hirsch, y efectuar una comparación por ejemplo con la estructura de argumentación del manual de Claus Roxin. En el marco de sus fundamentaciones político-criminal-teleológicas conforme a la lógica de la reducción medio-fin, la realidad existente más allá del derecho debe ser admitida y por ello considerada. Por este motivo, la diferencia entre estas dos formas de pensamiento del mos finalis y del mos roxiniensis, que han sido hostiles durante mucho tiempo, es esencial en la teoría de la dogmática, pero en el trabajo práctico dogmático es sólo gradual. Para referirme ahora, al menos a modo de esbozo, a la noción que tengo de la relación entre el ontologismo y el normativismo, puedo ofrecer como único ejemplo la teoría normativa de la imputación objetiva, de la que Roxin se ha ocupado en detalle, y que no puede ser reemplazada por el criterio ontologista del alcance del dolo, como lo hacía la posición finalista defendida durante mucho tiempo.[47]

5. La síntesis indispensable

1. Para tener la clave en la determinación de la relación entre ontologismo y normativismo, debemos regresar al punto de partida de la dogmática penal, del cual me ocuparé en este punto. En la dogmática penal se trata de la formación del derecho, es decir, de la creación de las prescripciones de deber ser. El método tradicional de la formación del derecho en los sistemas jurídicos continental-europeos, cuyo fundamento son las leyes dictadas por el legislador, es la interpretación de las prescripciones en particular mediante definición y subdefinición de los términos utilizados por el legislador. Las prescripciones de la parte general del derecho penal, que anteriormente sólo existían en fragmentos y aún hoy son muy incompletas, operan con conceptos jurídicos sumamente indeterminados. Por esta razón, antes de que sea realizada la interpretación convencional de la ley, deben ser desarrollados primeramente principios fundamentales (que en relación son

(45) Welzel (*supra*, nota 8).

(46) Roxin (*supra*, nota 3), p. 72 y ss., 88, 99 (especialmente nota 66), 100 y ss., 122, de donde justamente son inferidas contradicciones sistemáticas; Cancio Meliá, GA 1995, 179 y ss.

(47) Esto tiene que ser en definitiva también admitido actualmente por Hirsch en: *Festschrift für Lenckner*, 1998, p. 119, 123 y ss., 141, en contra de su oposición verbal, que aún continúa, cf. al respecto mi análisis en GA 1999, 207, 227 y ss.

pocos) de un modo al que me referiré a continuación, y ellos deben ser concretizados de acuerdo a la materia jurídica, es decir, a las diferentes constelaciones de la realidad de la vida. La diferenciación entre normas y principios que, dicho sea de paso, ha desarrollado ya el civilista alemán Josef Esser en los años cincuenta,[48] pero por la cual sólo Dworkin[49] se ha hecho famoso, e incluso Alexy la ha adoptado para la teoría de los derechos constitucionales,[50] es en la dogmática jurídico-penal – si es que lo puedo formular de este modo – archiconocida. Mientras que la teoría de los derechos fundamentales (en virtud de la gran cantidad de principios que rivalizan entre ellos y que frecuentemente son contrarios) a fin de cuentas sólo tiene para ofrecer limitados resultados fundados científicamente, la situación inicial para la dogmática jurídico-penal era sumamente favorable. Pues, las posibilidades de una formación científica del derecho sobre la base de principios son, en la parte general del derecho penal, tan ricas y favorables como en ninguna otra parte del ordenamiento jurídico. Ello se debe al reducido número de estos principios, su significación fundamental, la relación entre ellos libre de antagonismos y, finalmente también, por estar desde hace mucho tiempo firmemente arraigados históricamente, mucho más allá del debate constitucional moderno.

2. a) Toda la parte general del derecho penal puede ser desarrollada desde dos principios básicos que determinan el hecho punible: el principio de la dañosidad y el principio de culpabilidad. La línea de desarrollo histórica del principio de culpabilidad, del cual quisiera ocuparme un poco más detalladamente, se remonta por lo menos al derecho canónico de la Edad Media.[51] Su singular y sobresaliente significación para la actualidad no se basa en esta profunda dimensión histórica como tal, sino en la circunstancia de que todo cambio cultural de los últimos mil años ha puesto de relieve cada vez más claramente y ha subrayado cada vez más la corrección e importancia del principio de culpabilidad, de modo tal que la historia del principio de culpabilidad es la historia de su realización de forma cada vez más pura. Su función central consiste precisamente en legitimar la aplicación del cruel mal de la pena al afectado mismo. Justamente a esto se dirige también el aspecto más convincente en la teoría de la pena de Emanuel Kant, cuando escribe que el delincuente no puede ser utilizado sólo como medio para alcanzar otros fines, pues contra ello lo protege su personalidad innata.[52] Quien cuenta con ese derecho a protección es, si hago uso una vez de la terminología de Jakobs, el individuo y no la persona, es decir, el hombre real individual y no el portador de

(48) Esser. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956. p. 49 y ss., 73 y ss., 219 y ss., 336 f.

(49) Dworkin. *Taking Rights Seriously*. 2. ed., 1978. p. 14 y ss., 46 y ss.

(50) Alexy. *Theorie der Grundrechte*, 1986. p. 71 y ss.

(51) Cf. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, 1935; Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts I*, 1895, p. 136 y ss.; Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, 2. ed., 1965.

(52) Kant. *Die Metaphysik der Sitten*, 1797. p. 196.

roles generalizado, pues el mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto, sino a un hombre real de carne y hueso. En consecuencia, el reemplazo que propone Jakobs del individuo por la persona como mero portador de un rol en derecho penal destruye justamente su legitimación. Por esa razón, debe también ser rechazado.

El hecho de infligir un mal puede ser legitimado frente al afectado mismo sólo cuando él debía evitarlo y también podía evitarlo, es decir, cuando el hecho punible que desencadenó la pena era para él evitable y también cuando la evitación le era exigible. El denominado concepto de culpabilidad normativo, introducido desde hace cien años,[53] supone dos cosas: la evitabilidad individual del hecho y la exigibilidad de su evitación.[54] Con este reconocimiento tenemos sin querer ya un ejemplo para la relación entre normativismo y ontologismo en la dogmática jurídico-penal. Pues, mientras que la determinación de la culpabilidad como reprochabilidad queda aún completamente en el campo normativo, o mejor digamos: en el campo del lenguaje prescriptivo, hemos obtenido de ello las premisas absolutamente empíricas de la evitabilidad individual pertenecientes al lenguaje descriptivo, aplicando el principio de Hans Albert, denominado "de puente":[55] "deber supone poder-hacer".

b) Permítanme considerar más en detalle esa concretización o desarrollo del *principio de culpabilidad*, pues ello tiene en mi tema una significación ejemplar. La operación lógica que conduce del juicio normativo de la reprochabilidad al requisito parcialmente empírico de la evitabilidad y al otro requisito, también normativo, de la exigibilidad, no es ni una deducción ni una inducción y podría por eso ser caracterizada como una conclusión de abducción en el sentido de Peirce, sobre cuyos detalles lógicos no necesito expresarme aquí.[56] El punto de partida es claramente normativo y no puede ser reemplazado por ninguna estructura ontológica, previa al derecho, sin caer en una falacia naturalista. Sin embargo, una valoración nunca existe por sí misma, sino siempre en relación a un supuesto de hecho que está siendo valorado, y la tarea del científico penal consiste sólo

(53) Habiendo sido dado el primer impulso para este desprendimiento (marcado por el reemplazo del naturalismo por el neokantismo) del concepto psicológico de culpabilidad para pasar al concepto normativo de culpabilidad por un artículo más bien incidental, cf. Frank, *Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen*, 1907, p. 3 y ss.; Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, p. 101 y ss.; Schünemann (*supra*, nota 6), p. 2, 32.

(54) De acuerdo con los dos grados de la categoría de la responsabilidad en forma de la evitabilidad individual como primer grado y una necesidad preventiva como segundo grado, reconocidos por Roxin luego de una inicial absolutización de la referencia a las teorías de la pena, cf. Roxin, *AT I* (*supra*, nota 5), § 19 IV; El mismo, ZStW 96 (1984), 641, 652; El mismo, SchwZStr 104 (1987), 356, 369; El mismo, *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, p. 519.

(55) Cf. Albert, *Traktat über kritische Vernunft*, 3. ed., 1975, p. 76.

(56) Al respecto tan sutil como exhaustivo L. Schulz, *Das rechtliche Moment der pragmatischen Philosophie von Charles Sanders Peirce*, 1988, p. 244 y ss.

en encontrar los supuestos de hecho a los que es aplicable la correspondiente valoración. Para el análisis de las operaciones de pensamiento necesarias es útil, a su vez, la filosofía analítica del lenguaje, pues todo el trabajo dogmático jurídico se desarrolla en el marco del lenguaje. Aquí deben ser distinguidos dos aspectos como dos cuestiones diferentes, que en el debate de los últimos decenios han sido frecuentemente mezclados uno con el otro, lo cual ha conducido a poca claridad, pudiendo ser esto evitado. La diferenciación entre las consideraciones normativistas y ontologistas acaba, haciendo un análisis preciso filosófico lingüístico, en la diferenciación entre proposiciones del lenguaje prescriptivo y proposiciones del lenguaje descriptivo. Lógico-formalmente no existe ninguna conclusión de un lenguaje en el otro, pues la falacia naturalista a la que nos hemos referido muchas veces, corresponde, por el otro lado, a la falacia normativista, que en Alemania se ha convertido en proverbio, en la forma de que no puede ser lo que no debe ser. Pero hay "principios puente" que resultan de la lógica implícita de las prescripciones de deber, y ya he mencionado la más importante, que consiste en que el deber supone el poder-hacer. Más allá, existe un fenómeno, que quisiera denominar la "superposición del lenguaje coloquial", y que consiste en que en un juicio de valor están implícitos frecuentemente casos reales, pues las reglas de aplicación de un predicado de valor determinado son evidentes a raíz del ejercicio histórico o del contexto. De ahí que la clara separación analítica entre lenguaje prescriptivo y descriptivo sea completamente transparente en el lenguaje coloquial, que es el medio del derecho, y con ayuda de todos estos factores es posible atribuir a conceptos empíricos conceptos de valor sin arbitrariedad. Esto se puede hacer hasta determinado grado, frecuentemente incluso hasta un alto grado, y ello significa: de un modo científico. Por supuesto que, con frecuencia, también los conceptos empíricos son aún relativamente indeterminados, es decir, que por lo general tienen sólo un pequeño núcleo de significado (*Bedeutungskern*), pero un gran campo de aplicación del significado (*Bedeutungshof*). A su vez, la precisión dentro de ese campo de aplicación del significado sólo puede ser lograda con argumentos teleológicos, y en derecho penal criminalpolítico-teleológicos. De ahí que en la dogmática penal nos hemos acostumbrado a caracterizar como normativos a conceptos que en sí son empíricos, pero que son todavía indeterminados y que por ello están destinados a ser precisados de un modo jurídico-teleológico. Eso también vale para aquellos conceptos que son precisos en su contenido o sentido (comprensión o intensión), pero que en su aplicación encuentran dificultades empíricas considerables, y por ello manifiestan un alcance (extensión) no claro, es decir una indeterminación respecto de los casos reales a subsumir en ellos.[57]

c) Permítanme dar tres ejemplos de estas tres categorías de conceptos. El concepto de la exigibilidad como premisa del reproche de culpabilidad es aún un

[57] Acerca de estas categorías básicas de la semántica cf. Patzig (comp.), *Funktion, Begriff, Bedeutung*, 4. ed., 1975; El mismo, *Sprache und Logik*, 1970, p. 77 y ss.; Carnap, *Bedeutung und Notwendigkeit*, ed. alemana, 1972; Weingartner, *Wissenschaftstheorie II/1*, 1978, p. 104 y ss.

concepto puramente normativo, que por de pronto no deja reconocer los supuestos de hecho empíricos que abarca. Por el contrario, el concepto de evitabilidad individual como una premisa más del reproche de culpabilidad es en sí un concepto puramente empírico, determinado en lo que respecta a su significado, pero que en la práctica se enfrenta a considerables problemas de aplicación, comenzando por la cuestión de la libertad de voluntad hasta los problemas de diagnóstico ante enfermedades psíquicas o mentales.[58] Finalmente, y como tercer ejemplo, el concepto de puesta en marcha de un suceso (*unmittelbares Ansetzen zur Tat*), que fija el comienzo de la tentativa punible según el § 22 del Código Penal alemán, es en sí mismo un concepto empírico, pero al mismo tiempo también un concepto sumamente indeterminado, cuya ulterior precisión sólo puede ser lograda con métodos criminalpolítico-teleológicos.

3. Como último punto central claramente normativo se encuentra a disposición aquel segundo principio fundamental del derecho penal, que debería haber mencionado en primer lugar si hubiera hecho una consideración sistemática, ya que no sólo es lisa y llanamente la base del concepto de delito, sino también el requisito indispensable para el juicio de culpabilidad. Este principio consiste en que en el delito debe tratarse de un comportamiento *socialmente dañoso*. La exigencia de este requisito básico ha sido lograda en la época de la Ilustración,[59] fundamental para nuestro derecho penal moderno. Por este motivo tiene raíces históricas más profundas que toda otra Constitución estatal actual y ha perdurado dos siglos en la metamorfosis que tiende a la teoría de la *protección del bien jurídico*,[60] a pesar de toda clase de impugnaciones y marginalizaciones. El princi-

(58) Acerca de los considerables problemas teórico-científicos y metodológicos, a modo de planteamiento, Schünemann, en: Hirsch/Weigend (*supra*, nota 7), p. 165 y ss.; con el ejemplo de cómo la práctica forense trata el § 20 StGB (Código Penal alemán) Verrel, ZStW 106 (1994), p. 332; El mismo, *Schuldfähigkeitsbegutachtung und Strafzumessung bei Tötungsdelikten*, 1995; En general Luthe, *Die zweifelhafte Schuldfähigkeit*, 1996.

(59) Es fundamental el escrito que se ha convertido en poco tiempo en bien común en ámbitos de instrucción en Europa: Beccaria, *Von Verbrechen und Strafen*, 1764, citado según la edición alemana de Alff, 1966, p. 53 y ss., 61 y ss., 65 y ss., especialmente p. 65 ("conforme al daño producido a la sociedad"); sobre la base de este escrito, el "Beccaria alemán": Hommel, en el denominado "discurso Hommeliano" (*Hommelischen Vorrede*) en: Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, v. Lekschas (comp.), 1966, p. 2 y ss. (original: 1778); El mismo, *Über Belohung und Strafe nach türkischen Gesetzen*, reedición de 1970, §§ 128, 133 (original: 1778).

(60) Que se remonta, como es sabido, a dos artículos de Birnbaum, *Archiv des Criminalrechts Neue Folge 15* (1834), 149 y ss.; 17 (1836), 560 y ss. La calificación de estos dos artículos de antiliberales, en adhesión a Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 45 y ss., se ha convertido en usual (al menos esa es la tendencia). Esta calificación de antiliberal supera los acontecimientos históricos, pues la reducción del concepto de delito a la lesión del derecho, realizada por Feuerbach en adhesión a Kant, había significado un fuerte estrechamiento formal frente a la teoría (material!) de

pio de dañosidad social o el principio de la protección del bien jurídico es también imprescindible como punto crucial para toda argumentación teleológica en el campo del ilícito penal. Al respecto, considero que dos cuestiones son realmente una catástrofe para la ciencia jurídico-penal alemana. Por un lado, el hecho de que el Tribunal constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) en la sentencia referida al consumo de estupefacientes (*Cannabis-Urteil*, BVerfGE 90, 145) haya dejado de lado este requisito con una argumentación que me parece en parte casi frívola y, por otro lado, el hecho de que un gran número de científicos jóvenes del derecho penal alemán haya coincidido con los postulados del Tribunal Constitucional.[61]

Frente a esto, hay que insistir con toda firmeza en que el principio de protección del bien jurídico (principio de dañosidad social), debido a que tiene directamente sus raíces en el contrato social como base de toda teoría constitucional, no puede ser abandonado a favor de cualquier débil precaución que el Tribunal constitucional alemán ha desarrollado por ejemplo a través del art. 2, ap. 1 de la Constitución alemana (GG) frente a intervenciones estatales. También hay que insistir en que las dificultades de la delimitación de este principio en primer lugar no pueden comprometer al principio como tal y, en segundo lugar, ellas son en primera línea una consecuencia del tratamiento pusilánime y negligente que los límites del derecho penal han tenido que soportar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.[62] Ello ha conducido a que el nivel del control, precisamente en el campo de las intervenciones más destructivas del Estado en la existencia civil, es mucho menor que por ejemplo en el campo del derecho impositivo o de familia. Y, desde el punto de vista metodológico, la dogmática jurídico-penal se despediría como ciencia independiente, si abandonara el principio de protección del bien jurídico (principio de dañosidad social) como su fundamento,[63] el cual limita la arbitrariedad legislativa y, por eso, sirve también en el trabajo de interpretación como línea de orientación superior.[64] Por este motivo, Claus Roxin se ha atenido

la dañosidad social de la ilustración, de modo tal que Birnbaum reestableció la continuidad de la idea de la ilustración no en el concepto, pero sí en la cuestión en sí misma, cf. por ejemplo respecto de su posición (criticada por Amelung en p. 47) acerca de la religión como bien jurídico del pueblo, la misma apreciación en Beccaria (*supra*, nota 59), p. 72.

(61) Lagodny. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996. p. 64 y ss., 130 y ss., 247 y ss., 455 y ss.; Vogel. *StV 1996*, 110; Appel. *Verfassung und Strafe*, 1998; Sternberg-Lieben. *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 1997. p. 508 y ss.

(62) Véase al respecto el excelente panorama dado por Tiedemann, en: *40 Jahre Grundgesetz*, 1990, p. 155 y ss.

(63) Por lo que Kuhlen ha puesto en tela de juicio ya hace tiempo la compentencia de la ciencia jurídico-penal para criticar al legislador, en: *Eser/Hassemer/Burkhardt, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 57, 73.

(64) Advertencia considerando la limitación del pensamiento de protección de los bienes jurídicos a través del principio de ultima ratio, véase Schünemann, *Festschrift für Bockelmann*, p. 117, 126 (límite que impone la letra de la ley), 129 (protección del bien jurídico).

acertadamente en su manual a la fórmula de la ultima ratio para la protección del bien jurídico, como fundamento limitador del derecho penal,[65] y Hefendehl acaba de demostrar convincentemente que el campo de los bienes jurídicos colectivos (el cual durante décadas no salía de trivialidades) es accesible a un análisis preciso y con ello también a una delimitación lo suficientemente exacta.[66]

4. Para resumir mis últimas consideraciones: He intentado poner en claro que el punto de partida del trabajo dogmático consiste en principios normativos. En derecho penal existen los principios fundamentales de la dañosidad social y de la culpabilidad, que suministran infinitamente mejores condiciones para el desarrollo científico y concretización que, por ejemplo, el variado catálogo de derechos fundamentales. Mientras que este punto de partida normativo no puede ser reemplazado por expresiones ontológicas, las circunstancias empíricas pasan a desempeñar paso a paso cada vez más el papel fundamental en el desarrollo concretizador de los principios normativos. Este papel fundamental resulta de los denominados "principios-puente", de los "enredos" que ocurren en el lenguaje coloquial respecto del lenguaje prescriptivo y descriptivo, como así también en general del hecho de que un juicio de valor no puede existir sin un supuesto de hecho sobre el que recae la valoración, y de que el juicio de valor es necesariamente falso, si parte de suposiciones incorrectas acerca del supuesto de hecho. Dejando de lado la circunstancia de que me adhiero claramente al punto de partida normativo de la dogmática penal, me parece también evidente, ya debido al principio normativo de tratar igualmente a lo que es igual, que la valoración jurídica no puede atreverse a tratar los hechos de un modo contradictorio, es decir, a hacer una clasificación de los hechos contraria a la valoración proclamada. Obviamente, siempre es necesario hacer un estudio analítico exacto acerca de a qué premisas de la realidad no es posible renunciar al realizar una determinada valoración. En este contexto, no se puede pasar por alto un reproche que, en mi opinión, es necesario hacer al finalismo. En efecto, en su intento de presentar a la teoría estricta de la culpabilidad como una consecuencia forzada de la estructura final de la acción, ha juzgado equivocadamente y también sobreestimado las consecuencias normativas que se extraen de un reconocimiento ontológico determinado.[67] Además, ha intentado desacertadamente estilizar en alto grado la diferen-

(65) Roxin, *AT I* (*supra*, nota 5), § 2, núm. marg. 38 y ss.

(66) Hefendehl. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2001, passim, con lo cual se debilitan en mi opinión también los reparos de Stratenwerth, *Festschrift für Lenckner*, 1998, p. 377 y ss.

(67) Pues, si de algún modo se formulara una teoría jurídico-penal del error partiendo de estructuras ontológicas, ésta sería la teoría de los elementos negativos del tipo, véase Schünemann, en: Schünemann/Figueiredo Dias (comps.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, p. 149, 175 y ss., edición española a cargo de Silva Sánchez, "Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal", *Libro Homenaje a Claus Roxin con ocasión de su honoris causa*, Universidad de Coimbra, 1995, p. 205 y ss.

ciación entre el nivel de la tipicidad y la antijuridicidad (bajo el aspecto valorativo directriz de la dañosidad social), y ha elevado esta diferenciación hasta colocarla en un puesto central en la actividad de formación del derecho. Con ello, ha cometido el error de llegar a lo que he denominado "hiperdimensión" (*Hyper-Überkragung*) sistemática, que consiste en que, en el marco de la *contingencia*, es decir, de una multiplicidad de posibilidades de regulación que posibilitan tanto el principio normativo rector, como la estructura lógico-objetiva, se afirma equivocadamente que sólo es posible sostener estrictamente una sola solución.[68]

Sin embargo, dejando de lado estos extremos del finalismo, considero acertado el punto de partida de Welzel de que si no se considera a la realidad se puede llegar a una regulación jurídica incorrecta. En el caso de una ley, ello podría conducir a su inconstitucionalidad. La interpretación de las leyes está obligada sin excepción a lograr una regulación correcta y, por ese motivo, tiene que desarrollar los principios normativos de modo tal que sean tomadas en cuenta las estructuras ontológicas y, a decir verdad, no sólo las verdades eternas, sino también las estructuras de la realidad social quizás variables, pero que existen actualmente de un modo determinado.

6. El entrelazamiento de la consideración normativa y ontológica en particular

1. Parece casi una perogrullada resumir mis reflexiones diciendo que el derecho tiene que tomar en cuenta a la realidad, pero que ello sin embargo sólo puede ser apreciado a través de un análisis sutil según el caso, que consista en averiguar si una regulación jurídica determinada está en contradicción con las circunstancias naturales o si sólo las descuida de buena razón como irrelevantes en el contexto de la propia regulación.

Esto me conduce a dos tesis finales que a su vez quisiera explicar a través de dos ejemplos:

(1) En una aplicación correcta de la dogmática jurídico-penal, los puntos de vista normativista y ontologista no se excluyen entre sí, sino que se complementan uno al otro. En efecto, el punto de partida normativo decide qué estructuras de la realidad son relevantes jurídicamente. Al mismo tiempo, en el ulterior desarrollo y concretización de los principios normativos deben ser tomados en consideración los detalles de la estructura de aquel sector de la realidad que es declarado normativamente como relevante.

(2) En el discurso dogmático concreto, los argumentos normativos y empíricos van vinculados unos con otros y se entrelazan como en una rueda dentada,

[68] Cf. fundamentalmente acerca de la relación entre tipo, ilícito y culpabilidad mi aporte en: Schünemann/Figueiredo Dias (comps.) (*supra*, nota 67), p. 149 y ss., ed. española: p. 205 y ss.

con lo cual no se llega por lo general a conflictos o contradicciones, ya que los juicios normativos se refieren siempre a la realidad y son emitidos en el marco del lenguaje coloquial, el que no se desarrolla arbitrariamente, sino que en la mayoría de los casos reproduce siempre la realidad.

2. a) Como aclaración de mi tesis de que la realidad encuentra lugar en el discurso normativo haciendo uso de una "treta" de la razón, en virtud del sistema de signos utilizados, me remonto a un ejemplo famoso de Wittgenstein, que él ha aportado para sustentar justamente la tesis contraria, que se basa en la absoluta arbitrariedad de la atribución de sentido en los sistemas de signos.

Wittgenstein cuestiona cómo es que una flecha señala para nuestro entendimiento intuitivo hacia la dirección en que se encuentra su punta, y no así hacia la dirección contraria.[69] La respuesta me parece al mismo tiempo fácil y fundamental. El símbolo de la flecha ha sido creado a partir de la observación de la realidad, del hecho de que una flecha sólo logra recorrer un largo trecho y alcanzar un objetivo si es lanzada con el arco con la punta hacia adelante. Por consiguiente, la estructura física de la realidad y la experiencia obtenida del crecimiento de la humanidad de cómo se tiene que colocar la flecha y el arco para cazar, son los que construyen los fundamentos ontológicos para un sistema de señales que utiliza una flecha como símbolo. Si del ejemplo tan sencillo de la flecha avanzamos a las complicadas estructuras de signos y a las redes de significado del lenguaje coloquial, podría demostrarles entonces, si tuviera más tiempo, a través de innumerables ejemplos, que se trata del reconocimiento y de la representación simbólica de la realidad, y que la realidad, por consiguiente, muestra por todos lados la base ontológica de los usos del lenguaje.

b) El hecho de que el *lenguaje coloquial* tenga raíces ontológicas proporciona la base ontológica más importante del derecho, debido a que el derecho se encuentra envuelto en el marco del lenguaje coloquial. Ningún dogmático jurídico-penal puede escaparse de él; tampoco Jakobs, porque, a pesar de toda su acrobacia lingüística digna de admiración, sólo puede trabajar con el lenguaje coloquial, y no con otro medio. Quisiera aclarar con el siguiente ejemplo la relevancia que poseen los objetos empíricos para la concretización del juicio de valor jurídico.

Entre los principios más abstractos del derecho penal se encuentra la definición del comportamiento imprudente a través de la violación del deber de cuidado requerido.[70] ¿Cómo se puede determinar tan precisamente el cuidado requerido, de forma tal que puedan ser subsumidos en él los casos concretos de la vida corriente? La jurisprudencia utiliza, como es sabido, la fórmula del hombre prudente del ámbito de relación del autor,[71] pero ¿cómo se determina esa medida

(69) Wittgenstein. "Philosophische Untersuchungen", *Werkausgabe I*, 1989. n. 454.

(70) Jescheck/Weigend (*supra*, nota 41), p. 565 y ss., 577 y ss.; Schönke/Schröder/Cramer. *StGB*. 25. ed., 1997, § 15 núm. marg. 116 y ss.; Kühl. *Strafrecht AT*. 3. ed., 2000, § 17 núm. marg. 22 y ss.

(71) BGHSt 7, 307, 309 y s.; 16, 145, 161; 20, 315, 321; BGH NStZ 91, 30.

misma del hombre medio, que no existe realmente sino que es una ficción? Si uno se atuviera sencillamente a cómo se comportan de hecho los hombres, entonces se estaría extrayendo el deber-ser del ser mismo, lo cual es inadmisible, como sabemos desde Hume y Kant. Pero, sobre todo, de esa manera no se puede averiguar si realmente se trata de un comportamiento prudente, ya que puede ocurrir que en la vida social se haya convertido en una costumbre la realización de comportamientos abusivos que en realidad sean inaceptables desde el punto de vista de la puesta en peligro de otros. Un ejemplo de ello son las prácticas realizadas sobre las autopistas alemanas, que recuerdan algunas veces a las carreras de coches de la Fórmula 1.

Por este motivo, para determinar más de cerca la medida de cuidado, no es posible evitar recurrir a un proceso de ponderación complejo. En este proceso deben ser considerados diversos aspectos, como la utilidad de la actividad en cuestión, su grado de riesgo, la posibilidad de adoptar medidas que disminuyan el riesgo y la exigibilidad por medidas de autoprotección de la víctima potencial, por mencionar aquí sólo algunos de los parámetros relevantes.[72] De este modo, la estructura del concepto de imprudencia parece ser, a primera vista, una prueba para una dogmática jurídico-penal que sea puramente normativista, porque ante un proceso semejante de ponderación, nos hemos acostumbrado a hablar de una cuestión normativa. En realidad, en una búsqueda tal de la correcta medida de cuidado no se puede hablar aisladamente del logro de un resultado ontológico o normativo. En efecto, desde la perspectiva del mandato jurídico de la protección del bien jurídico, el reconocimiento de las estructuras ontológicas y su valoración normativa son, como tales, ciertamente diferentes para una consideración analítica. Sin embargo, en la actividad práctica de solución del problema jurídico concreto, esas estructuras van vinculadas una a la otra y tienen que unirse estrechamente en una red de fundamentos. Obviamente que el derecho tiene que fijar siempre un objetivo no descriptivo, como por ejemplo, en la fórmula de que al subir y bajar de un medio de transporte, se tiene que evitar al máximo de lo posible la lesión corporal de los pasajeros. En cuanto se aplica esta fórmula prescriptiva a supuestos de hecho concretos, se tiene que tomar en consideración también su estructura ontológica, tal como quisiera mostrar con un ejemplo. Si se quiere subir al metro de una gran ciudad europea, que normalmente está abarrotado de gente, hay que esperar primero hasta que los pasajeros que quieran bajar en la parada en cuestión hayan abandonado el vagón. Esto se puede observar todos los días, tanto en Madrid como en Múnich. De este modo se realiza el intercambio de pasajeros relativamente sin dificultades, y las lesiones corporales

(72) Pues, si se hiciera depender esta cuestión de cómo se comportan las personas efectivamente, ello significaría inferir el deber de categorías del ser, lo cual es inadmisible. Además, de este modo no se podría averiguar si realmente nos hallamos frente a un comportamiento prudente, pues es igualmente posible que en la vida social se hayan generalizado abusos que en realidad son inaceptables desde el punto de vista de la puesta en peligro de otros.

debidas a posibles empujones son reducidas a un mínimo. Traslademos ahora el escenario de Europa a las cuencas del Amazonas, e imaginémonos en vez del metro el lugar de desembarco de un barco de pasajeros. Supongamos que a causa de las variaciones del nivel del agua en el Amazonas no hay ningún embarcadero fijo, sino que los pasajeros esperan permanentemente dentro del río y luego tienen que subir al barco, que se encuentra a cierta profundidad necesaria. Si nos imaginamos entonces en el agua del río numerosas pirañas hambrientas, me parece absolutamente evidente que primero se suba a bordo a los pasajeros que esperan en el agua y sólo entonces se deposite en el agua a los pasajeros que tienen que bajar, sencillamente porque los empujones con los que hay que contar en caso de una aglomeración de gente producen en el saldo final menos lesiones corporales graves que los mordiscos de las pirañas en las piernas. La regla abstracta se mantiene inalterable, pero el mandato concreto de cuidado se ha invertido y la razón de esto es solamente la estructura ontológica de los medios de transporte, a la que se tiene que adecuar la concretización de la medida de cuidado.

7. Palabras finales

Con esto he llegado al final de una conferencia que debió tratar en poco más de tres cuartos de hora un tema eterno de la dogmática jurídico-penal, acerca del que han sido volcados los mejores pensamientos de nuestra disciplina en los últimos cien años, sin que se haya logrado hasta ahora un esclarecimiento al menos de las preguntas relevantes, y menos aún un consenso en la cuestión en sí misma. Se sobreentiende que no pueda resolver en un santiamén lo que en un siglo ha sido trabajado infructuosamente. Por eso, estaría contento si es que he podido presentar, al menos de un modo más o menos comprensible, mi propia visión de esta problemática tan intrincada. Naturalmente que, aun con los dogmáticos más agudos y los mejores retóricos, se producirían malentendidos en esta marcha forzada a través de la teoría de la ciencia jurídico-penal. Por este motivo, me pongo gustosamente a disposición, no sólo para las críticas, sino también para toda información aclaratoria, y les agradezco de todo corazón por su interés y por su enorme paciencia. Quisiera expresar mi especial agradecimiento a mi estimado colega y respetable mentor de todos nosotros José Cerezo Mir, que me ha otorgado la posibilidad de poder hablar ante este estupendo auditorio de un tema tan importante y que personalmente tanto me interesa. El humanista alemán Ulrich V. Hutten dijo una vez que cuando "las ciencias prosperan, la vida es un placer". Y ¿qué quedaría de la prosperidad de la ciencia jurídico-penal si no existiera la amistad y el intercambio fructífero entre la doctrina jurídico-penal hispanohablante y la alemana, que en esta semana ha experimentado una maravillosa coronación? No soy ciertamente el participante más antiguo ni el más destacable de este simposio, pero sí soy su último ponente, y por eso me permito quizás hablar en nombre de todos y agradecer conjuntamente y de todo corazón al Sr. Cerezo por este excelente Congreso.

1.2

LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS PROPIOS (PUROS) Y DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN
(o de comisión por omisión)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

SUMARIO: 1. Introducción – 2. La omisión impropia estaría en contradicción con una norma prohibitiva, mientras que la propia infringiría una norma de mandato: 2.1 Exposición de esta doctrina; 2.2 Crítica – 3. La omisión impropia se correspondería con el delito comisivo de resultado, mientras que la propia lo haría con el de actividad: 3.1 Exposición de esta doctrina; 3.2 Crítica – 4. Analogías y diferencias entre la omisión impropia y la propia: 4.1 Introducción; 4.2 La disminución de la probabilidad, si se hubiera ejecutado la acción omitida, como sustrato ontológico común a las omisiones propias e impropias; 4.3 Los dos rasgos diferenciadores entre la omisión propia y la omisión impropia: 4.3.1 En el caso de que el riesgo no-disminuido se realice en el menoscabo de un bien jurídico, mientras que se mantiene la responsabilidad del omitente propio por el delito de peligro, la del omitente impropio es desplazada por el correspondiente delito de lesión; 4.3.2 Segundo criterio diferenciador entre la omisión propia y la impropia: en la primera el omitente no tendría ninguna vinculación especial con los bienes jurídicos que pueden resultar lesionados (es una persona cualquiera), mientras que en la segunda garantizaría frente a la comunidad la integridad del bien jurídico que resulta puesto en peligro o lesionado (es garante) – 5. Formas de manifestarse las omisiones propias e impropias: 5.1 Una ulterior categoría de omisión impropia: las omisiones impropias de lesión previstas expresamente por la ley; 5.2 Catálogo resumido de las distintas formas de manifestación de los delitos omisivos: 5.2.1 Omisiones impropias no escritas: 5.2.1.1 Omisiones impropias de lesión no escritas; 5.2.1.2 Omisiones impropias de peligro no escritas; 5.2.2 Omisiones impropias expresamente previstas por la ley: 5.2.2.1 Omisiones impropias de lesión expresamente previstas por la ley; 5.2.2.2 Omisiones impropias de peligro expresamente previstas por la ley; 5.2.3 Omisiones propias: todas ellas son de peligro, y todas ellas están expresamente previstas por la ley – 6. Criterios de clasificación para distinguir a las omisiones impropias de las propias: 6.1 El criterio de la equiparación no escrita de la omisión con el delito de acción para distinguir a las omisiones impropias de las propias; 6.2 El criterio de la imputación al garante de un resultado, como definitorio de la omisión impropia, independientemente de si dicha imputación ha sido o no prevista expresamente por la ley; 6.3 Toma de posición – Bibliografía.

Resumo: O autor, no artigo em destaque, cuida da distinção entre crime omissivo próprio e impróprio. Critica os clássicos critérios de distinção entre tais modalidades. O

primeiro deles dizia: a omissão imprópria está em contradição com uma norma proibitiva, a própria com uma norma mandamental. Outro critério: o crime omissivo impróprio é crime de resultado; o próprio é crime de mera atividade. Depois de expor suas censuras a esses clássicos critérios, procura o autor fundamentar e descortinar novos caminhos para se estabelecer a distinção. O crime omissivo próprio é crime de perigo, enquanto o impróprio é crime de lesão. No primeiro o omitente não tem nenhuma vinculação especial com o bem jurídico afetado. No segundo o agente tem estreito vínculo com o bem jurídico ofendido (porque conta com a posição de garante de não produção do resultado).

Palavras-chave: Crime omissivo impróprio – Crime omissivo próprio – Crime de perigo – Crime de lesão – Posição de garantidor.

1. Introducción

En una materia en la que, desgraciadamente, nada aparece como definitivamente consolidado, ni siquiera existe unanimidad sobre lo que deba ser considerado delito de omisión impropia (o de comisión por omisión) y delito de omisión propia (o pura). Por ello, y para poder llegar, en lo posible, a una delimitación entre una (impropia) y otra (propia) forma de manifestarse el delito de omisión, vamos a partir de dos supuestos en los que *existe unanimidad* en que pertenecen, respectivamente, a aquella y a esta categoría, para, sobre esas bases, intentar ir avanzando en el contenido de cada una de ellas. Y así, mientras nadie duda que la madre que permite que su hijo pequeño muera de inanición, porque aquélla *no alimenta* a éste, comete una omisión *impropia*, nadie duda tampoco que si una persona *cualquiera* no auxilia a quien se halla desamparado y en peligro manifiesto y grave – porque, por ejemplo, acaba de sufrir un infarto en plena calle, y el omitente pasa de largo ante él, sin socorrerle – aquélla es responsable de una omisión *propia* del deber de socorro tipificada expresamente como delito en el art. 195.1 CP.

Los rasgos *diferenciadores* entre el primer caso (omisión impropia) y el segundo (omisión propia) son, *en una primera aproximación*, los tres siguientes. En primer lugar que, si se produce la lesión del bien jurídico (el hijo fallece en el primer caso, el infartado muere a consecuencia de su enfermedad en el segundo), a la madre se le imputa esa muerte – igual que si la hubiera causado mediante un hacer positivo – y responde, con la pena de 15 a 20 años de prisión, por un asesinato, mientras que a esa persona cualquiera que no auxilió al enfermo nunca se le hará responsable de la eventual muerte de éste, por lo que, independientemente del destino que corra la vida del no-socorrido, la conducta de este último omitente será siempre subsumible en el art. 195.1, y sancionado con la pena en él prevista de multa de 3 a 12 meses. En segundo lugar, que así como en la omisión impropia existe una vinculación especial (posición de garantía) que obliga al omitente a cuidar del bien jurídico en peligro (los padres deben velar por la vida de sus hijos), en la omisión (propia) del deber de socorro a la persona *cualquiera* que no socorre al enfermo no le incumbe, prescindien-

do de la *obligación de carácter estrictamente juridicopenal* que le impone el art. 195.1, ningún deber especial (no es garante) de cuidar de la vida de otra persona cualquiera también. Y, en tercer lugar, que así como la no prestación de auxilio está *expresamente* prevista, como *conducta típica*, en el art. 195.1, en cambio en la definición del delito de asesinato no aparece por ninguna parte, como comportamiento típico *específico*, el de no alimentar al hijo hasta que sobrevenga su muerte, y la subsunción de esa omisión en el art. 139.1 de la *Parte especial* del CP se producía, antes de la introducción del art. 11 CP 1995, como consecuencia de una *interpretación*, no respaldada por una *descripción expresa* de esa conducta omisiva, de lo que había que entender por el término legal "matare", y ahora, después de la entrada en vigor de la cláusula general del art. 11, por la eventual puesta en relación *interpretativa* de este precepto de la *Parte general* con el tipo del asesinato, donde sigue sin existir, por supuesto, una descripción expresa de tal conducta omisiva.

A partir de este acercamiento *tópico*,[1] sobre la base de dos conductas de omisión concretas – la una indubitadamente de omisión impropia, y la otra, indubitadamente también, de omisión propia –, podemos entrar a determinar ya si los criterios que se han propuesto para distinguir una categoría de omisión de la otra son convincentes o no.

2. La omisión impropia estaría en contradicción con una norma prohibitiva, mientras que la propia infringiría una norma de mandato

2.1 Exposición de esta doctrina

Este criterio de distinción entre una y otra clase de omisión fue el dominante hasta mediados del pasado siglo,[2] y sigue siendo mantenido aún por algunos au-

(1) Sobre la tópica en la interpretación jurídica, cf. Gimbernat, 1999, p. 103 ss.

(2) Cf., por ejemplo, v. Rohland, 1908, p. 367; Binding, *Die Normen* II 1, 1914, p. 551: "El delito propio de omisión consiste sólo y exclusivamente en la infracción de un mandato y no tiene nunca 'consecuencias reales'; el impropio infringe sólo y exclusivamente una prohibición, nunca un mandato, y tiene siempre, cuando se consuma, consecuencias reales"; M. E. Mayer, AT 1915 (v. la cita de este autor infra nota 11); Sánchez Tejerina, 1918, p. 76: "La esencia del delito de comisión por omisión está en una prohibición. Siempre que exista un hecho que vaya contra un precepto prohibitivo y podamos relacionarle con una voluntad criminal, tendremos un delito de esta clase"; v. Overbeck, GS 1922, p. 333: "Aquí [en los delitos de comisión por omisión] es una norma prohibitiva la que, excepcionalmente, se lesiona mediante un omitir contrario al deber, en lugar de –como sucede normalmente– mediante un actuar positivo"; Frank, StGB, 1931, p. 10; v. Liszt/Schmidt, "Lehrbuch", 1932, p. 173; Mezger, Strafrecht, 1933, p. 92; Glaser, MonKrimPsych, 1935, p. 254-255; Nagler, GS 1938, p. 18: "(...) es [la omisión propia] un tipo puro de desobediencia. Las cosas son bien distintas en la comisión por omisión. Constituye la forma de manifestación de una auténtica comisión,

tores.[3] De acuerdo con él, la omisión impropia se caracterizaría por que el autor infringiría una norma prohibitiva (la madre que no alimentaba a su hijo estaría conculcando la prohibición: "no matarás"), mientras que en la omisión propia la norma conculcada sería una de mandato: como al omitente de socorro, y aunque muera el individuo en peligro, no se le imputa esa muerte, la norma que infringiría aquél no sería la prohibitiva de "no matarás", sino la de mandato: "auxiliarás a las personas desvalidas".

Esta opinión encuentra su base en la creencia, dominante durante varias décadas, de que la omisión también era *causa* del resultado típico, de donde se seguiría que, como el autor podía causar la muerte tanto por acción como por omisión, en ambos casos estaría vulnerando, con ello, la norma de prohibición: "no causarás la muerte de otro".[4]

2.2 Crítica

Pero independientemente de que la teoría ahora dominante mantiene, *con razón*, que entre omisión y resultado no existe relación de causalidad alguna,[5] en cualquier caso, y como ya pusieron de manifiesto Höpfner[6] y Engisch,[7] y posteri-

es decir, una contravención de una prohibición jurídica"; Ferrer, I, 1946, p. 10; v. Weber, *Grundriss*, 1948, p. 57; Antón, PG, 1949, p. 170.

(3) V. Novoa, PG, 1960, p. 344; el mismo, DP 1983, p. 41; Quintano, *Curso* I, 1963, p. 213; el mismo, NencJ Seix VI, 1975, p. 470, 478; Maurach, AT, 1971, p. 580 ss.; Bockelmann/Volk, AT, 1987, p. 132/133; Baumann/Weber, AT, 1985, p. 197-198; Rodríguez Devesa/Serrano, PG, 1994, p. 368: "En los delitos de acción en sentido estricto se infringe una ley prohibitiva; los delitos puros de omisión consisten en la infracción de una ley preceptiva que manda hacer algo; en los delitos de comisión por omisión se infringe una ley prohibitiva mediante la infracción de una ley preceptiva"; Wessels/Beulke, AT, 2000, § 16 nn. mm. 696 y 697; Schönke/Schröder/Stree, StGB, 2001, observaciones previas a los §§ 13 ss., nn. mm. 134 y 135; Seelmann, NK, 2001, § 13 nn. mm. 12, 14 y 16.

(4) Cf. sólo v. Rohland, op. cit., p. 367.

(5) Así, entre otros innumerables: Schmidhäuser, AT, 1975, 8/76, 16/75; Gómez Benítez, PG, 1984, p. 61; Silva, 1986, p. 230; Octavio de Toledo/Huerta, 1986, p. 584-585; Romeo, 1994, p. 35; Righi/Fernández, *Derecho penal*, 1996, p. 256; Otto, AT, 1996, § 9 n. n. 96; Jescheck/Weigend, AT, 1996, p. 618; Cerezo, II, 1998, p. 30-31 con nota 11, y 38 con nota 51; el mismo, III, 2001, p. 253; Schönke/Schröder/Stree, StGB, 2001, § 13 n. m. 61.

(6) ZStW 36 (1915), p. 111, n. 9: "No debería ser dudoso que el delito de comisión por omisión es sólo aparentemente la infracción de una prohibición; lo que se lesiona es, más bien, el mandato de una actividad, cuya omisión es relevante para el llamado resultado del delito en cuestión. Que uno sólo puede actuar contra un 'tú no debes hacer' (prohibición) mediante un hacer, y contra un 'tu debes hacer' (mandato) sólo mediante un no hacer (omitir), es una simple doctrina de la lógica".

(7) MonKrimPsych, 1933, p. 239-240: "No es el carácter de la norma como norma de mandato o de prohibición lo decisivo para decidir si el contenido de la norma es un

ormente desarrolló detalladamente Armin Kaufmann, *todas* las omisiones – tanto las propias como las impropias – infringen normas de mandato, y no de prohibición, ya que es evidente que ni la madre abandónica ni el omitente de socorro, cuando aquélla no alimenta y cuando éste no auxilia, están vulnerando norma prohibitiva alguna que les vedaría cometer una determinada acción, sino la norma de mandato que les exige, en un caso *cuidar* del hijo, y, en el otro, *prestar auxilio* a un desamparado.[8] Sin embargo, de la tesis correcta de que la omisión impropia infringe – exactamente igual que la propia – una norma de mandato, Armin Kaufmann y algunos de sus seguidores extraen la errónea consecuencia de que un mismo tipo – por ejemplo, el de homicidio – no puede abarcar, simultáneamente, acciones causantes de un resultado y omisiones no impedientes del mismo, por lo que la punición de la omisión impropia infringiría el principio de legalidad, al menos mientras en el Código Penal no figure una cláusula de equiparación como la introducida en España en el Código Penal 1995 (art. 11), o en el StGB, en 1969, con el § 13.[9]

hacer o un omitir, sino que sucede todo lo contrario: el carácter de la norma como norma de mandato o de prohibición depende de si la norma se dirige a un hacer o a un omitir (...) – (...) hacer y omitir, en sentido jurídico, no se diferencian entre sí según el carácter de las normas, sino que, por el contrario, las normas se determinan según el carácter del comportamiento al que se dirige su contenido". V. también el mismo, JZ 1962, p. 139; el mismo, 1973, p. 173 n. 24; zu Dohna, *Der Aufbau*, 1950, p. 21.

(8) Cf. Armin Kaufmann, 1959, p. 2, 3, 6, 257 ("El objeto de una prohibición sólo puede ser una acción, pero no una omisión. La 'prohibición' de omitir una acción es, en realidad, un mandato de ejecutar la acción en cuestión. Las normas se dividen en mandatos y prohibiciones de acuerdo con lo que exigen, y no según la expresión lingüística. En la naturaleza de acción de lo debido la norma se manifiesta como mandato, en la naturaleza omisiva del contenido de deber ser, como prohibición"); el mismo, JuS 1961, p. 174: "Las prohibiciones exigen la omisión de una acción, los mandatos exigen la ejecución de una acción. Sólo de esta manera es posible distinguir prohibiciones y mandatos como modalidades distintas de las normas. Pero si existe unanimidad en que el comportamiento antijurídico en el delito impropio de omisión consiste en el *omitir* la ejecución posible de la evitación del resultado – y no en la producción del resultado mediante hacer positivo –, entonces la norma a la que se opone ese comportamiento no puede ser una de prohibición de acción, sino sólo un mandato de acción", cursiva en el texto original.

En el mismo sentido v., entre otros: Bertel, JZ 1965, p. 54; Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 1969, p. 211; Roxin, 1969, p. 381, n. 4; Schünemann, 1971, p. 44-45, 58; Nickel, 1972, p. 9-10; Herzberg, 1972, p. 28; Otter, 1973, p. 139; Schöne, 1974, p. 253, 270; Schmidhäuser, op. cit, p. 16-21; el mismo, *Studienbuch AT*, 1982, p. 12-12; Hruschka, 1979, p. 435; Gössel, ZStW 96 (1984), p. 329-330; Schultz, 1984, p. 24; Octavio de Toledo/Huerta, op. cit., p. 561; Silva, op. cit., p. 321; Huerta, 1987, p. 72; Jakobs, AT, 1991, 28/10, n. 17; Vogel, 1993, p. 94 ss.; Jescheck, LK, 1993 ss., antes del § 13 nn. mm. 90 y 91 con nota 146; Jescheck/Weigend, op. cit., p. 601; Güngtge, 1995, p. 27-28; Zaffaroni/Alagia/Slokar, PG, 2000, p. 547-548.

(9) Cf. Armin Kaufmann, 1959..., cit., p. 258. V., además, en idéntico sentido, y entre otros: Grünwald, 1956, p. 44 ss., 50, 51, 56, 60, 68 ss.; el mismo, ZStW 70 (1958), p.

Pero lo que en realidad sucede es lo siguiente. La norma "no matarás", que se encuentra detrás de la tipificación de todos los delitos contra la vida, no equivale, como piensa Armin Kaufmann, a la norma prohibitiva "no causarás la muerte", sino que encierra también, en determinados casos, la norma preceptiva "evitarás que otro muera". Si, como se deriva del sentido literal posible de las palabras, no existe inconveniente gramatical alguno en subsumir en el término legal "matar" tanto acciones como determinadas omisiones, si tanto "mata" el que mediante un disparo *causa* la muerte de otro, como la madre que *no alimenta* a su hijo hasta que sobreviene el fallecimiento de éste, entonces es evidente que, como la expresión "matar" abarca tanto a acciones como a omisiones, la norma "no matarás" tiene que comprender, *necesariamente*, tanto la de prohibición que interdice la ejecución de comportamientos positivos en relación de causalidad con el resultado típico "muerte", como la de mandato que ordena a la madre, por ejemplo, que ejecute acciones de cuidado para impedir que su hijo muera.[10]

Por consiguiente y resumiendo: La omisión impropia no se puede diferenciar de la propia en que aquélla infringiría una norma de prohibición y ésta una de mandato, ya que, cualquier omisión imaginable – y porque *todas ellas* conculcan una norma que ordena hacer algo – vulnera sólo, tal como ha expuesto convincentemente, entre otros, Armin Kaufmann, justamente una norma de mandato. Pero, y en contra ahora de la que piensa Kaufmann, si tanto la acción como la omisión son reconducibles a un supraconcepto común de comportamiento, entonces la norma infringida al realizar ese comportamiento tiene que tener como contenido, *al mismo tiempo*, la prohibición de ejecutar las acciones y el mandato de realizar las acciones que – como haceres positivos u omisiones negativas – integran el comportamiento en cuestión.

3. La omisión impropia se correspondería con el delito comisivo de resultado, mientras que la propia lo haría con el de actividad

3.1 Exposición de esta doctrina

Descartado ya que el criterio de distinción entre la omisión impropia y la propia pueda consistir en que aquélla vulnera una norma prohibitiva, y ésta una de mandato, ya que es evidente que tanto una como otra infringen una norma que no prohíbe, sino que *ordena* la ejecución de una determinada acción – alimentar al

412-413, 416-417; Welzel, op. cit., p. 208-209; Rudolphi, 1966, p. 41, 70-71; Nickel, op. cit., p. 89; Novoa, DP 1983..., cit., p. 38; Bockelmann/Volk, AT, 1987, p. 137; Huerta, op. cit., p. 67 ss.; Vogel, op. cit., p. 99, 127-128.

(10) También Radbruch, cuya influencia sobre Armin Kaufmann en este punto es evidente, niega que sea posible subsumir acción y omisión en un *supraconcepto común de comportamiento*, por ejemplo, en el del comportamiento de "matar". Para una exposición y crítica de las tesis de Radbruch, cf. Gimbernat (1987), 1990, p. 197 ss.

hijo, socorrer al desamparado –, de donde se sigue, por consiguiente, que *ambas* vulneran una norma de *mandato*, un ulterior criterio que se propone en la doctrina pretende establecer una analogía con dos categorías que se manejan en los delitos de acción: la de delitos (comisivos) de resultado y delitos de actividad. De acuerdo con ella, la omisión impropia se correspondería con el delito comisivo de resultado, porque, si el hijo fallece, el resultado típico se le imputa a la madre, mientras que la omisión propia sería la pareja analógica del delito comisivo de actividad, ya que, como esta categoría delictiva carecería de resultado externo y la realización del tipo se agotaría en el correspondiente movimiento corporal, de la misma manera el contenido delictivo de la omisión propia se agotaría también en la mera in-actividad de no prestar auxilio, sin que, independientemente de si la persona no socorrida fallece o no, se le pudiera imputar al omitente propio, en forma alguna, la eventual muerte de aquélla: la omisión propia sería, por consiguiente, y paralelamente a lo que caracterizaría al delito de actividad, un delito de in-actividad *sin resultado externo*.[11]

[11] Cf. Binding, *Die Normen* II 1, 1914, p. 551: la omisión propia "nunca tiene 'consecuencias reales'", mientras que la impropia, "cuando se consuma, tiene siempre consecuencias reales"; M. E. Mayer, op. cit., p. 133: "A esos delitos se les llama de omisión propia (o auténticos) (delitos omisivos, y también lesiones de mandato), pero se expresa mejor su peculiaridad si se les denomina delitos sin resultado. Por delitos impropios de omisión se entienden los que no tienen la expresada peculiaridad, es decir, los que están en contradicción con una prohibición y que, por ello, están en relación con un resultado"; Antón, op. cit., p. 170; Maurach, op. cit., p. 583; Quintano, NencJ Seix, VI, 1975, p. 478..., cit., con nota 3; Jescheck, op. cit., antes del § 13 n. m. 91: "Los delitos propios de omisión tienen como contrapartida, del lado de los delitos de comisión, a los simples delitos de actividad. Por el contrario, en los delitos impropios de omisión se le impone al autor, como 'garante' del bien jurídico protegido, un deber de evitación del resultado. Aquí la producción del resultado pertenece al tipo. Al garante que lesiona un deber de evitación del resultado se le imputa objetivamente la producción del resultado. El resultado es su 'hecho'. Por ello, los delitos impropios de omisión son la contrapartida de los delitos de resultado"; Jescheck/Weigend, op. cit., p. 605-606; Silva, EJB III, 1995, p. 4570; Fernández Carrasquilla, II, 1995, p. 168-169; Berdugo y otros, PG, 1996, p. 149, 151; Righi/Fernández, *Derecho penal*, 1996, p. 258: "Así, la omisión propia es la contrapartida de los delitos de pura actividad, y la impropia de los delitos de resultado"; Mir, PG, 1996, p. 299: "Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la [c]omisión, constituyen tipos de omisión impura, en tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de comisión por omisión"; Bacigalupo, PG, 1997, p. 392; Wessels/Beulke, AT, 2000, § 16 nn. mm. 696 ("Los delitos propios de omisión ... constituyen la contrapartida de los 'simples delitos de actividad'") y 697 ("Los delitos impropios de omisión son un reflejo de los delitos de comisión, y, casi siempre, la contrapartida de los 'delitos de resultado'"); Rudolphi, SK, 2000, antes del § 13 n. m. 18: "Delitos propios de omisión son, de acuerdo con ello, hechos punibles que se agotan en la no ejecución de una acción determinada exigida por una norma de mandato ... Los delitos impropios de omisión son, por el contrario, hechos punibles que constituyen una contrapartida a los delitos de resultado. En ellos la producción del resultado pertenece al tipo, y, por consiguiente,

3.2 Crítica

Contra esta equiparación analógica entre, por una parte, el delito comisivo de resultado y la omisión impropia, y, por otra, el comisivo de actividad y la omisión propia, hay que decir dos cosas.

a) En primer lugar, que la distinción entre delitos de resultado y delitos de actividad, tal como la entiende la doctrina dominante, ha ser rechazada. Todos los delitos tienen como objeto la protección de un bien jurídico, por lo que es imposible que sin una modificación en el mundo exterior (sin un resultado) dicho bien pueda ser amenazado (delito de peligro) o lesionado (delito de lesión).

Como he escrito en otro lugar,[12] "si existieran acciones consistentes en una mera actividad sin resultado alguno, si todo quedase reducido a algo que no trasciende del (o al) sujeto, entonces ello tampoco podría perjudicar a nadie; y si no perjudica a nadie, no se entiende qué legitimación puede tener entonces el derecho penal para intervenir y sancionar. En realidad, los delitos de actividad no se caracterizan por que no producen un resultado, sino únicamente por que el resultado se produce *simultáneamente* con la actividad. Decir que delitos tales como la violación o el allanamiento de morada consisten – y se agotan – en la actividad de acceder carnalmente a otra persona o de entrar en una morada ajena, supone una visión parcial que sólo contempla el acontecimiento desde la perspectiva del agente. Pero desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, esas actividades *causan en el mundo exterior el resultado* de una persona accedida carnalmente o de una morada invadida en contra de la voluntad de su morador, y es porque aquellas actividades *producen estos resultados* por lo que el derecho penal interviene. Con otras palabras: los delitos de actividad no se distinguen de los de resultado en que aquéllos no, pero éstos sí producen modificaciones en el mundo exterior: las dos categorías consisten en una actividad en relación de causalidad con un resultado, pero mientras que en las segundas es imaginable teóricamente – y en eso se distinguen unos de otros – la existencia de una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado (por ejemplo, entre el envío del paquete-bomba y la muerte de la víctima a consecuencia de la explosión), y, con ello, también posibles problemas (causales) sobre a qué actividad ha de ser reconducido el resultado, en los delitos de actividad, en cambio, el resultado *siempre* tiene lugar *simultáneamente* con la acti-

el mandato no está dirigido sólo a la ejecución de una determinada acción, sino directamente a la evitación del resultado"; Quintero, PG, 2000, p. 370; Muñoz Conde, PG, 2000, p. 272; Cerezo, op. cit., p. 255.

Ulteriores indicaciones bibliográficas sobre los autores que consideran que los delitos propios de omisión se corresponden, en el delito de acción, con los de actividad, y los impropios, con los de resultado, en: Jescheck, op. cit., ss., antes del § 13 n. m. 91 n. 46, y Jescheck/Weigend, op. cit., p. 605, n. 38.

(12) Gimbernat (1992), 1999, p. 441-442.

vidad desplegada por el agente, y, por ello, la constatación de la relación de causalidad entre acción y modificación del mundo exterior – que en estos delitos, exactamente igual que en los de resultado, es un elemento del tipo – nunca puede presentar problema alguno (¿qué duda puede haber de que el resultado: persona carnalmente accedida o morada allanada [resultados que son los que lesionan, respectivamente, los bienes jurídicos libertad sexual y derecho a la morada], fue causado precisamente por el sujeto que realizó la actividad de acceder carnalmente o de entrar en la vivienda ajena?)".

b) Partiendo, por consiguiente, de que en el delito de acción tanto los erróneamente denominados de resultado como los de actividad tienen un resultado, lo segundo que hay que objetar a esta tesis que equipara, analógicamente, a la omisión impropia con el llamado delito comisivo de resultado, y a la propia, con el de actividad, es que, contraponiendo subliminalmente casos paradigmáticos, como, por una parte, el de la madre que *responde por la muerte* del hijo si le mata de inanición (comisión por omisión), y, por otra, el del omitente de socorro que *no responde por la muerte* del accidentado, aunque éste fallezca posteriormente (omisión propia), *está confundiendo delito de resultado con delito de lesión* (muerte del hijo *imputable* a la omitente), y delito de actividad con delito de no-lesión (muerte del accidentado *no imputable* al omitente propio).

Pero, como vamos a exponer a continuación, esa contraposición es falsa, ya que existen delitos de comisión por omisión en los que no se le imputa al omitente impropio lesión alguna, sino sólo un *peligro*, y ya que todos los delitos de omisión propia son – siempre y sólo –, y exactamente igual que sucede con algunas de las modalidades de la omisión impropia, delitos de peligro.

4. Analogías y diferencias entre la omisión impropia y la propia

4.1 Introducción

Al igual que los delitos de acción, los de omisión también tienen que tener un resultado: porque si a esas inactividades no se les pudiera *imputar* resultado alguno en el mundo exterior, entonces tampoco se les podría *imputar* ningún riesgo, o, en su caso, lesión de un bien jurídico, y, en consecuencia, el derecho penal – cuya finalidad es precisamente la de proteger bienes jurídicos – carecería de cualquier legitimación para intervenir y para castigar dichas inactividades.

Naturalmente que en los delitos de acción, donde el movimiento corporal es el que *causa fisiconaturalmente* la lesión del bien jurídico o su puesta en peligro, el mecanismo de imputación es mucho más sencillo que en la omisión, donde – porque ésta no causa nada – hay que acudir a razonamientos predominantemente normativos para poder poner a aquélla en relación con un resultado típico. Sin embargo, esos razonamientos normativos *complementan*, pero no pueden *sustituir* totalmente una realidad ontológica: si a la omisión, ontológicamente, no se le pudiera reconducir la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, entonces

tampoco podría ser desvalorado por el derecho penal un comportamiento (pasivo) desvinculado de aquella lesión o puesta en peligro.

El riesgo es un concepto mixto ontológico-normativo. Es *ontológico* en la medida en que la probabilidad de que se produzca un resultado se establece con elementos – circunstancias conocidas y cognoscibles ex ante, por una parte, y conocimiento de las leyes de la naturaleza, por otra – *ajenos al mundo de los valores*: se establece, por consiguiente, sobre la base de un *no-valorativo cálculo de probabilidades*. Y es *normativo* en la medida en que los términos "riesgo" o "peligro" únicamente son aplicables a la mayor o menor probabilidad de que se produzca un *mal*, y lo que sea ese *mal* es algo que sólo se puede determinar con base a consideraciones axiológicas sobre lo que merece un juicio positivo o negativo de valor en la vida humana y social: la probabilidad de que un avión se estrelle se denomina peligro o riesgo de accidente, porque que sus consecuencias, a saber: los fallecimientos de los ocupantes, son *axiológicamente negativas* no se puede deducir teniendo en cuenta el dato estricto de la realidad de que personas que hasta entonces vivían vayan a dejar de hacerlo, sino confrontando ese dato de la realidad con una jerarquía valorativa en donde la muerte aparece como un *mal*, y la vida, como un *bien*. En cambio, si el resultado que puede producirse no es uno desvalorado, entonces ya no es posible utilizar las expresiones "peligro" o "riesgo", sino sólo la de "probabilidad": sería tergiversar el sentido de las palabras referirse a las oportunidades que existen de que un avión tome tierra sin complicaciones, como al "peligro" o al "riesgo", en lugar de a la "probabilidad", de que el avión aterrice normalmente, de la misma manera que no se puede hablar – si es que las palabras tienen un sentido – del "peligro", sino sólo de la – mayor o menor – "probabilidad" de que a uno le toque el "gordo" de la lotería de Navidad. Resumiendo: los conceptos "riesgo" o "peligro" hacen referencia a la probabilidad (concepto ontológico) de que se produzca un "mal" (concepto normativo): *el peligro es la probabilidad del acaecimiento de un mal.*[13]

El derecho penal, que, como acabamos de exponer, está destinado a la protección de bienes jurídicos, sólo interviene – y sólo puede intervenir – para reprimir menoscabos de – o riesgos para – esos bienes jurídicos, y, en consecuencia, y desde esa perspectiva, únicamente conoce dos categorías de delitos: los de lesión y los de peligro. Y ambas cosas – la lesión y el peligro – son resultados – no existen, por consiguiente, delitos sin resultado, aunque sí que existen delitos sin lesión: justamente los de peligro –, y resultados absolutamente *reales*: en la lesión, ni al fallecido – ni a sus familiares – hay que contarles que la muerte a consecuencia de un accidente de aviación es algo absolutamente real; y en el peligro, al viajero que ve cómo se han incendiado dos motores de la aeronave en la que vuela – y a pesar de

(13) Con esto corrijo mi afirmación – cf. Gimbernat (1994), 1999, p. 230 – de que el "riesgo" es un concepto ontológico, ya que había pasado por alto que, si bien la mayor o menor probabilidad de que se produzca un resultado es un juicio que se establece teniendo en cuenta *exclusivamente datos del ser*, no obstante en aquella expresión se encierra el elemento *normativo* de que ese resultado tiene que ser, necesariamente, uno desvalorado.

que el avión, posteriormente, pudo aterrizar sin sufrir daño alguno – tampoco se le puede contar que el pánico que experimentó carecía de base *real*: por el contrario, el miedo era la lógica reacción a la toma de conciencia de que, ex ante, las *posibilidades reales* de no perecer estrellado habían *disminuido considerablemente* a consecuencia del fuego que se había originado en dos de los mecanismos de propulsión.

4.2 *La disminución de la probabilidad, si se hubiera ejecutado la acción omitida, como sustrato ontológico común a las omisiones propias e impropias*

Al contrario de lo que sucede *en el delito de acción*, donde tanto el peligro (por ejemplo, en la conducción temeraria del art. 381 CP) como la lesión (por ejemplo, en el homicidio mediante un comportamiento activo del art. 138) tipificados tienen su origen en movimientos corporales causantes *reales*, respectivamente, de ese peligro (se adelanta en un cambio de rasante, en el primer caso) o de esa lesión (se estrangula a la víctima, en el segundo), el fundamento de la imputación *en la omisión* – siempre acausal – ha de tener su explicación en un dato *real*, pero diferente de la relación de causalidad característica únicamente del hecho punible comisivo. Y ese dato real fundamentador de la responsabilidad en la omisión no puede ser otro que el del peligro: si el omitente de socorro *hubiera* auxiliado a la persona que se hallaba "desamparada y en peligro manifiesto y grave", las *probabilidades* de ésta de sobrevivir o de no sufrir lesiones – o de no sufrir lesiones más graves – habrían sido más elevadas,[14] si la madre *hubiera*

(14) Frente a la inicial opinión de que la omisión del deber de socorro protegía el bien jurídico "solidaridad humana" (cf., en este sentido, por ejemplo, Navarrete, RFDUM 1959, passim; Sainz Cantero, RGLJ 1960, p. 18-19; ulteriores indicaciones bibliográficas en Rudolphi, SK, 2001, § 323c n. m. 1, y Seelmann, NK, 2001, § 323c n. m. 8), la doctrina hoy dominante mantiene, con razón, que el interés jurídico protegido por ese delito es el de la vida, la integridad física o la libertad de la persona no socorrida, de tal manera que si el riesgo para esos bienes no puede ser aminorado – por ejemplo, el accidentado va a morir irremediablemente en pocos minutos (o, en el caso del art. 450 CP, la consumación del asesinato por envenenamiento es inevitable, porque se ha llegado tarde, y el único antídoto disponible no podría desplegar ya efecto alguno) –, no existe obligación alguna de actuar, ni, por consiguiente, puede imputársele a la persona que en esas circunstancias no actúa un delito del art. 195.1: "La acción cuya omisión se castiga en el § 330c StGB [actual § 323c, y que se corresponde con el art. 195 CP] no es cualquier actividad abstractamente útil, sino que la prestación de ayuda está referida a una situación concreta de peligro y, con ello, a la evitación de un peligro amenazante. Quien está presente en un accidente le debe al accidentado una ayuda salvadora en el caso de que sea capaz de ello. El deber de ayuda sobre el que se basa el § 330c StGB está orientado, por consiguiente, también a la evitación del resultado, de la misma manera que lo están los deberes de acción de los delitos impropios de omisión" (Armin Kaufmann, JuS 1961, cit., p. 173; v. también, el mismo, 1959, cit., p. 175 ss., 206 ss.).

En el mismo sentido que Armin Kaufmann, y entre otros muchos: H. Mayer, AT, 1953, p. 119: "Porque el deber de actuar [en la omisión del deber de socorro] sólo tiene

decidido alimentar a su hijo, las *probabilidades* de éste de morir de inanición habrían sido prácticamente nulas.[15] Es decir: La imputación en la omisión tiene por base el conocimiento *estrictamente ontológico* de que la realización de una determinada acción (a saber: de la acción omitida), al suponer la entrada en juego de una medida positiva reductora del riesgo, habría *disminuido en el mundo real* el peligro para un bien jurídico de resultar lesionado. Por ello se castigan las omisiones: porque, sobre la base de un cálculo *ontológico* de probabilidades, el legislador ha llegado a la conclusión de que los movimientos corporales omitidos habrían condicionado la reducción del riesgo de lesión de los bienes juridicopenales que aquél quiere, en lo posible, proteger. Con ello hemos establecido el rasgo *común* que define a ambas clases de omisiones: La acción omitida, en los dos casos, habría aminorado un peligro para el bien jurídico protegido, pero no hemos expuesto todavía cuáles son los rasgos que *diferencian* a la omisión propia de la impropia.

4.3 Los dos rasgos diferenciadores entre la omisión propia y la omisión impropia

4.3.1 En el caso de que el riesgo no-disminuido se realice en el menoscabo de un bien jurídico, mientras que se mantiene la responsabilidad del omitente propio por el delito de peligro, la del omitente impropio es desplazada por el correspondiente delito de lesión

a) Un rasgo diferenciador entre la omisión propia y la impropia *no puede consistir* en que a la primera sólo se le imputaría la *no-reducción* de un riesgo para un bien jurídico, es decir: un peligro que, con la ejecución de la acción omitida, habría disminuido, y que constituiría, por consiguiente, un *delito de peligro*, mientras que a la segunda se le imputaría, no ya el resultado de peligro, como en la omisión propia, sino el *menoscabo* de un bien jurídico, integrando, por consiguiente, un *delito de lesión*.

De todo ello lo único cierto es que a la omisión propia se le imputa el riesgo no disminuido por la no ejecución de la acción exigida: que aquélla es siempre, por consiguiente, y sólo, un delito de peligro. El omitente de socorro únicamente responde por el peligro no reducido de salvar la vida del desamparado o de preservar su salud, que habría disminuido, en efecto, si aquél hubiera avisado a una

la finalidad de impedir el resultado dañoso. Quien tenga que prestar ayuda al accidentado sólo está obligado a prestar ayuda en el caso de que sea capaz de ello. Por consiguiente, todos los deberes de ayuda están orientados a la evitación del resultado"; Welzel, Op. cit., p. 203; Schmidhäuser, AT..., cit., p. 16-20; el mismo, Studienbuch..., cit., p. 12-12. (Ulteriores indicaciones bibliográficas sobre esta doctrina dominante en Rudolphi, op. cit.).

(15) Como he expuesto en otro lugar (cf. Gimbernat (1994)..., cit., p. 214 ss., Comentarios Edersa, 1999, p. 424 ss.; RDPC 4..., cit., p. 540 ss.; 2001), y porque se trata de un proceso causal *hipotético*, pero *no real*, nunca puede existir la absoluta seguridad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado.

ambulancia para auxiliar al accidentado o al infartado, o se hubiera arrojado al mar o hubiera tendido la mano para *intentar* salvar a quien se debatía en aguas turbulentas o a quien estaba a punto de despeñarse por un terraplén, de la misma manera que al omitente del deber de evitar determinados delitos (otro supuesto indubitado de omisión propia, tipificado en el art. 450 CP) sólo se le puede imputar la no-disminución del riesgo de asesinato, porque no ha ejecutado la acción exigida de alarmar, por ejemplo, a la policía, para tratar así de evitar la comisión de ese delito contra la vida. Pero si, en el caso de la omisión del deber de socorro, el accidentado o el infartado, quien se estaba ahogando o a punto de despeñarse, mueren o sufren lesiones más graves de las que – de haber sido socorridos a tiempo – previsiblemente habrían padecido, de esos menoscabos de bienes jurídicos no se le puede hacer responsable al omitente propio, a quien se castiga *siempre* por el correspondiente *delito de peligro* (en este caso, por los tipificados en los arts. 195.1 o 450 CP), y *nunca* por un *delito de lesión* (que en estos casos habría sido, bien contra la vida, bien contra la integridad física).

b) Si en la omisión impropia, por el contrario, el omitente respondiera siempre por un delito de lesión, entonces habríamos encontrado ya un criterio diferenciador entre una y otra categoría de omisión. Pero no es éste el caso: el omitente impropio también puede responder sólo por un delito de peligro, tal como se deduce, tanto implícita como explícitamente, del Código Penal.

Explícitamente, porque, cuando el art. 316 CP castiga al obligado legalmente que "no facilita[n] los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física", o el 631 a "los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal",[16] en todos estos casos estamos ante delitos (tipificados) de omisión impropia, con – al contrario de lo que sucede en las omisiones propias, donde el autor-omitente puede ser *cualquiera* – un círculo restringido de autores-garantes (encargados de obras, tenedores de animales peligrosos), a los que, sin embargo, *y al igual que en la omisión propia*, lo que se les

(16) Así como hay delitos cuya descripción es *predominantemente activa*, como el asesinato, donde la interpretación más inmediata es la de abarcar a quien produce la muerte de otro poniendo en marcha, mediante un *movimiento corporal*, una cadena causal, pero en el que también son subsumibles, *minoritariamente desde un punto de vista estrictamente estadístico*, omisiones (la madre "mata" al hijo de inanición), sin violar el sentido literal posible de las palabras, así también, como en los supuestos de los arts. 316 y 631, existen delitos *predominantemente omisivos*, en los que la descripción legal apunta directamente a abstenciones como la de *no* colocar las redes preceptivas para tratar de paliar los efectos perjudiciales de una eventual caída desde el andamio de un obrero de la construcción, o *no* atar a un animal peligroso, pero en los que, minoritariamente desde un punto de vista estadístico, también son subsumibles acciones: *retirada* de la red protectora que estaba instalada preceptivamente en una construcción, *acción de desatar* a un rottweiler que, hasta entonces, estaba convenientemente sujeto.

imputa es que no hayan intervenido para reducir el riesgo al que están sometidos los obreros de la construcción, o el que se deriva de no atar a un rottweiler, es decir: a los que – como en la omisión propia – sólo se les imputa un *delito de peligro.*

Y del CP también se deriva, *implícitamente*, que en la comisión por omisión el omitente, en ocasiones, únicamente responde de un delito de peligro: En primer lugar, porque si la madre ha decidido matar de inanición a su hijo, y, sin embargo, no consigue su propósito, porque, por ejemplo, unos vecinos, alertados por los llantos de la criatura, consiguen desbaratar los planes de la progenitora, entonces ésta responderá de una tentativa de asesinato, y la tentativa, en cuanto que supone someter dolosamente a un bien jurídico, mediante la realización de actos ejecutivos, a un riesgo de lesión, es también, técnicamente, un *delito de peligro.* Y, en segundo lugar, porque de la dogmática general de los delitos de omisión se deriva, en principio – sin que sea este lugar de entrar en más detalles –, que un garante – al contrario de lo que sucede con los no-garantes – también puede responder por un delito de peligro, tipificado, en principio, para comportamientos activos, si en aquél concurre la obligación específica de impedir que se genere la situación de riesgo; y así, por ejemplo, comete un delito nuclear de peligro del art. 341 en comisión por omisión, quien, estando al cuidado de ese foco de riesgo, omite impedir la liberación de energía atómica, como igualmente es responsable del delito de peligro del art. 363.2 CP, realizado por omisión impropia, el que "fabrica (...) bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud", que se han introducido en el mercado deteriorados porque el garante que tenía la obligación de efectuar un control preceptivo de, por ejemplo, la lata de conserva de mejillones, ha omitido llevarlo a cabo.

c) Pero en los supuestos de las omisiones impropias tipificadas en los arts. 316 y 631 estamos partiendo, naturalmente, de que el trabajador a quien no se ha proveído con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, ni ha muerto ni ha sufrido lesiones, y de que el rottweiler suelto, o sin llevar bozal, no ha mordido tampoco a ningún vecino. Porque si, a consecuencia de esas omisiones, se producen menoscabos de los bienes jurídicos vida o integridad física, entonces los garantes-omitentes responderán por los correspondientes *delitos de lesión* imprudentes – y, si es el caso, dolosos – de homicidio o de lesiones.[17] Y aquí es donde surge una *primera diferencia* entre la omisión propia y la impropia: mientras que en aquélla la realización en la lesión de un bien jurídico del riesgo no disminuido – el no-socorrido muere, el amenazado con un delito contra la vida es, efectivamente, asesinado – *no altera* la calificación del hecho, y *se mantiene* la responsabilidad del omitente propio por el *delito de peligro* del 195.1 o del 450, en cambio, en la comisión por omisión, si ese riesgo no reducido por el

(17) En el supuesto del art. 316, y como se sigue de una comparación de las penas previstas en ese precepto, y en el art. 621, si el homicidio o las lesiones, por haberse cometido con imprudencia leve, sólo fueran constitutivas de falta, se aplicarán simultáneamente, en concurso ideal, el delito de peligro del art. 316 y la falta correspondiente del art. 621.

garante desemboca en el menoscabo de un bien jurídico, ya *no se mantiene* la responsabilidad por el delito de peligro, sino que entra en juego la más grave vinculada al correspondiente delito de lesión.

De lo expuesto se sigue un primer criterio diferenciador entre la omisión propia y la impropia: si bien en ambas la razón de su punición es que el omitente (propio o impropio) no reduce el peligro al que está sometido un bien jurídico, en la primera, aunque ese riesgo se realice en una lesión, el autor sigue respondiendo por el correspondiente delito omisivo-propio de peligro, mientras que en la segunda, y en el caso de que el interés juridicopenalmente protegido resulte menoscabado, la responsabilidad del autor por el delito omisivo-impropio de peligro es desplazada por el delito de lesión.

d) Una última observación sobre la tipificación de omisiones propias y de omisiones impropias de peligro. En los delitos omisivos propios el legislador, para poder castigar el comportamiento pasivo de *cualquier* persona que, por ejemplo, no auxilia a otra que se encuentra desamparada (art. 195.1), ha tenido que tipificar *expresamente* tal omisión, ya que si no estuviera previsto como delito el no-auxilio a un tercero que necesita ayuda, entonces el omitente, al no ser garante y no podérsele imputar, en consecuencia, como delito consumado, un eventual resultado lesivo, tampoco podría responder por tentativa en el caso de que, con intención de matarle o de lesionarle, hubiera dejado de prestar socorro a quien lo necesitaba: sólo se puede responder por tentativa cuando, en el caso de que se produzca el menoscabo del bien jurídico, se responda por un delito consumado. Por ello, y para poder fundamentar una responsabilidad penal, se ha creado el delito de omisión del deber de socorro con el que se abarca juridicopenalmente una conducta que, si no, sería impune.

La situación es distinta en los delitos de omisión impropia de peligro tipificados. Como la imprudencia sin lesión es, en principio, impune – tanto en los delitos de acción como en los de omisión –, lo que, por ejemplo, el art. 631 persigue es castigar también a quien, sin intención de causar un daño, pero imprudentemente, no ata convenientemente a un perro depredador, sin que, afortunadamente, ese peligro para las personas se concrete en la lesión de la vida o de la integridad física de un tercero, que si se concretara – y como hemos visto – daría paso a un homicidio o a unas lesiones imprudentes, desplazando entonces estos dos últimos delitos de lesión, en virtud de un concurso de leyes, al hecho punible de peligro, anterior en el tiempo, de no aplicación de medidas de precaución por parte del tenedor de un animal peligroso. Pero si el tenedor del perro no le ata convenientemente con el *propósito* de que seccione la yugular de un vecino, entonces, si ese resultado lesivo no se produce, y como el omitente es garante, éste no respondería ya de un delito del art. 631, que está previsto únicamente, como delito de peligro, para una omisión imprudente sin resultado, sino por una tentativa de un delito contra la vida: a quien, como le sucede al omitente-impropio, responde por un delito doloso consumado si consigue su propósito de lesionar el bien jurídico, se le aplica la tentativa si no consigue alcanzar su finalidad.

e) De todo lo expuesto hasta aquí se sigue.

La distinción entre omisión propia e impropia no reside en que aquélla infringiría una norma de mandato y ésta una de prohibición: como tanto al omitente propio como al impropio lo que se les imputa es que no hayan ejecutado una acción debida, por ello ambos vulneran *siempre* una norma de mandato y *nunca* una prohibitiva.

Y esa distinción tampoco puede residir en que, en relación de analogía con los delitos de acción, la primera constituiría la contrapartida del delito de actividad, mientras que la segunda lo sería del delito de resultado. Esa distinción parte de la idea equivocada de que, dentro del campo del delito de acción, el de actividad sería uno sin resultado en el que se castigaba únicamente el movimiento corporal como tal, y el de resultado, en cambio, tendría un contenido de injusto consistente en que a un movimiento corporal sí que se le reconducía una consecuencia. Pero no existen delitos – ni de lesión, ni de peligro – sin resultado, porque, en el delito de acción, la única diferencia entre el de actividad y el de resultado reside en que en aquél la consecuencia se produce simultáneamente con el movimiento corporal, mientras que en el de resultado es imaginable una distancia espacio-temporal entre el movimiento corporal y sus consecuencias típicas.

Partiendo de que el sustrato ontológico común a la omisión propia y a la impropia es que en ambas el omitente no ha aminorado – al no ejecutar la acción exigida – la probabilidad de lesión del bien jurídico, sin embargo la distinción entre ellas tampoco se puede encontrar en que la primera sería siempre un delito de peligro y la segunda uno de lesión, ya que el CP ha tipificado en ocasiones, expresamente, omisiones impropias de peligro (como las previstas en los arts. 316 y 631), que, si de ellas no se deriva ninguna lesión para el bien jurídico, se quedan en lo que son, es decir: en delitos de peligro.[18] La delimitación hay que buscarla, más bien, en que así como la lesión efectiva del bien jurídico no altera nunca la calificación de la omisión propia como un delito de peligro (si el nosocorrido fallece, el omitente propio sigue respondiendo sólo por el tipo del art. 195), en el caso de la omisión impropia el menoscabo efectivo del interés protegido modifica la responsabilidad del omitente impropio quien pasa de responder por un delito de peligro (por ejemplo, del art. 631 si el perro suelto no muerde a nadie) a hacerlo por uno de lesión (por un homicidio imprudente, si el can peligroso en libertad mata a una persona a mordiscos), y, además, en que si esa no

(18) Al igual que sucede en el delito imprudente de *acción*, donde sólo se castiga la conducta imprudente sin resultado si ésta ha sido tipificada expresamente – como sucede, por ejemplo, en la conducción temeraria de un vehículo de motor del art. 381 –, también en el delito imprudente de omisión impropia la mera imprudencia sin resultado no es punible, a no ser que el legislador la haya previsto expresamente, como lo ha hecho en el art. 631 al tipificar la conducta omisiva del garante que no ata a un perro peligroso, sin que ello tenga ulteriores consecuencias dañosas.

disminución del riesgo fue generada dolosamente (por ejemplo, el propósito que guió al tenedor al no atar a su perro fue el de que matara a un vecino), entonces, y aunque no se produzca el resultado, responde por tentativa, lo que no sucede en la omisión propia, donde la calificación por este delito permanece, aunque la persona cualquiera que no socorre a otra persona – cualquiera también – se abstenga de ese auxilio con la intención de que sobrevenga la muerte del accidentado o del enfermo.

4.3.2 Segundo criterio diferenciador entre la omisión propia y la impropia: en la primera el omitente no tendría ninguna vinculación especial con los bienes jurídicos que pueden resultar lesionados (es una persona cualquiera), mientras que en la segunda garantizaría frente a la comunidad la integridad del bien jurídico que resulta puesto en peligro o lesionado (es garante)

En realidad, este criterio trata de buscar una *fundamentación* de las conclusiones a las que hemos llegado supra 4.3.1, en el sentido de que al omitente propio nunca se le puede imputar el resultado lesivo que eventualmente pueda sufrir la persona no socorrida o amenazada de asesinato, mientras que al omitente impropio se le hace responsable – como si lo hubiera causado mediante una acción – de la posible lesión del bien jurídico. Y esa fundamentación se encontraría en que, así como en la propia el omitente no tiene ninguna vinculación especial con los bienes jurídicos que pueden resultar lesionados, en la impropia, en cambio, garantizaría, de alguna manera, la integridad del bien jurídico que resulta puesto en peligro o lesionado.

Sin embargo, la cualidad de garante no trae consigo todavía la existencia de una omisión impropia, pues ésta exige, además de que el omitente sea garante, que "la no evitación del mismo [del resultado] (...) *equivalga, según el texto de la Ley, a su causación*" (art. 11, párrafo primero, CP). *El problema de la equivalencia* de la omisión del garante con la causación positiva del resultado típico es el más difícil – y, al mismo tiempo, el más importante – de la dogmática de la omisión impropia, pues por mucha posición de garantía que tenga el omitente no existirá una comisión por omisión si la inactividad de ese garante no es equiparable a la producción del resultado mediante un comportamiento positivo. Sobre este problema de la equivalencia entre la omisión y la acción me he pronunciado en otras publicaciones,[19] en el sentido de que para responder por una omisión impropia hay que ser, ciertamente, garante, pero no todo garante responde por una omisión impropia: la posición de garantía es condición necesaria, *pero no suficiente*, para la entrada en juego de una comisión por omisión. En mi opinión, la "equivalencia desvalorativa total del delito de omisión (impropia) con el delito de acción se dará cuando la inactividad del encargado de una fuente de peligro

(19) Cf. Gimbernat (1994)..., cit., p. 228 ss.; Comentarios Edersa, op. cit., p. 419 ss.; RDPC 4 (1999)..., cit., p. 533 ss.

causante del resultado típico tenga como consecuencia (normativa) la transformación de esa fuente de permitida en ilícita, o la no reconducción a los niveles jurídicamente tolerados cuando dicho foco (por la acción de un tercero o de una causa material) los hubiera desbordado".[20]

5. Formas de manifestarse las omisiones propias e impropias

5.1 Una ulterior categoría de omisión impropia: las omisiones impropias de lesión previstas expresamente por la ley

Prescindiendo de las omisiones impropias de garante tipificadas como delitos de peligro (de las que pueden servir de ejemplo las ya mencionadas previstas en los arts. 316 y 631 CP), y que, en este caso, y como sucede con las omisiones propias de, por ejemplo, los arts. 195 y 450, no serían punibles si no fuera porque el legislador ha decidido expresamente su tipificación, el CP prevé *expresamente*, en algunos supuestos, delitos omisivos impropios en los que a determinados garantes que no realizan la acción exigida se les hace responder por la *lesión* de un bien jurídico. Ello es lo que sucede en nuestro CP en, entre otros, los arts. 176 (responsabilidad por *torturas* del funcionario que permite que otras personas las ejecuten), 414.1 (equiparación entre la conducta del funcionario que activamente destruye los medios puestos para impedir el acceso a los documentos que custodia y la omisión de impedir que otros los destruyan), 415 (equivalencia entre la acción del funcionario que accede a documentos secretos y la omisión de impedir el acceso por parte de otros), 432 (equiparación entre la acción de sustraer caudales públicos y tolerar que otros los sustraigan), 467.2 (tipificación conjunta del comportamiento del abogado o procurador que, "por acción u omisión", perjudiquen los intereses que se les han encomendado), 537 (equiparación de la conducta del funcionario consistente en impedir la asistencia de abogado al detenido con la *no* información a éste de sus derechos), y 601 (funcionario que permite, por imprudencia grave, que otras personas conozcan materias reservadas o secretas).

5.2 Catálogo resumido de las distintas formas de manifestación de los delitos omisivos

Teniendo en cuenta también estas últimas tipificaciones en la parte especial en las que la ley imputa a un garante *expresamente* un resultado lesivo, y las restantes que hemos ido definiendo a lo largo del presente trabajo, podemos ya establecer una primera enumeración de las distintas omisiones juridicopenalmente relevantes, en función de sus consecuencias y de los principios sobre los que se basan.

[20] Comentarios Edersa, 1999, p. 439.

5.2.1 Omisiones impropias no escritas

5.2.1.1 Omisiones impropias de lesión no escritas

Sobre la base de la *teoría general de la omisión impropia*, y aunque la ley *no describe expresamente* esos comportamientos, se estima que hay que reconducir a determinadas inactividades la lesión de un bien jurídico, exactamente igual que si ese menoscabo se hubiera producido mediante una acción. Ejemplo: Responsabilidad por asesinato consumado de la madre que "mata" a su hijo de inanición.

5.2.1.2 Omisiones impropias de peligro no escritas

Dentro de este grupo hay que incluir dos subgrupos distintos.

En primer lugar, a la tentativa de una omisión impropia de lesión no escrita. Y así, sobre la base de la *teoría general de la omisión impropia*, se considera que si la madre no logra su propósito de matar a su hijo de inanición, aunque ha iniciado ya la retirada de la alimentación, esa conducta debe ser calificada de una *tentativa* (delito de peligro) de asesinato.

El segundo supuesto de omisión impropia de peligro no expresamente tipificada viene constituido por aquellos casos en los que el legislador ha construido un delito de peligro recortado en principio para un comportamiento activo, pero en el que son subsumibles, *también sobre la base de la teoría general de la omisión impropia*, determinadas inactividades. Y así, el delito del art. 341 se ejecuta generalmente por acción cuando, por un descuido, una persona *cualquiera* – tanto si está al cuidado como si no lo está de la instalación nuclear – oprime el mecanismo equivocado que libera la energía atómica; pero también se puede cometer por omisión (impropia) cuando el garante encargado de su control olvida ejecutar la acción exigida que hubiera impedido la liberación de esa energía.

5.2.2 Omisiones impropias expresamente previstas por la ley

5.2.2.1 Omisiones impropias de lesión expresamente previstas por la ley

En ocasiones el legislador ha descrito expresamente omisiones de garantes a los que se les imputa la lesión de un determinado bien jurídico, tal como sucede en el art. 432 CP, donde la lesión de la propiedad se le imputa al garante-funcionario que permite pasivamente que un tercero se apodere de los fondos públicos que están al cuidado de aquél.

5.2.2.2 Omisiones impropias de peligro expresamente previstas por la ley

A veces el legislador ha tipificado explícitamente determinadas omisiones de garante a las que se reconduce el peligro para un bien jurídico; dentro de este grupo hay que incluir, por ejemplo, el art. 631, donde sería subsumible, sin más, la omisi-

ón del tenedor de un perro peligroso que no le ata convenientemente, conducta que sería atípica si no existiera ese precepto, ya que, como sucede también en el delito de acción, el comportamiento imprudente sin resultado lesivo es impune.

5.2.3 Omisiones propias: todas ellas son de peligro, y todas ellas están expresamente previstas por la ley

Las omisiones propias, si no existiera un precepto que las tipificara, serían todas ellas impunes, y todas ellas son, además, de peligro, ya que, aunque de éste derive el menoscabo de un bien jurídico, al omitente propio nunca se le puede hacer responsable por un delito de lesión.

Entre las omisiones impropias y propias de peligro *expresamente* previstas por la ley existe un *rasgo común*: si no se produce el resultado lesivo, ambas se quedan en lo que son: en delitos de peligro. A quien no socorre a un accidentado, como al que no ata a su rottweiler, se les castiga sólo y únicamente porque el riesgo corrido se atribuye a la omisión de la acción exigida, si bien la razón de por qué se imputa el peligro en uno y en otro caso obedece a *motivos distintos*. El legislador es muy libre de imponerme a mí – a una persona *cualquiera* –, sobre la base de consideraciones politicocriminales, el deber de tratar de reducir el peligro que corre la vida o la salud de un tercero – una persona *cualquiera* también – que haya sufrido un accidente y a quien yo puedo ayudar, pero lo que no me puede exigir es que me ocupe de cuidar de todos los perros peligrosos que hay en Madrid, para que no generen riesgos a los demás ciudadanos, o de que dedique mi vida a vigilar cada uno de los edificios en construcción de la capital de España, a fin de que los obreros trabajen conforme a las normas de seguridad reglamentarias: esa obligación sólo se le puede imponer, razonablemente, al concreto tenedor del perro y a las concretas personas encargadas de vigilar la construcción en cuestión.

Sobre las diferencias entre las omisiones impropias y propias de peligro expresamente previstas por la ley ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos. La primera diferencia reside en que en las de omisión impropia si del riesgo deriva el menoscabo de un bien jurídico, la responsabilidad del omitente-garante pasa de ser de por un delito de peligro a por uno de lesión, mientras que al omitente propio le sigue siendo aplicable al art. 195. Y la segunda, en que si el omitente impropio no ata al animal peligroso con la intención de que mate a otra persona – pero sin conseguir su propósito – respondería por tentativa de un delito contra la vida, mientras que el omitente propio seguiría respondiendo por una omisión del deber de socorro del art. 195.1, aunque hubiera dejado de prestar el auxilio debido porque quería que el accidentado muriera.

6. Criterios de clasificación para distinguir a las omisiones impropias de las propias

A la vista del anterior catálogo de las distintas formas que tienen de manifestarse los delitos omisivos, existen dos criterios para delimitar las omisiones impropias de las propias.

6.1 El criterio de la equiparación no escrita de la omisión con el delito de acción para distinguir a las omisiones impropias de las propias

Este primer criterio parte de que lo decisivo es que en la omisión impropia la *auténtica dificultad* reside en determinar cuándo una omisión equivale a una acción en todos aquellos casos en los que la ley no se ha pronunciado expresamente sobre ello. De acuerdo con esto, sólo serían omisiones impropias aquellas en las que, por no haber sido previsto expresamente por la ley el comportamiento típico omisivo, el intérprete, bien, por así decirlo, a palo seco, bien sobre la base de las directrices *abstractas e inexplícitas* de preceptos tales como el art. 11 CP o el § 13 StGB, tiene que hacer un esfuerzo exegético para determinar cuáles son los criterios a los que hay que acudir para subsumir a determinadas inactividades en los delitos (de lesión o de peligro) que el legislador ha previsto, inicial y primariamente, para haceres positivos, con lo que habría que incluir en las omisiones impropias sólo a los supuestos agrupados *supra* 5.2.1 (omisiones impropias (de lesión o de peligro) no escritas). En cambio, deberían ser calificadas de omisiones propias todas aquellas en las que el legislador – porque ha descrito *explícitamente* el comportamiento omisivo punible – ha ahorrado al intérprete la difícil tarea de determinar el contenido y el alcance de la omisión punible; según ello, se considerarían omisiones propias a aquellas que han sido previstas expresamente por la ley (*supra* 5.2.2 y 5.2.3), independientemente de si se trata de omisiones impropias de lesión o de peligro, o de omisiones propias, ya que en todas ellas concurre el requisito *común*, al que acabamos de hacer referencia, de que han sido tipificadas expresamente por la ley.

Para esta dirección doctrinal, por consiguiente, lo decisivo sería el criterio *formal* de si la conducta *está expresamente descrita por la ley*. Si lo está, entonces la omisión debería considerarse propia, independientemente de si el omitente es o no garante, con lo que caerían dentro del campo de la omisión propia tanto las que lo son en sentido estricto (arts. 195.1 y 450) como aquellas otras en que la *razón* por la que se le imputa al omitente el resultado de lesión (art. 432, por ejemplo) o de peligro (art. 316, por ejemplo) es la de que ostenta una posición de garante. La omisión impropia quedaría reservada entonces a aquellos omitentes a los que, en aplicación de la dogmática general de los delitos de comisión por omisión, se les imputa un determinado resultado (a la madre que no le da de comer, la muerte de su hijo), sin que esa conducta aparezca explícitamente definida en el CP.

Esta clasificación es la que acogen, por ejemplo, y entre otros: Meyer/Allfeld;[21] Welzel[22] ("Los delitos impropios de omisión sólo se distinguen de los otros dos grupos de delitos omisivos [omisiones propias y omisiones de garante expresamente tipificadas] en que no han sido tipificados por la ley. La distinción no es, por consiguiente, una material, sino puramente de derecho positi-

(21) Cf. *Lehrbuch*, 1907, p. 162 ss.

(22) *Das deutsche...*, cit., 1959, p. 202-203.

vo"); Schmitt;[23] Armin Kaufmann[24] ("Con ello, los delitos propios e impropios de omisión sólo permiten ser diferenciados con el criterio externo de que los propios han sido tipificados por la ley, mientras que los delitos omisivos impropios no han encontrado ninguna regulación en la ley");[25] Meyer/Bahlburg;[26] Nickel[27] ("Impropia, en el sentido de 'dudosa', 'problemática', quizás incluso: 'no autorizada legalmente', puede ser la punibilidad de todas aquellas omisiones que no son subsumibles, sin más, en un tipo penal de la parte especial que esté acuñado expresa e inequívocamente para omisiones"); las *Resoluciones* del XIII Congreso Internacional de la AIDP;[28] Silva;[29] Maurach/Gössel;[30] Jakobs;[31] Vogel;[32] Baumann/Mitsch;[33] Velásquez;[34] Gracia;[35] Bacigalupo;[36] Bustos/Hormazábal;[37] Wessels/Beulke;[38] Stratenwerth;[39] Quintero;[40] y Schönke/Schröder/Stree.[41]

6.2 *El criterio de la imputación al garante de un resultado, como definitorio de la omisión impropia, independientemente de si dicha imputación ha sido o no prevista expresamente por la ley*

Para una segunda teoría lo determinante no debe ser el criterio formal de si el comportamiento omisivo aparece o no expresamente descrito por la ley, sino el

(23) V. JZ 1959, p. 433.

(24) JuS 1961, cit., p. 174.

(25) Según Armin Kaufmann, y aunque la ley tipifique *expresamente* una omisión de garante, tales delitos serían, no obstante, de omisión propia, porque en ellos "la misma ley ha resuelto este problema de equiparación, describiendo típicamente los presupuestos bajo los cuales es punible el omitente. Se trata de delitos propios de omisión que precisamente no presentan aquellas dificultades que nos ofrece el delito impropio de omisión: el establecimiento – igualmente problemático desde el punto de vista del Estado de Derecho como desde el de la ética jurídica – de presupuestos de punibilidad no escritos, en especial, de la determinación de la posición de garante (Idem, ibidem, n. 5).

(26) Cf. 1962, p. 12, 20-21; MschrKrim 1965, p. 247-248.

(27) 1972, p. 11.

(28) Cf. ADPCP 1984, p. 1015-1016.

(29) Cf. 1986, cit., p. 347.

(30) V. AT, 1989, § 45 nn. mm. 35 ss.

(31) Cf. AT, 1991, 28-29 ss.

(32) Op. cit., p. 96.

(33) Cf. AT, 1995, § 15 nn. mm. 7 ss.

(34) Cf. PG, 1994, p. 346.

(35) V. 1995, p. 59.

(36) Cf. op. cit., p. 392-393.

(37) V. II, 1999, p. 202.

(38) Op. cit., nn. mm. 695 ss.

(39) Cf. AT, 2000, § 13 nn. mm. 8 ss.

(40) Op. cit., p. 370, 372.

(41) Op. cit., observaciones previas al § 13 nn. mm. 134 ss.

material de si el resultado de lesión o de peligro se le imputa al omitente por ocupar una posición de garantía, mientras que el campo de la omisión propia habría que reservarlo a aquellos delitos en los que, porque así lo ha dispuesto el legislador, se ha tipificado la omisión de una persona *cualquiera* como delito independiente. De acuerdo con este criterio, y porque a ambos garantes se les imputa el resultado precisamente porque en ellos concurre esa condición, tan omisión impropia sería *la no expresamente descrita* de la madre que asesina a su hijo de inanición, como la *configurada legalmente* que hace responder por la lesión patrimonial al funcionario que no impide la sustracción de los caudales públicos que tiene a su cargo. El campo de la omisión propia estaría entonces limitado a aquellas omisiones cometidas por no-garantes – como sucede en las omisiones del deber de socorro y del deber de impedir determinados delitos – y expresamente tipificadas por el legislador. De acuerdo con este criterio, por consiguiente, habría que calificar de impropias a todas las agrupadas *supra* 5.2.1 y 5.2.2, y de propias únicamente a las acogidas bajo lo ítem 5.2.3).

En este sentido se han pronunciado, entre otros: la Fundamentación del E 62;[42] Schünemann[43] ("Según ello, hay que llamar impropia a una omisión cuando puede ser equiparada juridicopenalmente a la realización de un tipo mediante un hacer activo, independientemente de si ello ha sido ordenado expresamente por el legislador en la parte especial o si se deriva de la directriz general de equiparación del § 13 StGB"); del Rosal;[44] Zaffaroni;[45] Jescheck;[46] Berdugo y otros;[47] y Rudolphi.[48]

6.3 Toma de posición

Los dos criterios propuestos por la doctrina tienen su parte de razón.[49]

a) La auténtica *dificultad* de la comisión por omisión reside en un *problema de equiparación*: en determinar cuándo una omisión equivale a una acción, a la que se le debe imputar, en consecuencia, un resultado de peligro o de lesión, igual

(42) V. p. 123.

(43) ZStW 96 (1984), p. 303. V. también el mismo, 1971, cit., p. 44.

(44) Cf. I, 1976, p. 644-645.

(45) Cf. *Tratado* III, 1981, p. 456-457.

(46) Cf. *CCGPJ* 8..., cit., p. 81-82; LK, 1993 ss., antes del § 13 n. m. 91. En el mismo sentido Jescheck/Weigend, op. cit., p. 606 ss.

(47) Op. cit., p. 151.

(48) Cf. SK, 2000, antes del § 13 nn. mm. 8 ss. Ulteriores indicaciones bibliográficas sobre los autores que siguen este criterio para distinguir a la omisión impropia de la propia en Schönke/Schröder/Stree, StGB..., cit., observaciones previas al § 13 n. m. 137.

(49) Anteriormente, y algo de pasada, había mostrado mi inclinación por la posición expuesta *supra* 6.2 (cf. Gimbernat (1997), 1999, p. 262-263; Comentarios Edersa, op. cit., p. 411-412; *RDPC* 4..., cit., p. 262-263). En el presente trabajo mantengo una opinión más matizada, tal como expongo a continuación.

que si hubiera sido causado mediante un hacer positivo, a pesar de que el legislador no ha establecido expresamente dicha equiparación, por lo que el intérprete tiene que acudir a la llena de incógnitas teoría general de la comisión por omisión, o, si el legislador ha decidido introducir una cláusula general como la que existe en España desde el art. 11 del CP 1995, a una exégesis tampoco precisamente fácil, ya que en dicha cláusula sólo se contienen directrices inconcretas que culminan en el tautológico principio de que una omisión es *equiparable* a una acción "cuando (...) *equivalga*, según el sentido del texto de la Ley, a su causación [del resultado mediante un hacer positivo]". En cambio, las omisiones de garante expresamente previstas en la parte especial, y como ahí la equiparación ha sido establecida por la ley – y en esto coinciden con las omisiones propias de los arts. 195.1 y 450 – no presentan más problemas interpretativos que los que puede encerrar cualquier otro tipo penal concreto.

Desde esta perspectiva, por consiguiente, está llena de sentido la distinción que lleva a cabo este primer criterio entre omisiones no escritas (para las que reserva la calificación de omisiones impropias) y las previstas legalmente (que serían las propias, independientemente de si el legislador ha tipificado en la parte especial omisiones de garante o de no-garantes), ya que allí el problema de la equiparación ha quedado en amplia medida en manos del intérprete, mientras que aquí el legislador le ha facilitado la tarea con una descripción precisa del contenido que hay que dar a la correspondiente conducta omisiva.

b) Pero, desde un punto de vista material, tampoco le falta razón al segundo criterio. Porque ahí la línea divisoria se establece entre la omisión del garante (omisión impropia) y la del no-garante (omisión propia), independientemente de si el comportamiento pasivo del garante está o no expresamente tipificado por la ley. Este segundo criterio se establece, por consiguiente, sobre la base de cuál es el motivo último por el que a un determinado omitente se le imputa el resultado: si ese motivo reside en la posición de garante del omitente, estaremos ante una omisión impropia, tanto si la ley ha decidido describir típicamente – en la parte especial – cómo deben ser los rasgos de ese comportamiento pasivo, como si no; en cambio, la omisión propia se caracterizaría: por que todas ellas estarían tipificadas en la parte especial, por que no existiría ninguna vinculación entre el omitente – que es una persona cualquiera – y el bien jurídico en peligro, y porque la lesión del bien jurídico amenazado, y aunque hubiera sido evitada con la ejecución de la acción omitida, en ningún caso se le puede imputar al omitente impropio.

c) El tercer criterio ecléctico que aquí se defiende, que coincide, en lo fundamental, aunque no en lo terminológico, con el adoptado por Rodríguez Mourullo,[50] y que trata de recoger lo que de válido tienen cada uno de los dos criterios

[50] Cf. 1966, p. 77-78. En parecido sentido: Gómez Benítez, op. cit., p. 579; Silva, EJB..., cit., p. 4.571; Fernández Carrasquilla, op. cit., p. 167 ss.; Octavio de Toledo/Huerta, op. cit., p. 564; Zaffaroni/Alagia/Slokar, op. cit., p. 548; Muñoz Conde, op. cit., p. 272-273.

hasta ahora propuestos, consiste en calificar como de *omisión impropia en sentido amplio* a todas aquellas – tanto si el comportamiento pasivo esta descrito en la parte especial como si no – en que el omitente tiene una especial relación de garantía con el bien jurídico amenazado, reservando el término de omisión propia para aquellas – todas tipificadas en la parte especial del Código Penal – en las que el omitente es una persona cualquiera, desvinculada del interés en peligro, y a la que el CP le obliga, si ello le es posible, a reducir dicho peligro.

Pero dentro de la *omisión impropia en sentido amplio* este tercer criterio propone una ulterior diferenciación: entre la *omisión impropia en sentido estricto u omisión impropia sin más* y la *omisión impropia expresamente tipificada*. Dentro de la primera hay que incluir únicamente a aquellos comportamientos pasivos equivalentes a una acción que no han sido descritos expresamente por el legislador, porque sólo a ellos – y no a las restantes omisiones impropias – les es aplicable ahora el art. 11 CP – y, anteriormente, la teoría general de la comisión por omisión –, y porque sólo ellos, en consecuencia, son objeto de estudio en la parte general. En cambio, a las omisiones impropias expresamente tipificadas – y en esto coinciden con las omisiones propias –, como el legislador ha descrito explícitamente sus características, no les es aplicable el art. 11, y su estudio es objeto, en consecuencia, no de la parte general, sino únicamente de la Especial.

Bibliografía

ANTÓN. *Derecho penal*. Parte general. Madrid, 1949. t. I (hay reimpresión de 1986).

BACIGALUPO. *Principios de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Madrid: [s.n.], 1997.

BAUMANN/WEBER. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*. 9. ed. Bielefeld, 1985.

BAUMANN/WEBER/MITSCH. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 10. ed. Bielefeld, 1995 (de esta obra, fundada por Baumann, se cita Baumann/Weber o Baumann/Mitsch, según quien sea el autor que ha elaborado el correspondiente capítulo original).

BERDUGO/ARROYO/GARCÍA; RIVAS/FERRÉ/SERRANO. *Lecciones de derecho penal*. Parte general. Barcelona, 1996.

BERTEL. Begehungs-oder Unterlassungsdelikt? Zur Lehre von der actio libera in causa, JZ 1965, p. 53-55.

BINDING. Die Normen und ihre Übertretungen. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, t. II: Schuld und Vorsatz, 1.ª Parte, Zurechnungsfähigkeit, Schuld, reimpresión de la 2. ed., Leipzig, 1914. (La obra ha sido reimpresa en 1965 en Aalen).

BOCKELMANN/VOLK. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. Munich, 1987.

BUSTOS/HORMAZÁBAL. "Lecciones de derecho penal". *Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*. Barcelona: [s.n.], 1999. vol. II.

CEREZO. *Curso de derecho penal español*. Parte general. vol. II. *Teoría jurídica del delito*. 6. ed. Madrid: [s.n.], 1988; vol. III. *Teoría jurídica del delito/2*. Madrid: [s.n.], 2001.

COBO/VIVES. *Derecho penal*. Parte general. 4. ed. adecuada al Código Penal de 1995 por Valldecabres. Valencia: [s.n.], 1996.

COMENTARIOS EDERSA. *Comentarios al Código Penal, dirigidos por Cobo del Rosal.* Madrid: Edersa, 1999. t. I (se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).

zu DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre.* 4. ed. Bonn, 1950.

E 62. Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/650.

ENGISCH. Recensión de Gerhart Husserl. Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht. MonKrimPsych, 1933. p. 237-241.

_____. Recensión de: Armin Kaufmann. Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. JZ 1962. p. 189-192.

_____. Tun und Unterlassen, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag. Berlín-Nueva York, 1973. p. 163-169.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. *Derecho penal fundamental.* Teoría general del delito y punibilidad. Reimpresión de la 2. ed. Santa Fe de Bogotá, 1995, vol. II.

FERRER. *Comentarios al Código Penal.* Murcia, 1946. t. I.

FRANK. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz.* 18. ed. Tübingen, 1931.

GIMBERNAT. "Causalidad, omisión e imprudencia (1994)". *Ensayos penales.* Madrid: [s.n.], 1999.

_____. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal.* Madrid: [s.n.], 1999.

_____. "El delito de omisión impropia". *RDPC*, vol. 4, 1999, p. 525-553.

_____. "¿Las exigencias fundamentales hasta ahora vigentes de la parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?". *Responsabilidad por el producto, accesoriedad administrativa del derecho penal y decisiones colegiadas*, 2001 (en prensa).

_____. "La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición (1997)". *Ensayos penales.* Madrid: [s.n.], 1999.

_____. "Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual (1992)". *Ensayos penales.* Madrid: [s.n.], 1999.

_____. "Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento (1987)". *Estudios de derecho penal.* 3. ed. Madrid: [s.n.], 1990.

GLASER. *Der Versuch des Unterlassungsdelikts.* MonKrimPsych, 1935.

GÓMEZ BENÍTEZ. "Teoría jurídica del delito". *Derecho penal.* Parte general. Madrid: [s.n.], 1984.

GÖSSEL. Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW 96, 1984.

GRÜNWALD. *Das unechte Unterlassungsdelikt – Seine Abweichungen vom Handlungsdelikt.* Tesis doctoral de Göttingen, 1956.

_____. Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW 70, 1958.

GRACIA. "La comisión por omisión en el derecho penal español". *CDJ.* Madrid, 1995. vol. XXIII.

GÜNGTGE. "Begehen durch Unterlassen. Der gesetzlich Anwendungsbereich des § 13 StGB". *Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen.* Nueva Serie: Baden-Baden, 1995. t. 5.

HERZBERG. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlín, 1972.

HÖPFNER. Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte, ZStW 36, 1915.

HRUSCHKA. "Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, Festschrift für Paul Bockelmann zum 70". *Geburtstag*. Munich, 1979.

HUERTA. *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. Madrid: [s.n.], 1987.

JAKOBS. Strafrecht, Allgemeiner Teil. *Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*. 2. ed. Berlín-Nueva York: [s.n.], 1991 (Hay traducción española de Cuello y González de Murillo, con el título *Derecho penal*. Parte general. Madrid, 1995).

JESCHECK. "Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del derecho comparado". *CCGPJ* 8 (1991). p. 77-90. (artículo publicado también en alemán, con el título *Probleme des unechten Unterlassungsdelikts in rechtsvergleichender Sicht*. Pötz-Festschrift, 1993. p. 115-129).

JESCHECK/WEIGEND. "Lehrbuch des Strafrechts". *Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: [s.n.], 1996. (La 3. ed. alemana de esta obra, con adiciones de derecho español, y con el título *Tratado de derecho penal*. Parte general. Barcelona: [s.n.], 1981, 2 volúmenes, ha sido traducida al castellano por Mir y Muñoz Conde; la 4. ed., por Manzanares, Granada, 1993).

ARMIN KAUFMANN. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen, 1959.

_____. *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*. JuS, 1961. p. 173-177.

v. LISZT/SCHMIDT. "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts". *Einleitung und Allgemeiner Teil*. 26. ed. Berlín y Leipzig, 1932. t. 1.

(LK) STRAFGESETZBUCH. *Leipziger Kommentar*. 11. ed. editada por Jähnke, Laufhütte y Odersky. Berlín-Nueva York, 1993 ss. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).

MAURACH. *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch*. 4. ed. Karlsruhe, 1971. (La 2. ed. alemana de esta obra, con notas de derecho español y con el título *Tratado de derecho penal*. Barcelona: [s.n.], 1962, 2 tomos, ha sido traducida al castellano por Córdoba).

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. t. 2: *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Ein Lehrbuch*. 7. ed. Heidelberg: [s.n.], 1989: se cita según el autor (Gössel o Zipf) que ha actualizado la parte correspondiente de la obra de Maurach. (Hay traducción española de Bofia, con el título *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: [s.n.], 1995).

HELLMUTH MAYER. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Stuttgart, 1953.

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Kohlhammer Studienbücher*. Stuttgart-Berlín-Colonia-Mainz, 1967.

M. E. MAYER. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Heidelberg: [s.n.], 1915; 2. ed., 1923.

MEYER/ALLFELD. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 6. ed. Leipzig, 1907.

MEYER-BAHLBURG. *Beitrag zur Erörterung der Unterlassungsdelikte. Um echte und unechte Unterlassungsdelikte*, tesis doctoral de Hamburgo, 1962.

_____. Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte. MschrKrim, 1965.

MEZGER. *Strafrecht, Ein Lehrbuch*. 2. ed. Munich y Leipzig, 1933; 3. ed., 1949. [La obra ha sido traducida al castellano por Rodríguez Muñoz con el título: *Tratado de derecho penal*, 3. ed., Madrid, 1955, t. I; t. II, 3. ed. (adicionada y puesta al día por Quintano), Madrid, 1957].

MIR. *Derecho penal*. Parte general. 4. ed. corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995. Barcelona: [s.n.], 1996.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho penal*. Parte general. 4. ed. Valencia: [s.n.], 2000. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).

NAGLER. *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*. GS 1938.

NAVARRETE. La omisión del deber de socorro. Exégesis y cómentario del artículo 489 bis del Código Penal. RFDUM, 1959, p. 419-431.

NICKEL. *Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz "nullum crimen sine lege"* (Art. 103 Abs. 2 GG). Berlin: [s.n.], 1972.

(NK) *Nomos Kommentar* zum Strafgesetzbuch, Baden-Baden, (situación: 9.ª entrega, 2001. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).

NOVOA. *Curso de derecho penal chileno*. Parte general. Santiago de Chile, 1960. t. I.

_____. *Los delitos de omisión*. DP, 1983.

OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Madrid, 1986.

OTTER. Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau? Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Bonn, 1973. t. 99.

OTTO. *Grundkurs, Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*. 5. ed. Berlín-Nueva York: [s.n.], 1996.

v. OVERBECK. *Unterlassung durch Begehung*. GS 1922. p. 318-337.

QUINTANO. *Curso de derecho penal*. Madrid: [s.n.], 1963. t. I.

_____. Delito de comisión por omisión. NEncJ Seix, 1975. t. VI.

_____. Delito de omisión. NEncJ Seix, 1975. t. VI.

QUINTERO/MORALES/PRATS. *Manual de derecho penal*. Parte general. 2. ed. Elcano (Navarra), 2000. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).

Resoluciones de la Sección I (delitos de omisión) del XIII Congreso Internacional de la AIDP. El Cairo, 1984, publicadas en castellano en ADPCP, 1984.

RIGHI/FERNÁNDEZ. *Derecho penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*. Buenos Aires: [s.n.], 1996.

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO. *Derecho penal español*. Parte general. 17. ed. Madrid: [s.n.], 1994.

ROMEO. "Límites de los delitos de comisión por omisión". In: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds). *Omisión e imputación objetiva*, 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO. *La omisión del deber de socorro en el Código Penal*. Madrid: [s.n.], 1966.

v. ROHLAND. Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil. Berlín: [s.n.], 1908. t. I.

DEL ROSAL. *Tratado de derecho penal español*. Parte general. 2. ed. revisada por Cobo. Madrid: [s.n.], 1976. vol. I.

ROXIN. An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag. Frankfurt a. M., 1969.

RUDOLPHI. Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz. Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien. Göttingen, 1966. t. 58.

SAINZ CANTERO. "El delito de omisión del deber de socorro". *RGLJ*, octubre de 1960 (se cita de la separata).

SÁNCHEZ TEJERINA. "Teoría de los delitos de omisión". *Delitos de simple omisión, delitos de comisión por omisión, delitos de omisión espiritual*. Madrid: [s.n.], 1918.

SCHMIDHÄUSER. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*. 2. ed. Tübingen, 1975.

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*. Tübingen, 1982.

SCHMITT. Zur Systematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1959. p. 432-434.

SCHÖNE. Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung "unechter" Unterlassungsdelikte. Colonia-Berlín-Bonn-Munich: [s.n.], 1974.

SCHÖNKE/SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch, Kommentar*. 26. ed. Munich: [s.n.], 2001 (se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva fundada por Schönke y continuada posteriormente, hasta su fallecimiento, por Schröder).

SCHULTZ. *Amtswalterunterlassen, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge*. Berlín: [s.n.], 1984. t. 52.

SCHÜNEMANN. Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 (1984).

_____. Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre. Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien. Göttingen, 1971. t. 86.

SILVA. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona: [s.n.], 1986.

_____. "Omisión". *EJB*. Madrid, 1995, p. 4.569-4.571, vol. III.

(SK) *Systematischer Kommentar* zum Strafgesetzbuch, Neuwied situación: entrega 34, octubre 2000 (se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).

STRATENWERTH. *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*. 4. ed. Colonia-Berlín-Bonn-Munich: [s.n.], 2000.

VELÁSQUEZ. *Derecho penal*. Parte general. Santa Fe de Bogotá: [s.n.], 1994.

VOGEL. Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten. Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge. Berlín: [s.n.], 1993. t. 83.

v. WEBER. *Grundriss des deutschen Strafrechts*. 2. ed. Bonn, 1948.

WELZEL. "Das deutsche Strafrecht". *Eine systematische Darstellung*. 11. ed. Berlín: [s.n.], 1969 (la parte general de esta obra ha sido traducida al castellano por Bustos y Yánez, con el título: *Derecho penal alemán*. Parte general. Santiago de Chile: : [s.n.], 1970).

WESSELS/BEULKE. Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. 30. ed. Heidelberg, 2000.

ZAFFARONI. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: [s.n.], 1981, t. III.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: [s.n.], 2000.

1.3

DELITOS INFORMÁTICOS A TRAVÉS DE INTERNET EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

PABLO A. PALAZZI

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Las falencias del Código Penal en materia de tecnologías de la información – 3. Los recientes proyectos de reforma – 4. Conclusiones.

Resumen: El artículo analiza los vacios que presenta el Código Penal argentino en materia de delitos informáticos cometidos a través de Internet. Para ello, examinaremos las normas vigentes en Argentina y luego comentaremos algunos proyectos de reforma en la materia.

Palabras-clave: Argentina – Delitos – Internet – Derecho penal – Estafa informática.

1. Introducción

Este breve artículo tiene por objeto analizar las falencias que presenta el Código Penal argentino en materia de delitos informáticos cometidos a través de Internet. Para ello, examinaremos las normas vigentes en Argentina y luego comentaremos algunos proyectos de reforma en la materia.

2. Las falencias del Código Penal en materia de tecnologías de la información

El Código Penal (CP) argentino en su versión vigente fue elaborado en el año 1906 y aprobado en 1921. Desde esa fecha no ha sido actualizado por una reforma que dé una solución integral al problema de los delitos informáticos.[1]

Es un lugar común entonces señalar la falta de legislación en la materia de delincuencia informática. Sin embargo, un simple repaso de las normas aprobadas en los últimos años nos permiten concluir que en Argentina se ha legislado en cinco oportunidades incluyendo ciertos delitos relacionados con la informática, ya sea en el Código Penal o en sus leyes complementarias.

Así cabe señalar en primer lugar la reforma en 1996 de la Ley Penal Tributaria que penaliza la sustracción, adulteración o falsificación de soportes informáti-

(1) Vid. Pablo Palazzi, *Delitos informáticos*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

cos de la administración penal tributaria con la finalidad de disimular la real situación del contribuyente (art. 12 de la Ley 24.769).

En 1997, la Ley de Secretos Comerciales especificó que los mismos estaban protegidos al estar contenidos en soportes informáticos (arts. 1.° y 2.°, Ley 24.766). Luego vino en el año 1998 la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual que penalizó la copia ilícita de obras de software y bases de datos (Ley 25.036, reformando el art. 1.° de la Ley 11.723).[2]

Posteriormente la Ley de Firma Digital que incluyó a fines del 2001 una definición de documento electrónico en el art. 78 *bis* del CP (Ley 25.506) y la Ley de Protección de Datos Personales que creó dos nuevos delitos relativos a las bases de datos (Ley 25.326, incorporando los arts. 117 *bis* y 157 *bis* al Código Penal).

Estas reformas tienen sus limitaciones. La Ley Penal Tributaria solo protege la adulteración o supresión de los registros informáticos fiscales que tengan como finalidad establecer la situación patrimonial de un contribuyente. La Ley de Firma Digital penaliza las falsedades de "documentos, instrumento privado y certificado", pero no de instrumentos públicos digitales. Como es dable apreciar esta insuficiencia deja un sinnúmero de documentos sin protección penal en el mundo virtual y crea una desigualdad con las falsedades del mundo real. La Ley de Protección de Datos sólo se preocupó del acceso ilegítimo a bancos de datos, pero no contempla en acceso a un sistema informático en general donde no exista un banco de datos con información personal, por lo que tal conducta es atípica. También penalizó la simple inserción de datos falsos en un banco de datos, aunque no exista perjuicio, lo que ha dejado perplejo a mas de un comentarista, pues importa una alteración del bien jurídico protegido por nuestro Código Penal. Por último, la Ley 25.036 penalizó la copia de programas de ordenador pero no estableció excepciones para la copia privada o usos privados.

Pero a estas limitaciones, que desaconsejan la procedencia de reformas parciales y la importancia de una reforma general del Código Penal en la materia, se suman las características de los delitos informáticos, que justifican un tratamiento especializado. Entre otras características cabe resaltar la magnitud de los daños, la internacionalización de esta clase de delitos;[3] la facilidad para

(2) Recién a partir de la modificación manifestada por el legislador en la Ley 25.036 que permite la incorporación de los programas de computación, fuente y objeto a los ejemplos enunciados en el art. 1.° de la Ley 11.723, se inicia el marco de intervención del derecho penal a través de las conductas descriptas en los arts. 71 y 72 de la Ley de Propiedad Intelectual para este tipo de creaciones. Ver C. Nac. Casación Penal, sala 4, 03.10.2000, – Roitman, Adrián R., JA 2001-III-351.

(3) Señalamos entre otros casos con incidencia en conflictos internacionales la decisión de un Tribunal alemán que condenó a la sucursal Compuserve de Estados Unidos por no bloquear el acceso a los *newsgroups* americanos con material pornográfico; la condena francesa a Yahoo! por albergar en sus servidores americanos y sitios de remates material prohibido por el Código Penal francés relacionado con el nazismo y el

cometerlos;[4] y las dificultades para la investigación, que incluye la cooperación entre fuerzas de seguridad y la necesidad de preservar datos en el tráfico de ISP, servidores y empresas de *hosting*.

En general se ha considerado que una gran cantidad de artículos del Código Penal (CP) resultan aplicables a las actividades desarrolladas en Internet.[5] Entre otras se mencionan las normas sobre calumnias e injurias (arts. 109 y 110, CP), secretos (art 153-156, CP), publicaciones obscenas y corrupción de menores (arts. 125 a 128, CP), estafas (arts. 172, CP) e instigaciones basadas en odio racial.[6]

También se han aplicado a sitios de Internet las normas sobre juegos de azar de la ciudad de Buenos Aires. Así en un caso donde se juzgaba la promoción y oferta de juegos *online* contraviniendo las normas que reglamentan la explotación de juegos de azar en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires (Leyes 255 y 538 de la ciudad de Buenos Aires) se sostuvo la obligación del proveedor de advertir en el sitio web sobre las consecuencias de la "ludopatía".[7]

En un caso relativo a una bolsa de trabajo a través de Internet, la Cámara del Crimen sostuvo la falta de configuración de delito alguno. Señaló el tribunal que

"negacionismo"; el caso del virus *Love*, originado en Filipinas y que infectó ordenadores en todo el mundo; o el caso del *hacker* argentino Julio Ardita, que intentó ingresar en ordenadores del gobierno americano y terminó sometido a *probation* en Argentina y Estados Unidos.

(4) Basta con visitar la revista trimestral de *hacker* en <www.2600.com> para comprobar la amplia variedad de material existente y de programas que ayudan a delinquir.

(5) Ver Alejandro Freeland, Internet y derecho penal, JA 2000-II–769; Fernández Delpech, *Internet: su problemática jurídica*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 167-168; Antonio Coghlan y Alejandro Anderlic, "When Web content is illegal", *International Internet Law Review*, Feb. 2001, p. 48.

(6) Cf. Antonio Coghlan y Alejandro Anderlic, op. cit.

(7) Ver Juzgado en lo Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires 3 – 06.11.2001, c.14726-JC/2001 – Leopoldo Inés María s/ infracción a los arts. 3.° y 4.° de la Ley 255 de la Ciudad de Buenos Aires – (apelada). "La responsabilidad primaria en el acatamiento de las leyes vigentes en materia de promoción y oferta de juego recae en cabeza de la encausada, en su carácter de representante legal de la persona jurídica que lleva adelante la explotación comercial y facilita a usuarios el acceso y la utilización de diversos servicios y contenidos que pone a disposición de éstos, o lo hacen terceros, en su portal de Internet. Más allá de las notas particulares del medio de comunicación involucrado en autos (Internet), no se advierten razones fundadas para dispensar un tratamiento diferenciado en igualdad de circunstancias a los restantes medios de comunicación, sobre los cuales rigen indiscutida y pacíficamente las reglas aplicables al caso. Ello en la medida que se verifica la comisión de una conducta idónea para afectar el bien jurídico protegido; entendido como el monopolio que detenta el Estado para regular, administrar y explotar los juegos de azar, restringiendo el que se desarrolle fuera del marco reglamentario y destinando los fondos que produzca el juego ilegal a las necesidades y exigencia de la beneficencia pública".

comprobada que la conducta de los imputados podría infringir las prescripciones de la Ley 13.591 (Dirección Nacional del Servicio de Empleo), la circunstancia de ingresar los datos personales en una computadora con el propósito de conseguir trabajo mediante ese medio, abonando una suma de dinero a la empresa que ofrecía el servicio, no importa comportamiento engañoso idóneo y con ello conducta típica alguna, toda vez que se daba a conocer el tipo de prestación que se ofrecía y con ella la opción de aceptar o no.[8]

En otros ámbitos la jurisprudencia se mostró mas ambivalente, como es el caso de la estafa informática. La interpretación tradicional sostenía que el Código Penal no permitía calificar como estafa la obtención ardidosa de bienes o servicios por medio de computadoras (hardware o software), lo que determinaba que las acciones delictivas sobre programas de ordenador (con proyección también al software utilizado vía Internet para venta de bienes) quedaran calificados como hurto.[9] Estos criterios tenían lugar en parte porque los ordenadores, y en especial Internet no formaban parte del uso diario de las personas. Su incorporación a las actividades mundanas como el uso del correo electrónico o leer noticias por la red – incluso de los propios magistrados –, produjo un cierto cambio de mentalidad en los jueces penales, quienes al usar estas herramientas casi a diario no podrían desentenderse su equivalencia funcional con otros elementos como el correo tradicional o las publicaciones impresas.

La realidad hizo entonces que se comenzara a aplicar en diversos ámbitos de las nuevas tecnologías. Así se dijo que "queda configurado el delito de estafa, con la conducta del sujeto que realiza una astuta maniobra ardidosa con el objetivo de perseguir la adquisición de distintos artículos vía Internet, a través del uso de diversas tarjetas de crédito ajenas, que conducen a error al damnificado".[10] Es del caso notar que no existe persona alguna chequeando esa tarjeta de crédito falsa, sino que el proceso se realiza en forma automática por lo que no existía persona alguna engañada.

Un criterio similar se sostuvo – como vimos – en relación a la revelación de correos electrónicos privados,[11] pese a que la norma penal aplicada data de princi-

(8) C.N.Crim. y Correc. Sala V, Work's house. 16.02.2001, *Bol. Int. de Jurisp.* 1/2001, p. 5.

(9) Configura el delito de hurto y no el de estafa el apoderamiento de dinero efectuado por un empleado bancario, quien mediante el uso del sistema de computación del banco transfiere a su cuenta personal diversas sumas provenientes de otras cuentas. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I 1992/06/04, Carlos M. Iglesias, *La ley*, 1994-B, 441, con nota de Pablo A. Palazzi – JA, 1992-IV-404.

(10) C.N.Crim. y Correc., 19.09.2001, Sala VII, Ezequiel Ricciardi, *Bol. Int. de Jurisp.* 3/2001, p. 185. En igual sentido lo resolvió la Cámara Federal en el caso "Glauberman", comentado en Palazzi, Pablo, *Delitos informáticos*, p. 123.

(11) Ver el C. Nac. Crim. y Corr., sala 6, 04.03.1999, "Jorge Lanata", La Ley, 1999-E, 70, con nota de Marcelo Alfredo Riquert; *DJ* 1999-2-569; JA 1999-III-237; ED, 182-478 y RDNT 3-241 (el apoderamiento indebido de correspondencia enviada a través del correo electrónico puede encuadrarse, *prima facie*, en los arts. 153 y 155 del CP).

pios de siglo y en el momento de su sanción no existía el correo por medio de Internet.

Pero aun quedaban sin sanción penal el daño informático (en todas sus variantes),[12] el acceso ilegítimo a sistemas informáticos,[13] la interrupción de comunicaciones,[14] el robo de bases de datos[15] y la consecuente venta de datos personales.[16] Indudablemente nuestro país no contiene una legislación general en la materia que permita cubrir todas las modalidades existentes en materia de delincuencia informática, muchas de las cuales revisten la suficiente seriedad y trascendencia para merecer un reproche penal.

También se sostuvo que carece de protección penal la creación de una página Web en Internet con los datos filiatorios y domicilio con dos fotos de una persona desnuda con el rostro de la hija del denunciante, por parte de un desconocido, a pesar de haber sido aquél quien tomó la fotografía original y a quien se le habría

(12) C.N.Crim. y Correc., Sala VI, c. 25.221, "Pinamonti, Orlando M.", rta: 30.04.1993, publ. *Bol. Int. de Jurisp.* 2/93, p. 34 y mas recientemente, reiterando el mismo criterio en CNCrim. y Correc. Sala VI, 30.08.2001, *Bol. Int. de Jurisp.* 3/2001, p. 197.

(13) Ver Juzg. Fed. Río Cuarto, 26.04.1999, "Universidad Nacional de Río Cuarto s/denuncia", JA 1999-III-320, con nota de Pablo A. Palazzi. Allí se sostuvo "La conducta consistente en intentar ingresar a un servidor no disponible al público sino a través del conocimiento de una clave, mediante la utilización de la red de datos denominada 'Internet', no constituye delito. Y mas recientemente Jdo. Fed. 1 Instancia firme, LL 11.04.2002 (donde se consideró que el acceso y cambio de la portada del sitio de Internet del Poder Judicial por parte de un grupo de *hackers* no constituía delito alguno).

(14) Ver los fallos citados por Facundo Marín Fraga en su nota *Interrupción de las comunicaciones que se realizan a través de Internet*, en LL 14.12.2001, quien sostiene que Internet no es un servicio público de comunicaciones y por lo tanto las interrupciones del servicio son conductas atípicas. En realidad, nosotros pensamos que Internet parece ser mucho que un solo medio: tiene el potencial para reemplazar al correo, a la radio, a la televisión y a los sistemas de videoconferencias en un solo medio. Desde este punto de vista se trata de un multimedio pero su novedad es justamente lo más negativo para que el derecho penal pueda ampararlo. Ello sin perjuicio de la categorización que para el derecho administrativo argentino quepa otorgarle.

(15) Así en un caso reciente se sostuvo "La sustracción de datos informáticos contenidos en una base de datos no se encuentra protegida legalmente y no encuadra en las previsiones del art. 157 *bis* del CP. La Ley 25.326 se refiere al acceso desautorizado o a la revelación de los informes obrantes en un 'banco de datos', por lo que lo denunciado no podría ubicarse en esta categoría". CNCrim. y Correc. Sala VI, 30.08.2001, *Bol. Int. de Jurisp.* 3/2001, p. 197.

(16) Por Internet circulan diariamente correos electrónicos ofreciendo y vendiendo información en diversos soportes, desde el padrón electoral, las afiliaciones a partidos políticos (datos eminentemente sensibles), la base de datos del registro de las personas, de la propiedad, cruzadas con la de la Anses, bases de datos de marketing. El problema es que la Ley 25.326 prohíbe el acceso ilegítimo a un banco de datos personal pero nada dice acerca de la comercialización o venta de esos datos.

plagiado la misma, no encuadra dentro de las previsiones de la Ley 11.723, pues no se dan los requisitos de originalidad y creatividad que la misma reclama para otorgar protección legal a la simple fotografía con la cual se habría confeccionado el documento mencionado y además por no encontrarse registrada ante el organismo respectivo con el fin de resguardar la propiedad intelectual.[17]

Existe también una serie de problemas procesales penales qué complican o hacen difícil la investigación penal.

Uno es el relativo a la competencia cuando el delito se comete en Internet: en los delitos denominados a distancia el hecho punible se estima cometido en todas las jurisdicciones en las cuales se ha desarrollado la acción, lo que permite la elección de una de dichas jurisdicciones atendiendo a diversas razones que la jurisprudencia y doctrina han enumerado.[18] Ante la multiplicidad de lugares de perpetración delictiva, se impone que conozca en las actuaciones el juzgado que resulte más conveniente para la eficacia de la pesquisa, mayor economía procesal y mejor defensa de los procesados.[19]

El otro es el relativo a los recaudos constitucionales para la obtención de las pruebas. Las comunicaciones electrónicas, los mensajes digitales y las nuevas formas de comunicación a través de Internet deben gozar de las mismas garantías de inviolabilidad de las que goza la correspondencia tradicional (art. 18 de la Constitución Nacional).[20] El problema es que no todas las comunicaciones realizadas en Internet poseen esta característica. A veces una comunicación en un *chat* o un mensaje "posteado" o subido a un foro público, por su naturaleza, no requerirán una orden judicial para su secuestro. Por ahora, los tribunales han convalidado la inter-

(17) C.N.Crim. y Correc. Sala I, FA2PPIANO, Guillermo. 11.02.2000.

(18) Fierro, delitos en Internet, en LLxxx C.S.J.N., C 167 XXIV, Carlos Nieto, rto: 07.04.1992 y C 90 XXIII, Domingo Esquivel, rto: 04.09.1990, entre otros. Ver también Sergio Amadeo y Pablo Palazzi, *Código Procesal Penal de la Nación*, anotado con jurisprudencia, Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 104-105.

(19) C.N.Crim. y Correc. Sala IV, 23.03.2001, Mariano M. Nibetto, Bol. Int. de Jurisp. 1/2001, p. 22, con cita del fallo de la C.S.J.N., C 167 XXIV, Carlos Nieto, rto: 07.04.1992 y C 90 XXIII, Domingo Esquivel, rto: 04.09.1990.

(20) Así un tribunal comercial de primera instancia sostuvo que "no se advierten motivos para que – aun sin existencia de legislación especifica – el denominado "correo electrónico" escape de la protección constitucional a la "correspondencia epistolar" (Constitución Nacional, art. 18), habiendo sido ratificada esa protección con toda amplitud por la corte suprema en el caso "Dessy, Gustavo Gastón s/ *habeas corpus*" (fallos 308:1392, p. 1428 y 1475. Asimismo: Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17; Declaración Americana de los Derechos del Hombre, art. X; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11.2) y admitida también jurisprudencialmente en el ámbito del derecho penal, donde la analogía esta prohibida (cncriminal y correcc., sala VI, 04.03.1999, Jorge Lanata). Juzgado Comercial 18, 23.10.2001, "g., d. e. c/ c. sa s/ diligencia preliminar".

cepción de correos electrónicos privados – realizada en España como consecuencia de una pesquisa que llevó a la detención de ciertas personas en aquel país con motivo del intercambio de material pornográfico infantil –, sosteniendo que la información brindada por Interpol/España a su par Argentina constituyó una mera *notitia criminis* a partir de la cual se comenzó a investigar en la Justicia argentina.[21]

3. Los recientes proyectos de reforma

Lo expuesto llevó a intentar legislar este fenómeno pero por falta de interés del Congreso los proyectos elaborados a la fecha no habían prosperado.

A fines del año 2001, la Secretaría de Comunicaciones preparó un anteproyecto, que fue publicado en el Boletín Oficial y abierto a discusión y sugerencias mediante un procedimiento de consulta y audiencia publica.[22] Este anteproyecto de ley contenía cinco artículos que en forma autónoma – sin incorporarlos al Código Penal – proponía penalizar el acceso ilegitimo, el daño informático y el fraude informático.

Posteriormente, el Ministerio de Justicia y la Procuración General de la Nación elaboraron un proyecto que fue elevado para su presentación al Congreso, a mediados del 2002. Este último proyecto tuvo su origen en la conmoción que causó la sentencia de un juez federal que declaró atípica la conducta consistente en remplazar la página de Internet del Poder Judicial con un archivo conteniendo una proclama recordando un año del asesinato del fotógrafo José Luis Cabezas.[23] El juez concluyó que la conducta investigada era atípica y, raíz de ello, el Alto Tribunal solicitó al Ministerio de Justicia que elaborara un proyecto de ley para suplir el vacío existente.[24]

El Ministerio de Justicia, conjuntamente con el Ministerio Público, elaboró un proyecto de ley, elevado al Presidente de la Nación el 27.05.2002. Este proyecto contiene una amplia reforma del Código Penal en materia de delitos informáticos.

En este proyecto se propone incorporar como art. 153 *bis* del CP el acceso ilegítimo a sistemas informáticos, superando las limitaciones del acceso ilegítimo tipificado en la Ley 25.326 (que como vimos se aplica solo a bancos de datos). También incorpora como una nueva figura en el art. 153 *ter* el delito consistente en la violación a la privacidad a través de escuchas, intercepción, grabaciones o difusión de palabras, conversaciones, imágenes, correo electrónico o documentos

(21) CNCrim, Sala VI, 1.°.03.2001.

(22) Ver Resolución 476/2001 de la Secretaria de Comunicaciones (*BO* 26.11.2001). También se presentó un proyecto de ley de protección del correo electrónico: <http://infoleg.mecon.gov.ar/normas/68794.htm>.

(23) Jdo. Federal. 1er la Instancia firme, "Marcelo Gornstein y otros s/ delito de acción pública", LL 11.04.2002.

(24) CSJN, Resolución 30/2002.

digitales o electrónicos. Esta norma es importante para llenar el vacío que existe legislativamente en nuestro derecho penal en relación a ese bien jurídico, sobre todo con la facilidad con que es posible recoger datos personales a través de Internet y de otros medios y dispositivos tecnológicos.

El proyecto propone incorporar la estafa informática (art. 173 *bis*, CP) y el daño informático en una figura simple (art. 183, CP), una versión agravada (art. 184, CP), otra relativa a los daños producidos en relación a estragos (art. 186, CP) y finalmente aquellos producidos durante la transmisión de datos (art. 197, CP). Esta inclusión es importante, pues como ha demostrado la doctrina, es muy difícil incluir dentro de nuestra legislación penal vigente las conductas relacionadas con cualquier clase de interrupción o alteración de las comunicaciones a través de Internet.[25]

También se propone reformar el art. 255 del CP para sancionar la destrucción e inutilización de pruebas informáticas y se prevé la falsedad informática en el art. 292. Esta última inclusión evita toda duda respecto a la falsedad de instrumentos públicos informáticos que dejaba abierta el art. 78 *bis* del CP incorporado por la Ley de Firma Digital.

Lo interesante de proyecto es que respeta la estructura actual del Código Penal tanto en sus bienes jurídicos como en la configuración de sus figuras básicas, haciendo mas entendible y fácil de aplicar por parte de jueces y fiscales. Creemos que de aprobarse esta norma, se habrán llenado la casi totalidad de los vacíos existentes en materia de delitos informáticos a través de Internet.

El único tema pendiente es el de la pornografía infantil y pedofilia, donde la reforma no contempla nuevas figuras. Pese a que recientemente el Congreso legisló estas materias, no se incluyó en forma específica el delito de distribución de pornografía infantil.

4. Conclusiones

Como es dable apreciar, pese a carecer de normas expresas en la materia, Argentina presente un amplio desarrollo en materia de delitos informáticos.

Sin embargo, en derecho penal resulta necesaria una reforma del Código Penal para que la mayoría de sus figuras básicas, que pronto tendrán un siglo de vigencia, puedan estar a tono con la tecnología. Esta reforma debería también tener lugar en los códigos penales de la región, puesto que como vimos, una de las notas de la delincuencia tecnológica es su internacionalización.

[25] Cf. el excelente artículo de Facundo Marín Fraga, *Interrupción de las comunicaciones que se realizan a través de Internet*, LL 14.12.2001.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

AFINAL, QUANDO É POSSÍVEL A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA?

GABRIEL BERTIN DE ALMEIDA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A prisão cautelar e seus requisitos – 3. As diversas definições do conceito de ordem pública. A posição da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência – 4. A prevenção especial negativa como fundamento da prisão preventiva para a garantia da ordem pública fundada na periculosidade do agente – 5. A periculosidade do agente e a culpabilidade pela conduta de vida – Bibliografia.

Resumo: No presente texto pretende-se abordar tema processual penal sempre controvertido, qual seja, o da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Veremos como a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência têm definido o conceito de ordem pública, cuja garantia poderia implicar decretação desse tipo de prisão cautelar. Dessa análise jurisprudencial, sobretudo no que se refere aos tribunais superiores, concluir-se-á que a periculosidade do agente é hoje o fundamento mais vigoroso para a decretação de prisão preventiva com a finalidade mencionada. Veremos também que tal fundamento não se compatibiliza com o princípio da culpabilidade e que, por isso, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública é atualmente fonte de grande insegurança jurídica.

Palavras-chave: Prisão preventiva – Ordem pública – Clamor público – Periculosidade – Prevenção.

1. Introdução

A prisão preventiva, como se sabe, pode ser decretada, nos termos do art. 312 do CPP, entre outros motivos, para garantir-se a ordem pública. Em que pese existirem várias tentativas de definição do conceito de ordem pública, até hoje se vê que os decretos de prisão preventiva com esse tipo de justificação apresentam as mais diversas fundamentações: ora se fala em confiabilidade da justiça, ora em acautelar-se o meio social, ora na periculosidade do acusado, ora no clamor público, ora na gravidade do crime, ora na segurança do próprio ofendido. Enfim, a ordem pública é ainda hoje um conceito extremamente ambíguo e, por isso, preocupante motivo de insegurança jurídica. Diria até que a situação de indefinição desse conceito e, conseqüentemente, da exata definição das hipóteses de cabi-

mento da prisão preventiva para sua garantia (da ordem pública) é, ela mesma, uma forma de perturbação dessa ordem.

Nos últimos anos, com a decretação da prisão preventiva de alguns "ilustres personagens da República", como, por exemplo, o ex-presidente do Senado, Jader Barbalho, o banqueiro Salvatore Cacciola, o ex-Senador Luis Estevão, todos posteriormente colocados em liberdade, a controvérsia que afligia somente os operadores do direito (e continua afligindo) passou também a afligir toda a população, que percebeu a irracionalidade do mecanismo de decretação de prisão preventiva no País. Perguntava-se por que tais figuras são postas em liberdade enquanto muitos outros anônimos acusados de crimes patrimoniais menos relevantes têm seus pedidos de liberdade sistematicamente negados, justamente, na maioria das vezes, sob o argumento de que estar-se-ia garantindo a ordem pública.

O presente trabalho tem por finalidade, portanto, verificar como tem sido definido o conceito de ordem pública pelos tribunais e também pela doutrina, e, a partir disso, procurar dar coerência a esse emaranhado de informações e precedentes, concluindo-se pela afirmação ou não da existência de fundamentos eficazes da prisão preventiva, quando decretada para tal fim (para a garantia dessa ordem pública).

2. A prisão cautelar e seus requisitos

A prisão, com se sabe, usualmente dá-se depois do trânsito em julgado da sentença condenatória que impõe pena privativa de liberdade. No entanto, essa privação de liberdade pode dar-se antecipadamente. Isso assim ocorre quando são decretadas as chamadas prisões cautelares, processuais ou provisórias, que são as seguintes: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão resultante de sentença condenatória não transitada em julgado e prisão resultante de pronúncia.

Essas prisões cautelares, justamente por acontecerem antes da condenação definitiva, são medidas de exceção, cabíveis somente em situações extremas, quando presentes os requisitos básicos para a custódia.

No caso específico da prisão preventiva, há uma série de requisitos para sua decretação. Inicialmente, devem estar presentes os chamados *pressupostos da prisão*, que são a prova da existência do crime e os indícios suficientes da autoria. Tais pressupostos constituem o *fumus boni iuris* para a prisão cautelar preventiva. Além da fumaça do bom direito, deve fazer-se presente uma das *hipóteses de seu cabimento*, que são as seguintes: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal e garantia da ordem econômica. Se configurada uma dessas hipóteses de cabimento, caracteriza-se o chamado *periculum in mora*.

Enfim, a prisão preventiva só cabe quando estiverem presentes o *fumus boni iuris* (pressupostos) e o *periculum in mora* (hipóteses de cabimento).[1] Delimitando nosso tema, passaremos a discutir somente o *periculum in mora* e, mais especificamente, o conceito de ordem pública.

3. As diversas definições do conceito de ordem pública. A posição da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência

É muito comum ver decisões a respeito de pedidos de prisão preventiva que simplesmente repetem a fórmula legal, afirmando, *tout court*, que a prisão é cabível para a garantia da ordem pública. Nesses casos, nem mesmo se tenta definir o que é ordem pública e muito menos por que sua garantia estaria em jogo. Evidentemente, são decisões nulas *ipso iure*. Fauzi Hassan Choukr diz que a simples "repetição da fórmula legal é presente em várias decisões, sendo uma das linhas mais perceptíveis, mesmo porque não se dá ao trabalho de tentar definir o que seja ordem pública, limitando a decretar a prisão cautelar (ou mantê-la apenas proferindo a letra da lei)".[2]

Há ainda quem diga que a segurança do próprio acusado pode ensejar decretação da prisão preventiva para a preservação da ordem pública.[3] Nesses casos, seria mais seguro deixar o acusado preso, em razão da notoriedade do crime cometido e, conseqüentemente, livre dos perigos que correria se permanecesse solto. Enfim, tutelar-se-ia a vida ou integridade física de alguém privando-o de sua liberdade, o que evidentemente não se pode admitir.

Por outro lado, alguns julgados, ainda comuns, costumam identificar ordem pública com (i) credibilidade da Justiça, com (ii) a necessidade de acautelar-se o meio social e com (iii) a gravidade do crime cometido. Parte da doutrina também procura definir ordem pública nesses mesmos termos: "o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão".[4]

É importante notar que os três aspectos acima mencionados usualmente são acompanhados de um quarto, o clamor público. Assim, embora se costume afir-

(1) Sobre o tema, diz Fernando Capez que: "Na verdade, o que a doutrina tradicional chama de pressupostos nada mais é do que um dos requisitos da tutela cautelar. Com efeito, esses pressupostos constituem o *fumus boni iuris* para a decretação da custódia (...). Fundamentos: nada mais são do que o outro requisito da tutela cautelar, qual seja, o *periculum in mora*". *Curso de processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1997. p. 212.

(2) "A 'ordem pública' como fundamento da prisão cautelar – Uma visão jurisprudencial". *RBCCrim* 4/92, São Paulo: RT, out.-dez. 1993.

(3) TJRJ, HC 8402, j. 09.06.1983, rel. Des. João Francisco, *RT* 589/397.

(4) MIRABETE, Julio F. *Processo penal.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 371.

mar que a gravidade do crime, por si só, não implique a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública, essa gravidade, quando colocasse em dúvida a "credibilidade da Justiça", tornando necessário "acautelar-se o meio social", em razão do "clamor público" existente, justificaria a prisão.[5] Enfim, todos esses aspectos, que na verdade não são elementos inteiramente individualizáveis e, portanto, decorrem uns dos outros, constituiriam o abalo à ordem pública, que, assim, precisaria ser garantida com a constrição da liberdade do acusado.

Vejamos algumas passagens de julgados que adotam tal posição: "No conceito de ordem pública, insere-se a necessidade de preservação da credibilidade do Estado e da Justiça, em face da intranqüilidade que os crimes de determinada natureza vêm gerando na comunidade local";[6] "nem sempre as circunstâncias da primariedade, bons antecedentes e residência fixa são motivos a obstar a excepcional medida, se presentes os pressupostos para tanto. O clamor público, no caso, comprova-se pela repulsa profunda gerada no meio social".[7]

No entanto, os tribunais, sobretudo os superiores, parecem cada vez mais estar firmando o entendimento de que essas situações de intranqüilidade social (clamor público), decorrentes de crimes graves e da falta de confiança no sistema judiciário como um todo, não podem embasar decreto de prisão preventiva. Vejamos:

O STF assim vem decidindo: "Prisão preventiva – Inadmissibilidade se ausente a demonstração, em concreto, do *periculum libertatis* do acusado. Irrelevância da gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, da reprovabilidade do fato e do conseqüente clamor público".[8] Do voto do Ministro-relator, porque relevante para a presente discussão, extrai-se: "Tal como fundamentada, a prisão preventiva, *data venia*, é insustentável. Tanto o decreto impugnado quanto as decisões que o avalizaram e, agora, o parecer da Procuradoria-Geral da República traem maldisfarçada nostalgia da velha prisão preventiva obrigatória e o vezo que lhe era inerente de abuso da detenção cautelar como forma de antecipação de sanção penal. São vícios freqüentes nas prisões preventivas decretadas com base unicamente na invocação de garantia da ordem pública, confundida com a autorização para utilizar a medida com fins, não apenas de prevenção especial, já em si discutível, mas sobretudo de prevenção geral, de todo incompatíveis com a presunção constitucional de não culpabilidade. A jurisprudência do tribunal – com raras exceções – tem sido rigorosamente avessa a expedientes do gênero: assim, por exemplo, tem pro-

(5) Fernando Capez diz que, para a garantia da ordem pública, "a prisão cautelar é decretada com a finalidade de (...) acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da Justiça, em crimes que provoquem clamor público". Op. cit., p. 213.

(6) TJMG, *Habeas corpus*, rel. Jesus de Oliveira Sobrinho, *RT* 594/408.

(7) STJ, HC 2660-8, rel. Min. Anselmo Santiago, *DJU* 06.03.1995, p. 4.386.

(8) STF, RO em HC 79.200-6-BA, 1.ª T., j. 22.06.1999, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *RT* 770/510.

clamado que nem a gravidade abstrata do crime, ainda quando qualificado de hediondo (*v.g.*, HC 65.950, Rezek, *RTJ* 128/147; HC 67.850, Pertence, *RTJ* 131/667; HC 76.730, Galvão, 10.03.1998; HC 79.204, Pertence, 1.º.06.1999), nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público (HC 71.289, Galvão, 09.08.1994) justificam por si sós a prisão preventiva, se não se demonstra em concreto a ocorrência do *periculum libertatis*, que é medida da necessidade cautelar que a legitima".

Esse último entendimento, como mencionado, é o que vem se solidificando na jurisprudência, sobretudo nos tribunais superiores. Assim, se o clamor público decorrente da gravidade do crime ou da falta de confiabilidade no sistema penal em geral não justifica a imposição de prisão preventiva, é evidente que esses últimos dois aspectos, por si sós, ou mesmo unidos, sem a presença do referido clamor, com maior razão, igualmente não podem ensejar prisão preventiva. Mais adiante veremos mais detidamente por que esses aspectos não podem motivar adequadamente a prisão preventiva, embora a decisão acima mencionada já indique os motivos.

Estabelecido que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública não é cabível nas hipóteses de restauração da credibilidade da Justiça, da necessidade de acautelar-se o meio social, da gravidade do crime cometido e, ainda, quando da existência de clamor público, eis que tais fatores não demonstram o perigo decorrente da manutenção da liberdade do acusado, resta verificar-se um último e importante fundamento usual da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, isto é, a periculosidade do agente, que pode ou não vir acompanhada daquelas demais situações, acima mencionadas.

Essa periculosidade pode ser aferida de várias formas. Inicialmente, deve-se dizer que o agente potencialmente criminoso pode ser assim considerado porque (i) cometeu novos crimes, ou porque (ii) *pode* vir a cometê-los. São, portanto, situações bem diferentes.

No primeiro caso, não há presunção de periculosidade, pois só comentendo novo crime, subsequente ao anteriormente cometido, que ensejou pedido de prisão, poderia o agente vir a ser preso. Nesse sentido, já decidiu o STJ que: "A reiteração da mesma conduta criminosa após ter sido beneficiado com liberdade provisória concedida mediante pagamento de fiança indica personalidade direcionada ao crime, o que justifica sua prisão preventiva como garantia da ordem pública".[9] Parte da doutrina também entende que a periculosidade só justifica a custódia preventiva se o acusado continuar a praticar crimes, repugnando qualquer tipo de presunção: "Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se

[9] STJ, RHC 8048, rel. Min. Vicente Leal, *DJU* 23.11.1998, p. 211. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jusrisprudencial*. São Paulo: RT, 1999. p. 1.979.

estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública".[10]

A segunda situação de decretação de prisão em virtude da periculosidade do infrator presume que este, *a priori*, pode vir a cometê-los. "Sem dúvida, não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em *dupla presunção*: a primeira, de que o imputado realmente cometeu o delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumar o delito tentado".[11]

Grande parte dos que se posicionam dessa forma (presumindo a periculosidade do agente) indica como "indícios" da periculosidade justificadora da prisão a reincidência e os maus antecedentes. No caso do agente permanecer solto, haveria "evidente perigo social decorrente da demora em aguardar o provimento definitivo, porque até o trânsito em julgado da decisão condenatória o sujeito já terá cometido inúmeros delitos. Os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos, e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva com base nessa hipótese".[12] O STJ assim já se pronunciou sobre o assunto: "Efetivamente, a custódia preventiva encontra amparo na garantia da ordem pública, haja vista que o recorrente, reincidente em crime doloso, como anota o parecer ministerial, apresenta comportamento agressivo, acarretando intranquilidade social".[13] A presidência do STF decidiu liminarmente caso que envolvia o cantor Marcelo Pires de Oliveira, conhecido como Belo, acusado de participação no tráfico de drogas carioca, da seguinte forma: "O paciente viu-se envolvido no episódio e, uma vez decretada a preventiva, apresentou-se ao juízo. Mais do que ninguém, tem interesse no esclarecimento dos fatos, sendo impróprio enquadrá-lo como de periculosidade, nivelando-o a outros acusados, como é o caso de Elias Ferreira da Silva, vulgo Elias Maluco, já com ficha penal condenável".[14] Nesses termos, isto é, porque o paciente não foi considerado perigoso (não tinha ficha penal condenável), foi deferido liminarmente o *writ*.

Portanto, dessa análise já se verifica que o entendimento jurisprudencial hoje dominante é o de que a ordem pública deve ser garantida pela decretação de prisão preventiva quando se verifica a periculosidade do agente, muitas vezes de forma presumida. A credibilidade da Justiça, a necessidade de acautelamento do

(10) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. vol. 3, p. 428.

(11) DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 179.

(12) CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 213.

(13) STJ, RHC 5604-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6.ª T., *DJ* 14.10.1996, *RSTJ* 88/290.

(14) STF, HC 82.165.1-RJ, Min. Marco Aurélio, decisão de 11.07.2002, <www.conjur.com.br>.

meio social e a gravidade do crime, seguidos ou não de clamor público, parecem não mais impor (reconhecendo a existência de várias exceções), como impunham, esse tipo de prisão.

Assim, pode-se concluir que esse juízo sobre a periculosidade do agente, pelo que apontam nossos tribunais, é o principal e mais vigoroso fundamento da prisão preventiva como garantia da ordem pública. Partindo dessa premissa, vejamos como se explica esse entendimento e, posteriomente, se é possível sustentá-lo frente aos mais elementares princípios constitucionais penais.

4. A prevenção especial negativa como fundamento da prisão preventiva para a garantia da ordem pública fundada na periculosidade do agente

A prisão, como pena decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, tem como finalidade, dependendo da teoria adotada, a retribuição ou a prevenção.[15] Esta última finalidade costuma ser dividida em prevenção geral e especial. A prevenção geral pretende atuar sobre todos os cidadãos, ou seja, sobre a comunidade como um todo. Já a prevenção especial diz respeito apenas ao indivíduo submetido à prisão. Essas duas formas de prevenção, por sua vez, dividem-se em positiva e negativa. Vejamos cada uma delas.

A prevenção geral positiva é a que "fomenta e assegura os laços de confiança institucional no sistema".[16] A pena serviria aqui para mostrar que existem normas a serem seguidas e que sua não observação implica consequências juridicamente previstas. A prevenção geral negativa é o efeito gerado pela imposição de pena no sentido de intimidar possíveis futuros infratores, ou seja, por meio dela pretende-se que a pena aplicada sirva de exemplo desenconrajador da prática de delitos. É a teoria da coação psicológica, inicialmente formulada por Feuerbach.

A prevenção especial positiva pretende que a pena imposta ao infrator tenha caráter ressocializador, isto é, que ela possa reeducá-lo, fazendo com que ele tenha condições de observar a lei penal, o que possibilitaria sua reinserção social. Acredita-se na pena, aqui, como instrumento pedagógico socializador. Já a prevenção especial negativa decorre da necessidade de evitar-se que o infrator volte a praticar crimes, ou que ele "expresse sua maior ou menor periculosidade nas suas relações sociais".[17] É o que se chama de inocuização, isto é, retira-se o delinqüente do meio social para evitar suas futuras e prováveis ações deletérias.

(15) Refiro-me à teorias absolutas e relativas. Sobre o assunto, vide: MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado Social y Democratico de Derecho*. Barcelona: Bosch, [s.d.]. p. 15 *et seq.*; e TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos, o mito da repressão penal*. São Paulo: RT, 1996. p. 104 *et seq.*

(16) TORON, Alberto. *Crimes hediondos...*, cit., p. 115.

(17) Idem, ibidem, p. 119.

Note-se que as características acima mencionadas são finalidades da pena de prisão, e não da prisão cautelar ou processual. Deve-se desde logo, então, diferenciar entre prisão-pena e prisão cautelar. A primeira tem as finalidades acima referidas. E a segunda? Luiz Flávio Gomes diz que a "prisão como *pena* pode ter finalidade de prevenção geral – positiva ou negativa – ou prevenção especial – positiva ou negativa –, mas como medida cautelar jamais pode assumir tais encargos. O juiz que decreta uma prisão cautelar 'para intimidar outras pessoas', para 'servir de exemplo', está absolutamente equivocado e, pior, não está demonstrando o caráter instrumental da providência acautelatória".[18]

Mas a prisão cautelar não pode basear-se em nenhuma das formas de prevenção? Conforme verificado acima, segundo nossa doutrina e jurisprudência, a prevenção geral, positiva e negativa, e a prevenção especial positiva não são fundamentos da prisão cautelar. Por quê? Justamente porque, segundo nossos tribunais, o chamado *periculum libertatis* não se configura nesses casos, motivo pelo qual a instrumentalidade desse tipo de prisão não se faz presente. Por isso, não seria o caso de se contrariar o consagrado princípio da presunção de inocência, que diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5.º, LVII). Dessa forma, o que se tem é que a intimidação, a confiança institucional no sistema e o caráter ressocializador da pena não se coadunam com o princípio constitucional acima referido e, por isso, só devem fazer-se presentes na prisão-pena, e não também na prisão cautelar. A restauração da credibilidade da Justiça, a necessidade de acautelar-se o meio social, a gravidade do crime cometido e a existência de clamor público, fundamentos usuais da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, têm nitidamente funções de prevenção geral, o que não se pode admitir.

De outro modo, a inocuização, em razão da periculosidade do agente, seria fundamento apto de decreto de prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Nesse caso, a prisão cautelar teria apenas caráter instrumental, isto é, de impedir, repita-se, em razão da periculosidade do agente, que este pratique novos crimes. Germano Garcia da Silva afirma: "O direito à presunção de inocência não é compatível com a aplicação da medida de prisão preventiva por razões de prevenção geral nem de prevenção especial positiva. A pena, enquanto meio de proteção de bens jurídicos tutelados pela norma penal incriminadora e declarada que foi já a responsabilidade do argüido, pode compatibilizar-se com essas funções, não as medidas cautelares, nomeadamente a medida mais gravosa entre todas: a prisão preventiva".[19]

Enfim, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, com fundamento na periculosidade do agente, seria, atualmente, segundo o entendimento jurisprudencial mais atualizado, o critério de definição de hipótese de cabimento des-

(18) GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 44.

(19) Apud GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 44-45.

se tipo de prisão, eis que seria esse o único caso de possibilidade de contrariedade ao princípio da presunção de inocência. Só a hipótese na qual a liberdade do acusado coloque em risco a ordem pública (em razão de sua periculosidade, que implicaria na possibilidade de vir a praticar novos crimes) justificaria possível decretação de preventiva. Assim, a presunção de inocência não é absoluta, devendo ceder somente em razão do chamado *periculum libertatis*.

A confiabilidade do sistema penal, a necessidade de acautelar-se o meio social e a gravidade do crime, seguidos ou não do chamado clamor público, como mencionado, não seriam argumentos aptos a embasarem decretos de prisão, porque não teriam caráter unicamente intrumental, indispensável para a custódia cautelar, qual seja, o de prevenir a prática de novos crimes. Não justificam, portanto, a inobservância do princípio da presunção de inocência.

A título de ilustração, veja-se decisão do STJ que representa fielmente esse entendimento, isto é, o de que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública deve exclusivamente impedir a ocorrência de novos crimes, nada mais do que isso: "A prisão para garantir a ordem pública tem por escopo impedir a prática de novos crimes, não se erigindo o fato objetivo de ser o paciente jovem indicativo de sua necessidade, circunstância, aliás, que deve recomendar maior cautela no manejo de excepcional medida. Clamor popular e gravidade do crime, com proposições abstratas, de cunho subjetivo, não justificam o ferrete da prisão, antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória".[20]

Depois de termos estabelecido nossa premissa (que comporta, como visto, grande número de exceções, mas que, ao mesmo tempo, parece ser o caminho a ser seguido por nossos tribunais, sobretudo os superiores) de que a periculosidade do agente é atualmente o fundamento que tem justificado a imposição de prisão preventiva como garantia da ordem pública e, ainda, de termos visto que isso assim se dá porque a prevenção especial negativa (inocuização) é a única forma de prevenção que possui caráter exclusivamente instrumental,[21] vejamos se é possível explicar-se a situação mencionada no início de nossa exposição, referente à perplexidade causada pela frequente soltura de ilustres figuras presas em razão, usualmente, da prática de crimes financeiros ou de corrupção, enquanto que réus anônimos, detidos sob a acusação de prática de outros cri-

(20) STJ, HC 5626-MT, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6.ª T., *DJ* 16.06.1997, *RSTJ* 98/401.

(21) Certamente pode-se dizer que a prevenção geral positiva, isto é, a necessidade de demonstrar-se a confiabilidade institucional do sistema, tornando viva na população a relação entre crime e pena, tem, em tese, caráter instrumental. No entanto, entendo que esse tipo de prevenção somente teria esse caráter em situações excepcionalíssimas, em que a comoção social decorrente da prática do crime fosse de tal grandeza que originasse situação inaceitável de desordem, o que muito raramente ocorre. Assim, em razão dessa raridade, esse tipo de prevenção não pode justificar prisão cautelar. Conseqüentemente, a necessidade de tutelar-se a confiabilidade institucional do sistema penal não pode servir de hipótese de cabimento de prisão preventiva.

mes, em regra patrimoniais, permanecem detidos, pelos mesmos motivos, isto é, para a garantia da ordem pública.

Como já visto, o adjetivo "perigoso" é usualmente atribuído *a priori* a infratores reincidentes e com maus antecedentes. Ora, a criminalidade financeira e os crimes de corrupção não são em regra praticados por pessoas que têm antecedentes criminais. Logo, nossos tribunais não os consideram perigosos. Por isso, não cabe contra eles prisão preventiva para a garantia da ordem pública, que, como visto, dá-se em razão dessa periculosidade.

A criminalidade patrimonial (furtos, roubos, estelionatos, demais fraudes etc.) em geral é praticada usualmente por pessoas que mais comumente caem nas malhas da Justiça. Está mais próxima da vigilância policial. Aliás, a investigação de crimes como o furto e o roubo normalmente é mais simples do que a de crimes contra a ordem econômica ou tributária, ou de crimes de corrupção, por razões óbvias. Logo, os praticantes daqueles crimes comumente têm antecedentes criminais e, conseqüentemente, são considerados "perigosos".

Mas o que importa notar é que assim como o ladrão habitual, que pratica furtos ou roubos, pode continuar a praticar tais espécies de crimes se continuar solto, da mesma forma, o sonegador habitual, ou o gestor que costuma usar de fraude, por exemplo, pode igualmente continuar a agir da mesma forma, isto é, ambos representam, em tese, "perigo à ordem pública". O diferencial é, como já se disse, a existência de antecedentes e a reincidência.

Diz Cezar R. Bitencourt, citando Schmidauser, que, "com um conceito de *perigosidade*, assemelhado ao de *associabilidade*, deixam-se de fora com muita frequência espécies de delinqüências paradoxalmente perigosas, por exemplo: a chamada delinqüência do *confort*, compostas por indivíduos pertencentes às classes sociais privilegiadas. Lembra Schmidauser que não são os delinqüentes verdadeiramente perigosos que vão a julgamento nos tribunais, mas os menos hábeis, ou seja, os que calcularam mal as probabilidades de serem descobertos".[22]

Pode-se dizer, então, que a prisão das já mencionadas e "ilustres" figuras da República, determinada por juízes de primeiro grau, deveu-se certamente a um lampejo de "democratização" da rigorosa aplicação da prisão cautelar, sobretudo a preventiva. Pretendeu-se dizer que não só os pobres são preventivamente presos no Brasil, mas, agora, também os ricos. No entanto, nesses casos, nossos tribunais, fazendo valer o entendimento de que somente infratores perigosos, portadores de maus antecedentes ou reincidentes, o que não era o caso dos já mencionados políticos, banqueiros e empresários, podem causar a desordem pública, determinaram que fossem libertados.

Assim se explica, portanto, aquela perplexidade, a princípio antidemocrática, causada pela difícil compreensão das hipóteses de cabimento da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. No próximo item, passaremos a analisar se

(22) *Falência da pena de prisão*. São Paulo: RT, 1993. p. 126-127.

essa situação pode manter-se diante da moderna concepção do direito penal e processual penal, isto é, se a prisão preventiva em razão da periculosidade do agente pode legitimamente ser aplicada sem contrariar os postulados básicos que regem a imposição de penas.

5. A periculosidade do agente e a culpabilidade pela conduta de vida

Distinção já elementar na dogmática penal é a feita entre direito penal de culpabilidade (de ato) e direito penal de periculosidade (de autor). No primeiro caso, o agente pode ser responsabilizado porque determinada conduta sua, isto é, o ato por ele praticado, é reprovável. No segundo caso, diferentemente, o agente de determinado ato é punido não em razão da reprovabilidade do ato em específico, mas sim porque sua conduta anterior, ou seja, seu modo de vida, demonstra sua periculosidade. Tratando da culpabilidade, Zaffaroni e Pierangeli fazem a seguinte distinção: "Na culpabilidade de ato, entende-se que o que se reprova ao homem é a sua ação, na medida da possibilidade de autodeterminação que teve no caso concreto. Em síntese, a reprovabilidade de ato é a reprovabilidade do que o homem fez. Na culpabilidade de autor, é reprovada ao homem a sua personalidade, não pelo que fez e sim pelo que é".[23]

Como se sabe, nosso direito penal é direito penal de ato. Assim, não se admite qualquer tipo de determinismo em nossas ações, que são sempre tidas por ações livres, fundadas na vontade igualmente livre do indivíduo. A culpabilidade, como a entendemos hoje, é, assim, culpabilidade da vontade. "Portanto, para atribuir-se culpa a alguém que praticou uma ação típica e antijurídica deve-se verificar se essa pessoa era imputável, se tinha capacidade de conhecer a ilicitude de seu comportamento e se lhe era exigível outro comportamento, conforme ao direito. Essa culpabilidade é culpabilidade da vontade, entendida como vontade livre".[24]

No direito penal de autor, ou na culpabilidade de autor, "se sustenta que o homem é um ser que somente se movimenta por causas, isto é, *determinado*, que não goza de possibilidade de escolha, que a escolha é uma ilusão e que, na realidade, sempre atuamos movidos por causas, sem que nossa conduta se distinga dos outros fatos da natureza (...). Dentro desse pensamento, a culpabilidade será uma enteléquia, o reflexo de uma ilusão. Por conseguinte, em nada servirá para a quantificação da pena. Somente será considerado o grau de determinação que tenha o homem para o delito, ou seja, a *periculosidade*. Esse será, assim, o *direito penal de periculosidade*, para o qual a pena terá como objeto (*e também como único limite*) a periculosidade".[25]

(23) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 608.

(24) ALMEIDA, Gabriel Bertin de. "A crise do conceito tradicional de culpabilidade, segundo o direito penal contemporâneo". *RBCCrim* 35/39, São Paulo: RT, jul.-set. 2001.

(25) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. Op. cit., p. 115.

Enfim, esse tipo de culpabilidade (de autor) baseado na periculosidade, ou na conduta de vida, conforme a teoria aristotélica,[26] vai de encontro à moderna teoria do crime, amparada em grande parte na culpabilidade. Portanto, o que nos interessa notar agora é que, se a periculosidade não pode sequer fundamentar adequadamente a imposição de pena (prisão-pena), depois de exaustivamente instruído o processo, com muito mais razão não poderia essa mesma periculosidade fundamentar a imposição de prisão cautelar, seja em que modalidade for, principalmente *initio litis*.

Nosso direito penal de ato, baseado inteiramente na culpabilidade da vontade livre dos indivíduos, jamais se compatibilizaria com um direito processual penal fundado, no que se refere à prisão cautelar, na periculosidade, pois seria contraditório afirmar que alguém só pode ser considerado culpado em razão de ato seu livremente praticado e, ao mesmo tempo, defender a possibilidade de prisão preventiva em razão da periculosidade. Se a periculosidade não pode implicar, ela própria, privação de liberdade ou qualquer outra pena nem depois da condenação (prisão-pena), evidentemente que não pode implicar prisão cautelar.

Vale ressaltar ainda que essa presunção da prática de crimes no futuro, ou seja, essa presunção de periculosidade, dificilmente poderá ser defendida de forma adequada. Qualquer afirmação sobre seu futuro, por piores que sejam seus antecedentes, não deixará de ser mero exercício de "futurologia". "Nesta crítica à prevenção especial menciona-se o conceito de periculosidade do autor do delito, cujo conteúdo é de difícil precisão. Afirmar ou reconhecer a periculosidade exige a realização de um juízo, quase profético, que 'acerte' sobre sua conduta futura. E à luz dos atuais conhecimentos científicos não é possível demonstrar com segurança a veracidade desse profético juízo que prevê a prática de um futuro delito".[27] A afirmação, em sentido contrário, de que uma "alta probalidade de voltar a delinquir" não se confunde com "meras conjecturas"[28] não faz sentido algum, pois um juízo sobre a alta probalidade de alguém voltar a praticar crime *é necessariamente uma (mera) conjectura.*

Em razão do exposto, podemos concluir que a prisão preventiva em razão da periculosidade do agente é incompatível com o estado atual de nosso sistema penal, fundado na culpabilidade. Por isso, podemos afirmar que aquela situação de diferença de tratamento no uso da custódia cautelar, entre crimes em regra praticados por ricos e crimes em regra praticados por pobres, não pode prevalecer. Assim, a periculosidade do agente, hoje baseada sobretudo nos maus antecedentes, na reincidência e, ainda, na presunção de que voltará

(26) Sobre a teoria aristotélica e seus vínculos com a culpabilidade de autor, vide nosso "A crise do conceito tradicional de culpabilidade, segundo o direito penal contemporâneo", *RBCCrim* 35/37-54, São Paulo: RT, jul.-set. 2001.

(27) BITENCOURT, Cezar R. Op. cit., p. 126.

(28) DELMANTO JUNIOR, Roberto. Op. cit., p. 180.

a delinqüir, não pode servir de fundamento para a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Somente assim seria estabelecido tratamento isonômico entre todas as espécies de acusados, conforme determina a Constituição Federal, eis que a periculosidade não pode fundar a preventiva em nenhuma hipótese.

Portanto, o que se afirmou equivocadamente ser um "avanço democrático", isto é, a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública nos crimes de colarinho branco, não passou de retrocesso. Sobre o tema, vale transcrever as seguintes afirmações de Alberto Toron, referentes a "avanço democrático" similar ao ora mencionado, que diz respeito ao escrachamento público por meio da mídia, promovido não mais só contra pobres "ladrões de galinhas" ou similares, mas também contra senadores, deputados, empresários etc.: "A novidade, no caso brasileiro do fim dos anos 80 para cá, é que toda a atenção da mídia, sobretudo para escrachar publicamente o envolvido, agora é estendida ao seguimento mais bem aquinhoado da sociedade, leia-se, políticos, empresários, banqueiros etc. Com a aparição dos *novos* personagens do mundo do crime, os abusos praticados contra os pobres que antes eram objeto de viva repulsa por parte da esquerda e de entidades civis, passaram a ser não apenas tolerados, como, de certa forma, incentivados. Assim, prisões são requeridas e decretadas amiúde, empresários e homens de governo são linchados publicamente, mesmo que se trate de meros suspeitos. Incisivo a respeito foi um acórdão do TJSP ao 'lembrar' que também 'poderosos' têm direito à justiça no sentido de que o Judiciário agirá sempre com serenidade, sem se levar por ondas de opinião pública ou alarde nos meios de comunicação, 'sem distinção e sem prejulgamento' (...). Por outras palavras, o que ontem se combateu como opressão dirigida aos segmentos desfavorecidos, porque afrontoso aos direitos humanos, não pode, perversamente, vir validado e aplaudido hoje, como se fosse a 'democratização do direito penal' ou da *cobertura da imprensa*, que agora também atinge os ricos".[29]

Como é evidente, no caso da prisão preventiva, assim como no da cobertura da imprensa, o tratamento isonômico deve ser perseguido sem se medir esforços. No caso ora em análise, da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, o verdadeiro avanço democrático, ou a isonomia, só será alcançado quando, ao invés de decretarem-se prisões preventivas também contra os criminosos de colarinho branco, restringirem-se essas prisões, igualmente para pobres e ricos, somente a situações previstas em lei e, mais do que isso, somente quando o fundamento da prisão guardar plena compatibilidade com os princípios penais mais elementartes, como é o caso do princípio da culpabilidade. Assim, a periculosidade baseada nos maus antecedentes e na reincidência não pode servir de desestabilizador social ao servir de fundamento para a prisão preventiva, na medida em

[29] TORON, Alberto Zacharias. "Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões". *RBCCrim* 36/263-264, São Paulo: RT, out.-dez. 2001.

que penaliza somente determinada camada da população, usualmente rotulada como perigosa: "Não se pode, sob pena de resvalar-se para o arbítrio e prepotência, presumir que os fins do processo não serão alcançados sem a prisão do réu. Por outro lado, sua maior ou menor periculosidade não pode exercer qualquer influência no campo da prisão provisória. Justificá-la, pois, em face da periculosidade do réu seria uma forma de burlar a lei, que, às expressas, impede a aplicação da medida de segurança provisória, mesmo para as pessoas inimputáveis referidas no art. 26 do CP".[30]

Em suma, o conceito de "ordem pública", cuja garantia é uma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, prevista em lei, é, na verdade, um conceito vazio e ambíguo (assim como o de "ordem econômica"), que deve ser ignorado, pois dá grande margem à insegurança jurídica, como pudemos observar. Borges da Rosa já assinalou que a "expressão 'como garantia da ordem pública', constante deste artigo (art. 312), não tem significado especial; é meramente explicativa e poderia muito bem ter sido omitida, visto como toda prisão decretada em processo penal se destina a garantir a ordem pública (...)".[31] Portanto, cabe a prisão preventiva somente para a conveniência da instrução criminal e para assegurar-se a aplicação da lei penal, casos em que, além do caráter estritamente instrumental, não há negação de princípios penais intransponíveis.

É evidente que as conclusões do presente texto, sobretudo em tempos nos quais a violência e a necessidade de incremento da segurança guardam especial espaço na mídia, diferem frontalmente das propostas dos adeptos das teorias de *Lei e Ordem*. Podem-se citar casos extremos de delinqüentes habituais, com extensa folha de antecedentes, que, por esse motivo, "deveriam" ser recolhidos preventivamente, quando da prática de novo crime, em razão de sua periculosidade. No entanto, é estimulante saber que tais propostas, as de *Lei e Ordem*, fundam-se exclusivamente em argumentos pragmáticos, sem qualquer preocupação sistematizante, ou mesmo sem possibilidade de sistematização, ao menos enquanto vigente o princípio da culpabilidade de ato, fundado na vontade. Apesar da eloqüência desse tipo de proposta, o direito penal em um Estado Democrático de Direito deve intransigentemente almejar constituir um sistema coerente, eliminando-se contradições e ambigüidades. Uma maior preocupação com essas finalidades básicas é a única maneira de se eliminar tratamentos diferenciados e se atingir um sistema jurídico mais seguro e que respeite os princípios e direitos fundamentais já consagrados. Cabe, assim, a nós, operadores e estudiosos do direito, e sobretudo aos legisladores, criar mecanismos que possam eficazmente prever situações excepcionais sem que se ofendam os mencionados princípios e direitos fundamentais, diferentemente do que temos visto acontecer.

(30) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1, p. 492.

(31) *Comentários ao Código do Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 422-423.

Bibliografia

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. "A crise do conceito tradicional de culpabilidade, segundo o direito penal contemporâneo". *RBCCrim*, São Paulo: RT, n. 35, p. 37-54, jul.-set. 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: RT, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CHOUKR, Fauzi Hassan. "A 'ordem pública' como fundamento da prisão cautelar – Uma visão jurisprudencial". *RBCCrim*, São Paulo: RT, n. 4, p. 89-93, out.-dez. 1993.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jusrisprudencial*. São Paulo: RT, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado Social y Democratico de Derecho*. Barcelona: Bosch, [s.d.].

ROSA, Borges da. *Comentários ao Código do Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 1982.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos, o mito da repressão penal*. São Paulo: RT, 1996.

_____. "Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões". *RBCCrim*, São Paulo: RT, n. 36, p. 257-272, out.-dez. 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1.

_____. *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. vol. 3.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

2.2

REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL NO SISTEMA PENAL

JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A capacidade civil e seus reflexos no âmbito do sistema penal: 2.1 A capacidade civil plena e a menoridade penal relativa; 2.2 A capacidade civil plena e a nomeação de curador; 2.3 A capacidade civil e a representação legal do ofendido; 2.4 A capacidade civil e a contagem do prazo decadencial; 2.5 A capacidade civil e o perdão do ofendido nas ações penais privadas; 2.6 A capacidade civil e o consentimento para o abortamento ético; 2.7 A capacidade civil e a tipificação do rapto consensual; 2.8 A capacidade civil e a ação penal nos crimes contra os costumes; 2.9 A capacidade civil e a causa de aumento específica prevista no art. 18, III, da Lei 6.368/76 – 3. A união estável e seus reflexos no âmbito do sistema penal: 3.1 O casamento, a união estável e a extinção da punibilidade com fundamento no art. 107, VII e VIII, do CP; 3.2 O casamento, a união estável e a escusa absolutória do art. 181, I, do CP; 3.3 O aumento de pena nos crimes contra os costumes quando o agente vive em união estável – 4. Os crimes (1) de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento e (2) de conhecimento prévio de impedimento (CP, arts. 236 e 237): 4.1 A retroatividade da norma complementar; 4.2 A consumação dos crimes tipificados nos arts. 236 e 237 do CP; 4.3 A união estável e os crimes tipificados nos arts. 236 e 237 do CP – 5. A morte presumida nos termos do art. 7.º do novo CC: 5.1 A morte presumida da vítima e a consumação dos crimes contra a vida; 5.2 A morte presumida do réu e a extinção da punibilidade com fundamento no art. 107, I, do CP; 5.3 A morte presumida e o direito de representação ou de oferecimento de queixa – 6. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: Em alguns aspectos (representação do ofendido, contagem do prazo decadencial, legitimidade para concessão e aceitação do perdão, extinção da punibilidade pela morte presumida e pela união estável, tipificação do rapto consensual etc.), os preceitos de natureza civil incorporados ao novo Código Civil produziram efeitos no direito penal e no direito processual penal, apesar do disposto no seu art. 2.043. Todavia, em outros aspectos (atenuante da menoridade, cômputo do prazo prescricional pela metade e exigência de nomeação de curador, entre outros) não houve nenhuma interferência dos novos preceitos civis. O sistema penal, com as suas peculiaridades, deve ser analisado sob a égide de uma principiologia específica e adequada à sua natureza e aos seus próprios fundamentos e institutos, que estão diretamente vinculados à ideologia que o edifica e que são, ôntica e ontologicamente, distintos daqueles que embasam e justificam o ordenamento das relações privadas.

Palavras-chave: Capacidade civil – Menor – Curador – Representação.

1. Introdução

O novo Código Civil, que entrou em vigor no dia 11.01.2003, interferiu de alguma forma no sistema penal? Os preceitos de natureza civil incorporados ao novo Código Civil produziram efeitos no direito penal e no direito processual penal?

De acordo com o disposto no art. 2.043 do novo CC, não.

É isso mesmo. Eis o que afirma tal dispositivo do novo Código Civil: "Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes em leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código". Aliás, esse dispositivo legal faz lembrar o *Corpo fechado* de Guimarães Rosa. Entretanto, não é possível aceitar que, de forma tão simplista, a onipotência do legislador tenha impermeabilizado o sistema penal de tal forma que o tenha tornado absolutamente imune às profundas alterações do novo Código Civil, as quais produziram, sim, inevitáveis e axiomáticos reflexos sistêmicos no ordenamento jurídico.

Diante dessa nova legislação civil, que induvidosamente tem caráter interdisciplinar e não pode ser aprisionada exclusivamente nos limites do sistema privado, o ordenamento jurídico como um todo, bem como o sistema penal em especial, está a exigir uma nova leitura.

Conforme será exposto neste trabalho, em muitos aspectos as inovações do novo Código Civil atingiram exclusivamente as relações reguladas pelo sistema privado. Todavia, é inegável que essa nova legislação civil produziu uma profunda alteração na natureza de certos institutos e modificou radicalmente o conceito e o alcance de outros, o que está produzindo grande repercussão, tanto no âmbito da legalidade formal quanto no âmbito da legalidade material, de todos os demais "ramos do direito".

Assim, o art. 2.043 do atual CC há de ser interpretado no contexto de uma ordem jurídica, que tem embasamento em princípios, genéricos e específicos, constitucionais e políticos, os quais não podem ser simplesmente olvidados.

É verdade que, muita vez, o legislador, em seu delírio positivista e onipotente, como se Procusto fosse, acredita ser capaz de obrigar o ordenamento jurídico, que tem a sua substância concebida em um ambiente constitucional, a submeter-se à literalidade específica e limitada de certos dispositivos legais, desprezando o contexto ideológico e principiológico da produção das normas, a sua natureza axiológica e a concepção ôntica e ontológica de seus institutos, o que é inadmissível. Aliás, foi assim que o legislador constituinte, acreditando na força da legalidade formal e na infalibilidade do positivismo, afirmou a existência de Deus no preâmbulo de nossa Constituição Federal, resolvendo, assim, de forma simplista e onipotente, um problema filosófico e transcendente que há milênios aflige e desafia a humanidade.

Portanto, sem acreditar na infalibilidade do legislador, é preciso ouvir o conselho do poeta Carlos Drumond de Andrade: "as leis não bastam; os lírios não nascem das leis".

É imprescindível, pois, que a eficácia e o alcance do art. 2.043 do CC em vigor sejam verificados no contexto da principiologia que embasa o nosso ordenamento jurídico-constitucional e, em especial, o sistema penal nele concebido. Decididamente, como afirma Camões, há de cessar tudo o que a antiga musa canta, quando um "valor mais alto se alevanta".

Com efeito, foram princípios formadores da cultura grega que se levantaram, como expressão de um valor maior, para inspirar a decisão de Antígona, que sepultou seu irmão Poliníces, contrariando a literalidade positiva da lei ateniense, que o sentenciava a ficar insepulto para ser devorado pelos cães e pelas aves de rapina. Assim, princípios formadores do nosso ordenamento constitucional e, especialmente, de nosso sistema penal devem prevalecer para orientar a interpretação dos reflexos das alterações sistêmicas introduzidas pelo novo Código Civil, dimensionando e limitando a aplicabilidade e a eficácia de seu art. 2.043.

Ora, se o sistema privatista tem seus princípios próprios, que não podem ser ignorados na aplicação do novo Código Civil, especificamente quando se trata de regular e disciplinar as relações da "vida civil", o sistema penal, por sua vez, também está fincado em uma principiologia específica, que há de ser observada e respeitada em face de sua inserção no contexto social, político e econômico, bem como, e principalmente, em face de sua inspiração e estruturação constitucional.

Lembro, por exemplo, o disposto no art. 1.011 do novo CC, que, em seu § 1.º, impede que a administração das sociedades seja exercida por condenados "a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos". É evidente que a aplicação desse dispositivo legal exigirá dos operadores do direito um esforço interpretativo especial, pois no sistema penal em vigor não existe cominação da referida pena para nenhum delito. Existe, sim, no art. 47, I, do CP, a previsão expressa da pena restritiva de direitos consistente em proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo. Mas não existe previsão expressa e específica daquela pena mencionada no § 1.º do art. 1.011 do novo CC. Portanto, para a aplicação do mencionado dispositivo civil, o intérprete certamente lançará mão de princípios próprios e específicos do sistema privatista, os quais deverão gizar os contornos de sua eficácia e abrangência.

Mas não é só. O mesmo dispositivo civil em menção também veda a administração das sociedades aos condenados por "peita ou suborno", embora não exista, na legislação penal pátria, a previsão típica de nenhum crime com tal denominação jurídica. Aliás, segundo os dicionários brasileiros da língua portuguesa, "peita", além de ser conceituada como "presente oferecido como suborno", também significa "empreitada para matar".[1] Seria então um crime de "peita" aquele praticado contra Augusto Matraga, na obra de Guimarães Rosa? Estaria o legislador civil referindo-se ao homicídio qualificado pelo motivo torpe, tipificado no art. 121, § 2.º, I, do CP? Ou estaria tal dispositivo civil fazendo menção exclusiva aos

[1] *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2.168.

crimes que a doutrina e a jurisprudência penal têm conceituado como "delitos de peita ou suborno"? Como se vê, seria facilitada a aplicação do referido dispositivo civil se o legislador privatista, com maior cuidado técnico, tivesse especificado o delito a que se referiu como de "peita ou suborno", mencionando o adequado nome jurídico consagrado pelo sistema penal, como fez quando se referiu expressamente ao crime falimentar, à prevaricação, à concussão e ao peculato. Quando usou expressão "crime de peita ou suborno", é bastante possível que o legislador civil tivesse tido a intenção de referir-se especificamente à corrupção passiva, ou mesmo à corrupção ativa, crimes tipificados nos arts. 317 e 333 do CP. Mas, seja como for, caberá ao intérprete, no âmbito do direito civil, aplicar o mencionado dispositivo legal, considerando as mencionadas imprecisões tecnicistas e formais, forte, sempre e sempre, nos princípios específicos do sistema privado.

E a mesma principiologia privatista certamente irá nortear o intérprete quando da aplicação do disposto no art. 954, par. ún., I, do CC, que considera ofensivo da liberdade pessoal o "cárcere privado", omitindo qualquer referência ao "seqüestro" e ignorando, assim, o crime previsto no art. 148 do CP, que abrange, em sua dimensão típica, tanto o "cárcere privado" como o "seqüestro", condutas distintas e igualmente violadoras da liberdade pessoal.

Todavia, com estas reflexões introdutórias não tenho o objetivo de buscar solução hermenêutica para tais dispositivos civis. Pretendo, sim, apenas demonstrar que, embora o ordenamento jurídico esteja encerrado em um conjunto de princípios genéricos de índole constitucional, o direito civil tem seus princípios próprios e fundamentos específicos, enquanto o sistema penal, com as suas peculiaridades, também deve ser interpretado sob a égide de uma principiologia específica e adequada à sua natureza e aos seus próprios fundamentos e institutos, que estão diretamente vinculados à ideologia que o edifica e que são, ôntica e ontologicamente, distintos daqueles que embasam e justificam o ordenamento das relações privadas.

É verdade que o direito penal não é uma ilha isolada no sistema jurídico, o que exige a sua interpretação e aplicação com observância dos preceitos e institutos dos demais ramos do direito. Também é verdade que, como ensina Zaffaroni, as normas não vivem isoladas e não podem ignorar-se mutuamente, o que exige respeito à unidade sistêmica do ordenamento jurídico.[2] Todavia, não é possível esquecer que o sistema penal, que é essencialmente subsidiário e fragmentário, tem os seus próprios e específicos princípios, que o norteiam na operação eminentemente ética de elaboração e aplicação de suas normas, que o orientam no processo de descrição seletiva das condutas criminosas e na eleição dos bens jurídicos tuteláveis e que estabelecem os seus critérios próprios de desvalor das condutas elegidas para a sua incidência, os quais devem estar comprometidos inclusive com valores antropológicos de nossa realidade social. Assim, devo lembrar, antes de qualquer reflexão sobre a incidência das alterações do novo Código Civil no sistema penal, que o barqueiro, durante a tempestade, não deve olhar

(2) *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

apenas para as ondas que batem na proa de sua embarcação, mas deve também observar o céu, considerar a natureza e o movimento das nuvens, posicionar-se de acordo com as estrelas e mirar o horizonte.

Não é possível, portanto, ficar alheio ao contexto social, político e econômico em que estamos vivendo, quando se pretende examinar os reflexos de alterações de um sistema privatista no sistema penal. É preciso examinar os fundamentos do estado constitucional de direito e as garantias individuais elaboradas ao longo de sua história, especialmente diante de nossa atual realidade social, envolvida por um contexto político de dominação e exclusão e marcada por uma ideologia capitalista, patriarcal, oligopolista e monoteísta, alimentadora das desigualdades sociais.

É por isso que o estudo dos reflexos do novo Código Civil no sistema penal deve ser feito sob a égide dos princípios, explícitos e implícitos, que, no contexto constitucional, há de funcionar, materialmente, e não apenas de modo formal, como dique de continência da força ideológica do poder repressivo estatal.

A história do direito penal é a história da aplicação de táticas políticas do Estado, evidencia o apoderamento do direito como instrumento político de controle social e está marcada indelevelmente por uma relação de poder na "anatomia política do Estado", como já observou Michel Foucaut.

Induvidosamente, diante da nova ordem civil, estabelecida com a edição do novo Código Civil, está lançado um grande desafio para os intérpretes e aplicadores do direito penal. Não basta, pois, o exame da legalidade estrita e literal das normas. É preciso cultivar a ética embasada na principiologia constitucional e nos direitos humanos, construtores de um sistema normativo de substância, com fundamento na dignidade humana, no respeito e na solidariedade, que informam os princípios da intervenção mínima, da legalidade, da reserva legal, da lesividade, da antinormatividade, da idoneidade, da culpabilidade, da dignidade humana, da soberania do povo, da retroatividade da lei mais benigna, da personalidade ou da transcendência da pena, da fragmentariedade e da subsidiariedade, próprios e específicos do sistema penal.[3] Como ensina Alberto Silva Franco, "a característica mais expressiva do estado constitucional de direito, com todas as suas garantias individuais, reside exatamente no fato de que a produção jurídica é disciplinada por normas não apenas de caráter formal, mas também por normas de substância ou materiais, embasadas em princípios constitucionais, implícitos ou explícitos, que limitam e vinculam os poderes normativos, dirigindo-se ao respeito e à garantia dos direitos fundamentais".[4]

É por isso que o modelo de garantias, proposto por Luigi Ferrajoli e que se contrapõe ao modelo positivista, deve programar seus conteúdos vinculando-os

(3) Eugenio Raúl Zaffaroni. Op. cit., p. 135; Claudio do Prado Amaral. *Princípios penais da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCrim, 2003.

(4) *Direitos humanos. Visões contemporâneas*. Associação Juízes para a democracia. São Paulo: Método, 2001. p. 159.

aos valores e princípios inscritos na Constituição e no compromisso com os direitos humanos.[5]

Não é possível, pois, enfrentar tal desafio sujeitando-se de forma acrítica e incondicional à nova lei civil.[6] Na interpretação do sistema penal em face dos novos dispositivos e institutos do atual Código Civil, devemos, de forma crítica e criativa, escolher significados válidos e compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos humanos fundamentais, "posicionando sempre a Constituição e seus valores axiológicos como hipótese inicial de trabalho e encarando a lei apenas como ponto de partida".[7]

Eis o desafio proposto para este estudo.

2. A capacidade civil e seus reflexos no âmbito do sistema penal

2.1 A capacidade civil plena e a menoridade penal relativa

Em face do disposto no art. 5.º do novo CC, que afirma a cessação da "menoridade" das pessoas aos 18 anos de idade, continua com eficácia o art. 65, I, do CP, que reconhece a incidência de atenuante quando o réu for menor de 21 anos de idade? Ainda está em vigor o art. 115 do CP, que determina a redução do prazo prescricional pela metade quando o réu não conta 21 anos de idade? Enfim, continuam válidos os critérios que determinaram a adoção dessa faixa etária, dos 18 aos 21 anos, na qual se reconhece e consagra a "menoridade penal relativa"?

Sim, ainda estão em vigor, e com plena eficácia, ambos os dispositivos penais acima mencionados, a saber: arts. 65, I, e 115 do CP.

Portanto, continua plenamente válido o conceito de "menoridade penal relativa", com todas as conseqüências jurídicas que tal instituto acarreta.

Entretanto, em razão da cessação da menoridade civil aos 18 anos de idade, poder-se-ia pensar que a unidade sistêmica do ordenamento jurídico foi violada, pois, enquanto os maiores de 18 anos são plenamente capazes para o exercício de todos os atos da vida civil, o direito penal estaria reconhecendo para essas mesmas pessoas uma "menoridade relativa" e concedendo-lhes um tratamento penal suavizado pela incidência daqueles dispositivos legais até os 21 anos de idade.

Seria possível afirmar, então, que haveria uma incoerência no sistema jurídico quando se reconhece uma "menoridade civil", que se encerra aos 18 anos de idade, e, simultaneamente, uma "menoridade penal relativa", que se inicia aos 18 anos e acaba quando se completa 21 anos de idade? Não. Ledo engano daqueles

(5) Alberto Silva Franco. Op. cit.

(6) Maria Lúcia Karam. "De crimes, penas e fantasias". *Papel social, jurídico e político da magistratura*. Rio de Janeiro: Luam, 1994.

(7) Alberto Silva. Op. cit., p. 159.

que afirmam tal incoerência sistêmica. É que não há nenhum paradoxo nem qualquer contradição na coexistência da "capacidade civil plena" para os maiores de 18 anos com a "menoridade penal relativa" para os maiores de 18 anos que ainda não completaram 21 anos de idade.

O reconhecimento de qualquer contradição entre os referidos institutos somente seria cabível diante de uma exegese meramente gramatical e de uma análise perfunctória e simplesmente literal dos dispositivos civis e penais que os disciplinam, sem qualquer compromisso com os princípios próprios e específicos que informam e norteiam os dois sistemas jurídicos, totalmente distintos, em que estão inseridos.

Lembre-se de que, ao fixar a inimputabilidade absoluta até os 18 anos, o Código Penal adotou e consagrou, em seu art. 27, um critério exclusivamente normativo, que nada tem a ver com o critério psicológico do discernimento, que, distintamente, foi adotado e consagrado pelo direito civil.

Quando o conceito de culpabilidade estava vinculado a uma concepção meramente psicológica, o dolo e a culpa eram considerados como formas da culpabilidade. Depois, quando foi adotada a concepção psicológica-normativa, o dolo e a culpa passaram a ser apenas elementos da culpabilidade, que recepcionou em seu bojo, também, alguns elementos normativos. Mas, com a prevalência hodierna da concepção normativa pura da culpabilidade,[8] o dolo e a culpa, com todos os seus elementos psicológicos, foram transferidos para o conceito ôntico e ontológico da conduta e, assim, foram integrados ao fato típico, restando para a culpabilidade tão-somente os seus elementos normativos. É por isso que se tem afirmado, finalisticamente, que o fato típico está na cabeça do criminoso, enquanto a culpabilidade, exclusivamente normativa, está na cabeça do juiz. *Scilicet*, em face da atual concepção normativa da culpabilidade, os seus elementos, entre os quais está metido a rol a imputabilidade, são considerados essencialmente normativos. Ora, se a conduta não é mais cega, se a conduta é vidente e biociberneticamente antecipada, se o dolo e a culpa estão na conduta e integram o fato típico, é evidente que a culpabilidade é exclusivamente normativa. E a imputabilidade, que integra a culpabilidade, é também exclusivamente normativa e nada tem de psicológica. A imputabilidade é estabelecida com embasamento em critérios puramente normativos, ou seja, é fruto de um juízo de valor puro e não tem nenhum elemento de ordem psicológica. A imputabilidade no sistema penal, como um conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade de imputação (capacidade para atribuição de responsabilidade pela prática de um fato punível pelo sistema penal), é atualmente considerada como um elemento, ou mesmo um pressuposto, da culpabilidade normativa. E como tal deve ser considerada e estudada. A imputabilidade, assim, como capacidade para ser censurável ou reprovável, contém ape-

[8] César Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal*. Parte geral. São Paulo: RT, 1999; Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

nas juízo de valor normativo, é puramente normativa, não contém elementos psicológicos e não comporta valoração específica, o que a tornaria psicológica.

Lembre-se de que o art. 26 do CP, ao fixar limites para imputabilidade, não se refere ao entendimento psicológico do caráter ilícito do fato praticado e também não faz qualquer alusão ao discernimento específico do agente, mas, sim, única e exclusivamente, à capacidade geral de entendimento ou discernimento, a qual é puramente normativa.

É por isso que o art. 27 do CP, ao estabelecer um limite etário para a inimputabilidade, não elegeu o critério do discernimento, mas, sim, com embasamento na concepção normativa pura da culpabilidade, adotou, com coerência sistêmica e principiológica, um embasamento meramente normativo de juízo de valor.

Trata-se, aliás, de uma opção política do nosso sistema constitucional, que nada tem a ver com o critério do discernimento ou com o entendimento específico do caráter ilícito do fato, o qual foi adotado e consagrado pelo sistema privatista.

Com efeito, o art. 228 da CF dispõe, expressamente, que são penalmente inimputáveis as pessoas que ainda não contam 18 anos de idade. Como se vê, o critério que determina a inimputabilidade penal é constitucional, ou seja, político. Portanto, não tem nenhum embasamento jurídico o argumento daqueles que pretendem aumentar esse limite etário da inimputabilidade penal, afirmando que o menor, especialmente com 16 ou 17 anos de idade, tem perfeito entendimento da ilicitude dos fatos que praticam. Não adianta dizer que tais menores sabem o que estão fazendo. E também não adianta argumentar que, se eles votam, deveriam ser responsabilizados criminalmente pelos atos que praticam. É que, como acima ficou afirmado, a exclusão da censura ou da reprovação penal dos menores de 18 anos nada tem a ver com o critério do discernimento ou do entendimento do caráter ilícito do fato. Trata-se de um critério puramente normativo com fundamento político-constitucional.

Com efeito, de acordo com a opção política de nossa sociedade democrática, estabeleceu-se apenas um divisor de águas para a incidência de dois sistemas totalmente distintos para atuação do Estado diante de condutas "desviantes" do ordenamento jurídico: (1) aos maiores de 18 anos, cuja imputabilidade penal foi reconhecida, é oferecido um sistema penal, marcado pelo encarceramento, mas, também, por uma série de medidas de ordem repressiva, as quais alimentam a exclusão e ampliam o poder controlador estatal; e (2) aos menores de 18 anos, penalmente inimputáveis, é oferecido um sistema totalmente diferenciado, pelo menos em sua concepção teórica, embasado em uma pedagogia corretiva, que foi desenhada, no âmbito legislativo infraconstitucional, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aliás, como observa Patrícia Helena Massa, ao analisar sociologicamente a adoção da inimputabilidade penal para os menores de 18 anos, "profissionais que lidam com a realidade psicossocial das crianças e adolescentes reconhecem que, ao contrário dos adultos, a transgressão de uma norma severamente apenada ou o de-

sacato a todo tipo de autoridade lhes serve de instrumento de auto-afirmação perante o grupo, o que vem a exigir do Estado uma forma diferente de abordagem para a delinqüência juvenil, como a já adotada no Estatuto da Criança e do Adolescente".[9]

Assim, com fundamento na fragilidade política do menor de 18 anos diante do contexto de nossa realidade social, com fundamentação antropológica, sem a ingerência de paixões irracionais e sem resvalar nos redemoinhos do senso comum, sempre imediatistas e individualistas, a Constituição Federal proibiu lançá-los no sistema penal, afastando-os, por opção eminentemente política, das conseqüências deletérias e contraproducentes da intervenção inocuizadora e repressiva estatal, estigmatizada inclusive pelo mito da prevenção, seja geral ou especial.

A Constituição Federal, adotando uma principiologia de proteção com relação aos menores de 18 anos, oferece-lhes, então, um sistema pedagógico-corretivo, que tem à sua disposição, entre várias medidas socioeducativas, inclusive uma providência hábil para permitir o afastamento do menor infrator do convívio social, mas sem submetê-lo à contaminação do "tratamento" carcerário deletério dado aos adultos.

Lembre-se de que, de acordo com os arts. 112, VI, e 121 do ECA, é admissível a internação do menor de 18 anos até os 21 anos de idade inclusive, mas exclusivamente em estabelecimento educacional, o que permite, assim, a privação da liberdade, mas sempre sob o signo da proteção dos princípios da brevidade, da excepcionalidade e do "respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento".

Como se vê, a inimputabilidade penal para as pessoas que contam menos de 18 anos de idade e que estão genericamente em processo de desenvolvimento, é uma questão vinculada aos critérios da culpabilidade normativa, de inspiração político-constitucional, e nada tem a ver com o critério do discernimento, adotado, repita-se, de forma distinta, pelo sistema privatista em face de sua peculiaridade e principiologia específica.

O art. 3.º do atual CC dispõe que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os que, nos termos de seu inc. II, "por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos". E de acordo com o disposto no inc. III do art. 3.º do novo CC, são também absolutamente incapazes "aqueles que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade". É evidente, portanto, que o critério do sistema privado está fincado no discernimento, na capacidade específica de expressão da vontade, no discernimento e no entendimento, específico também, sobre o significado e o alcance da manifestação de vontade no âmbito das relações da vida civil.

Assim, o critério do discernimento foi adotado exclusivamente para a fixação da capacidade civil de exercício de direito no âmbito das relações da vida civil.

(9) "A menoridade penal no direito brasileiro". *RBCCrim* 4/126-142, ano 1, São Paulo: RT, out.-dez. 1993.

Aliás, é exatamente por isso, porque prevalece o critério do discernimento, que o sistema privado autoriza a cessação da incapacidade civil em várias situações. A incapacidade civil cessa para os menores de 18 anos, nos termos do par. ún. do art. 5.º do novo CC, por exemplo, pelo casamento, pelo estabelecimento de relação de emprego e pela colação de grau em curso de ensino superior. Como se vê, o sistema privatista consagra o sistema do discernimento para a fixação da capacidade das pessoas.

O direito penal, entretanto, não adotou esse mesmo critério do discernimento, mas, sim, o critério normativo, inspirado por princípios constitucionais, políticos portanto.

É verdade que nem sempre foi assim. Aliás, a evolução histórica do conceito e dos limites da inimputabilidade penal deve ser lembrada, pois reforça a afirmação de que, atualmente, a opção do sistema penal para a eleição dos imputáveis, de inspiração política, tem seus critérios forjados na culpabilidade normativa pura e não no discernimento.

No Código Penal do Império, de 1830, o menor de 14 anos era considerado penalmente responsável se tivesse "discernimento". No Código Penal Republicano, de 1890, esse critério foi mantido, embora tenha inclusive ocorrido uma redução no limite da responsabilidade penal, pois eram considerados criminosos e ficavam sujeitos ao sistema carcerário os menores de nove anos que tivessem discernimento. Depois, em razão de severas críticas de inúmeros juristas, entre os quais se destacou Evaristo de Morais, que chegou a afirmar que o critério do discernimento implicava um exercício de *adivinhação psicológica*, revogou-se, em 1921, aquele dispositivo do Código Penal Republicano, com o abandono do critério até então em vigor, para que os menores de 14 anos passassem a ser submetidos a um sistema educativo-reformador e ficassem sujeitos a um processo especial, distinto do processo criminal. Em 1940, então, houve um rompimento definitivo com o critério do discernimento, pois de acordo com o art. 23 do Dec.-lei 2.848, de 7 de setembro daquele ano, adotou-se a irresponsabilidade penal plena para os menores de 18 anos de idade. Com efeito, a partir desse momento histórico e político, não se falou mais em maior ou menor precocidade psíquica dos menores para fixação de sua responsabilidade penal. Os menores de 18 anos passaram a ser considerados, por presunção legal absoluta, desprovidos de condição de responsabilidade. Aliás, o Min. Nélson Hungria afirmou, na época, que, por óbvia opção embasada em política criminal, não se podia "marcar os menores de 18 anos com o ferrete da condenação penal" e que seria preferível "tentar corrigi-los por métodos pedagógicos e preventivos".[10] Finalmente, a Lei 7.209, de 11.07.1984, que introduziu no sistema jurídico a nova Parte Geral do Código Penal, consagrando o critério normativo puro da culpabilidade, adotou a inimputabilidade penal para os menores de 18 anos.

(10) Patrícia Helena Massa. Op. cit., p. 131.

Cabe aqui lembrar, também, que a idade de 18 anos para a censura penal foi recomendada pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, de 1949, realizado em Paris, como limite razoável de tolerância para a incidência do sistema penal repressivo, o que inclusive inspirou a adoção desse marco etário por países como Áustria, França, Colômbia, México, Peru, Dinamarca, Finlândia, Noruega, Holanda, Tailândia, Argentina, Cuba, Venezuela, Irã, Turquia, Equador, Luxemburgo e Republica Dominicana.

Ademais, países como Chile e Suécia, bem como alguns Estados dos Estados Unidos da América, chegaram a adotar, por evidente critério político, o limite de 21 anos para a responsabilidade penal.

Mas não é só.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1989, e ratificada pelo Brasil em 24.09.1990, também recomendou o limite de 18 anos para a fixação da capacidade para infringir as leis penais" (v. arts. 1.º e 40, item 3, letra *a*).

O Brasil, então, inspirado por critérios políticos, e inclusive por recomendação política internacional no âmbito dos direitos humanos, decidiu adotar, em sua Constituição Federal, bem como, axiomaticamente, em sua legislação infraconstitucional, o critério etário, exclusivamente normativo, para a fixação dos limites da imputabilidade, sem qualquer indagação sobre o discernimento ou sobre o nexo que o delito possa ter com o efetivo desenvolvimento espiritual ou psíquico do menor de 18 anos.

A inimputabilidade penal para os menores de 18 anos constitui, portanto, uma garantia individual imutável, ou seja, uma cláusula constitucional pétrea, por força do art. 5.º, § 2.º, da CF.

E ainda não é só. Lembre-se de que o art. 228 da CF, que estabeleceu a inimputabilidade para os menores de 18 anos, está inserida em capítulo destinado especificamente a desenhar as garantias das crianças e dos adolescentes com absoluta prioridade, com evidente e inegável propósito de também estabelecer limites ao poder punitivo estatal. É despiciendo, pois, o fato de não estar tal dispositivo constitucional na topografia dos direitos e garantias fundamentais. Embora não esteja metida a rol entre as garantias previstas no art. 5.º da CF, a inimputabilidade penal para os menores de 18 anos constitui garantia individual, pois o texto constitucional não pode ser interpretado por fatias ou em tiras, com desprezo à sua unidade política, especialmente diante do disposto em seu art. 60.

Decididamente, o Código Penal adotou, por inspiração política e constitucional, o critério normativo puro para a imputabilidade.

Assim, exatamente em razão dessa opção política inspirada na principiologia constitucional garantista, no que diz respeito à atuação e aplicação do sistema repressivo e controlador do Estado, três momentos sistêmicos, encadeados lógica e teleologicamente, devem ser observados.

Em um primeiro momento, para os menores de 18 anos que praticam "atos anti-sociais", denominados, formalmente, de atos infracionais, deve ser aplicado o sistema pedagógico corretivo, sob a égide de princípios constitucionais protetivos e de acordo com os dispositivos legais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que dispõe sobre a "proteção integral da criança e do adolescente" (ECA, art. 1.º), que visa assegurar aos menores de 18 anos "todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade" (ECA, art. 3.º), que reconhece, expressamente, que "a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis" (ECA, art. 15) e que prevê apenas a aplicação de medidas socioeducativas, que têm por escopo exclusivo, não a punição ou a aplicação de penas, mas, sim, o reforço dos vínculos familiares e comunitários (ECA, art. 112).

Em um momento final, para os maiores de 18 anos, que praticam "atos anti-sociais", denominados formalmente como crimes, há de ser aplicado o sistema penal, de acordo com os preceitos, institutos e dispositivos da legislação penal e processual penal, sob a égide da principiologia do sistema penal repressivo.

E, em um momento intermediário, para os maiores de 18 anos e menores de 21 anos de idade, deve ser assegurado um sistema penal mitigado em seus efeitos, sob a égide de dispositivos legais próprios, que, inspirados pela política constitucional adotada pelo nosso sistema democrático, minimizam as conseqüências drásticas do poder repressivo estatal.

É nesse momento intermediário que têm incidência os dispositivos penais previstos nos arts. 65, I, e 115 do CP, consagrando o conceito de "menoridade penal relativa".

Assim, embora imputáveis penalmente, os maiores de 18 anos e menores de 21 anos, ainda em reconhecido processo de desenvolvimento, em situação que se assemelha à da semi-imputabilidade, política e socialmente fragilizados, merecem, por exigência lógica da principiologia constitucional, uma proteção especial.

Aliás, essa "proteção especial" decorrente da "menoridade penal relativa", também há de ser assegurada para os maiores de 18 e menores de 21 anos de idade em face da prevalência do princípio do direito penal mínimo, dogma garantista limitador do poder repressivo estatal de inspiração política, embasado na principiologia dos direitos humanos.

Com efeito, como já asseverou o Min. Francisco de Assis Toledo, comentando exatamente os critérios que conduziram o legislador a estabelecer o limite de 18 anos de idade para a imputabilidade, "os seres humanos socializam-se depois do nascimento e, submetidos a um processo de aprendizado relativamente longo, cometem, com naturalidade, atos anti-sociais e só não infringem o Código Penal por pura sorte".[11]

(11) Patrícia Helena Massa. Op. cit., p. 131.

Vale lembrar, também, que a exposição de motivos da atual Parte Geral do Código Penal, introduzida em 1984 no sistema jurídico pátrio, desvelando a adoção do critério político para gizar os limites da inimputabilidade, com embasamento meramente normativo, afirma que o menor de 18 anos deve ser considerado inimputável exatamente porque "é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído" e que "o reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal".

É por isso que os menores de 18 anos não foram incluídos no sistema penal, por opção política do nosso Estado de Direito Democrático e Social.

E também é por isso que os maiores de 18 anos e menores de 21 anos de idade, posto já sejam penalmente imputáveis, devem permanecer em um túnel protetivo, construído especialmente com base nos pilares dos arts. 65, I, e 115 do CP, que são de garantia.

É isso: durante o período de "menoridade penal relativa", enquanto ainda estiverem nesse processo de desenvolvimento e formação, os maiores de 18 anos e menores de 21 anos, por inspiração constitucional, estarão protegidos, relativamente protegidos, nesse túnel de mitigação dos efeitos deletérios e inocuizadores do sistema penal.

Essa metáfora, inspirada no túnel de Ernesto Sabato, merece lugar nesta reflexão.

Lembre-se de que até os 17 anos, os menores estão sujeitos ao sistema pedagógico-corretivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão de determinação constitucional.

Logo, não se pode admitir que, logo depois de completarem os 18 anos de idade, sejam eles imediatamente introduzidos em um sistema penal repressivo, sem que se reconheça a necessidade de um período intermediário de adaptação.

Como se vê, é imprescindível a mantença dos menores de 18 anos fora do alcance do sistema penal, mas é exigível também, em face das mesmas razões políticas e constitucionais que justificam a adotada inimputabilidade etária, que os maiores de 18 anos e os menores de 21 anos sejam mantidos sob a égide de um sistema protetivo especial, em respeito ao prosseguimento daquele período de formação do caráter e do mencionado processo de aprendizagem relativamente longo referido pelo Min. Francisco de Assis Toledo, o qual não se esgota com o cumprimento dos 18 anos.

Portanto, posto cessada a incapacidade civil dos maiores de 18 anos e embora possam eles praticar todos os atos da vida civil, como dispõe o art. 5.º do novo Código Civil, continuam em vigor, e com plena eficácia, os arts. 65, I, e 115 do CP, que nada têm a ver com aquela "menoridade civil".

Todas as atenuantes têm o condão de diminuir a censura ou a reprovação. Estão todas vinculadas, pois, à culpabilidade normativa. E a atenuante da "menoridade relativa penal", prevista no art. 65, I, do CP, não está apenas ligada intrinsecamente à culpabilidade, no seu aspecto geral, mas, também, de modo especí-

fico, está vinculada à imputabilidade. Com efeito, a incidência dessa atenuante, que acarreta de forma preponderante a diminuição da pena no segundo momento do processo trifásico de sua aplicação, de acordo com o disposto no art. 68 do CP, tem o efeito de atenuar a censura e a reprovação da conduta do criminoso que recentemente saiu de um sistema pedagógico-protetivo e ingressou no sistema penal-repressivo. Ou seja, assim como a culpabilidade e a imputabilidade, a "menoridade relativa", despida de qualquer consideração psicológica, acarreta a diminuição da pena exatamente para atender àquele escopo político de se manter os maiores de 18 anos e menores de 21 anos sob a égide de um período protetivo especial, minorando as conseqüências deletérias do sistema repressivo penal para aqueles que recentemente ingressaram no sistema penal. Como se vê, a "menoridade penal relativa" não tem nenhuma relação com a "menoridade civil". Induvidosamente, a diminuição da pena em face da "menoridade penal relativa" integra o processo garantidor de individualização da pena previsto no art. 5.º, XLVI, da CF e, sob as rédeas de critérios normativos, políticos e constitucionais, impõe freios inibidores à censura penal.

E o mesmo acontece com a redução do prazo prescricional, conforme estabelecido no art. 115 do CP. Com efeito, é inegável que a prescrição, como causa extintiva da punibilidade, também constitui uma garantia individual reconhecida como dogma constitucional em nosso Estado de Direito Democrático e tem o objetivo de limitar o poder repressivo estatal. O menor de 21 anos referido no art. 115 do CP não é o mesmo menor referido no Código Civil. Não se trata do menor assim considerado pelo critério do discernimento, mas, sim, daquele que faz jus à "menoridade penal relativa" instituída pelo sistema penal mediante critérios meramente normativos. Aliás, não se olvide que nos termos do art. 115 do CP, o maior de 70 anos na data da sentença também faz jus à diminuição do prazo prescricional pela metade. Como se vê, o maior de 70 anos é equiparado, para os efeitos do mencionado dispositivo penal, ao menor de 21 anos, o que evidencia que o critério utilizado pelo sistema penal não é aquele que determinou a menoridade civil, mas, sim, um critério determinado por uma opção político-constitucional. Com efeito, o maior de 70 anos é plenamente capaz sob a ótica do sistema civil, mas, obviamente, continua fazendo jus a tal benefício penal protetivo. Aliás, em face desse benefício deferido aos maiores de 70 anos por um dispositivo penal editado depois da vigência do Código Civil de 1916, nenhum jurista ousou afirmar que essa situação excepcional dos maiores de 70 anos no sistema penal estaria estabelecendo, no sistema civil, uma especial incapacidade relativa. Decididamente, portanto, o menor referido no art. 115 do CP, assim como o maior de 70 anos, é simplesmente uma pessoa que, por opção política, está sob a proteção de um sistema especial de diminuição da censura ou reprovação estatal no âmbito do sistema penal exclusivamente. Assim, a diminuição do prazo prescricional, quando o agente está inserido no mencionado túnel protetivo, representa também um corolário do princípio constitucional da inimputabilidade.

O Estado jamais poderá exercer o seu poder punitivo com relação aos menores de 18 anos, que são inimputáveis. E, com relação aos maiores de 18 anos e

menores de 21, embora continue com o direito de exercer o seu poder punitivo, o Estado deve sujeitar-se, no que diz respeito a tais pessoas, a critérios mais rigorosos de controle e limitação, como também acontece em relação aos maiores de setenta anos na data da sentença.

É por tudo isso que continuam em vigor os arts. 65, I, e 115 do CP.

Decididamente, não há confundir a "cessação da menoridade civil", reconhecida pelo art. 5.º do atual CC, com a "menoridade penal relativa", estabelecida pelo sistema penal. A "menoridade civil" nada tem a ver com a "menoridade penal" e muito menos com a "menoridade penal relativa". A "maioridade civil", deferida aos maiores de 18 anos, está vinculada ao critério do discernimento e tem o seu significado vinculado à capacidade específica de exercício de atos da vida civil, diz respeito às relações intersubjetivas no âmbito do sistema privado e foi reconhecida pelo novo Código Civil no contexto principiológico de um sistema privatista. Já a "menoridade penal", garantida aos menores de 18 anos, e a "menoridade penal relativa", assegurada aos maiores de 18 anos e menores de 21 anos, estão vinculadas à imputabilidade e ao garantista princípio constitucional da culpabilidade, foram fixadas de acordo com critérios normativos, têm inspiração na opção política do Estado de Direito Democrático, dizem respeito às relações de poder no âmbito do controle repressivo estatal, constituem corolários dos princípios limitadores do poder punitivo do Estado, tais como o do direito penal mínimo, e têm seus fundamentos vinculados a princípios próprios do sistema penal, totalmente distintos daqueles que embasam o sistema privado.

Assim, conceito de "menoridade penal relativa", que atinge os maiores de 18 e menores de 21 anos, há de ser preservado.

Nesse particular, pois, tem perfeita aplicação o disposto no art. 2.043 do novo CC, mas não em razão de sua expressão literal e sim em face dos princípios que impedem a extensão do conceito da "menoridade civil" para a órbita dos preceitos penais.

Aliás, em face desses princípios, o art. 2.043 do CC seria até dispensável, pois, mesmo sem a sua edição, continuariam em pleno vigor os dispositivos penais em menção.

Por derradeiro, para colocar uma pá de cal sobre essa questão, lembre-se de que a responsabilidade penal ou a imputabilidade reconhecida pelo sistema penal jamais teve o condão de interferir nos limites da capacidade civil. Com efeito, o art. 23 da antiga Parte Geral do CP entrou em vigor em 1940, e o art. 27 da nova Parte Geral do mesmo Código é de 1984, ou seja, esses dois dispositivos penais entraram em vigor depois da edição do Código Civil de 1916, mas isso não autorizou nenhum jurista a afirmar que a responsabilidade ou a imputabilidade penal dos maiores de 18 anos estaria tornando-os plenamente capazes para os atos da vida civil, revogando assim o antigo art. 9.º do CC, que previa a capacidade civil plena somente a partir dos 21 anos de idade.

Definitivamente, não há confundir "menoridade civil" com "menoridade penal", que são dois institutos distintos e com efeitos absolutamente diferenciados nos respectivos sistemas em que têm aplicabilidade específica.

2.2 *A capacidade civil plena e a nomeação de curador*

Em face do disposto no art. 5.º do novo CC, que afirma a cessação da menoridade das pessoas aos 18 anos de idade, continuam em vigor os dispositivos processuais penais que exigem a nomeação de curador para o menor, tanto na fase policial como em juízo?

Sim.

Ainda estão em vigor e devem ser aplicados os arts. 15, 194, 262, 449 e 450 do CPP, garantindo-se, assim, a nomeação de curador para o réu ou indiciado menor de 21 anos.

É verdade que uma análise perfunctória e meramente literal daquele novo dispositivo civil, descompromissada com a principiologia que informa a edificação do sistema penal, poderia conduzir o intérprete a responder que não há mais necessidade de nomeação de curador para os indiciados e réus menores de 21 anos.

Aliás, os juristas Luiz Flávio Gomes,[12] Marcos Vinícius de Viveiros Dias,[13] Fernando Fulgêncio Felicíssimo,[14] e Gustavo Henrique Badaró[15] já chegaram a afirmar, em uníssono, recentemente, que, em face do disposto no art. 5.º do novo CC, estariam revogados os arts. 15, 194, 262, 449 e 450 do CPP.

Todavia, ouso discordar da conclusão desses eminentes juristas.

Mais uma vez é preciso repetir: não há confundir a "menoridade civil" com a "menoridade penal" nem com a "menoridade penal relativa".

Antes de 11.01.2003, os intérpretes e aplicadores do direito processual penal vivenciavam uma situação bastante confortável diante da estruturação etária da responsabilidade tanto no âmbito do sistema penal como no âmbito do sistema privado. Os arts. 15, 194, 262, 449 e 450 do CPP determinavam a nomeação de curador para os indiciados e réus "menores", sem fazer qualquer referência expressa à abrangência etária dessa expressão. O art. 27 do CPP garantia a inimputabilidade para os menores de 18 anos. O Código Civil estabelecia a capacidade plena das pessoas aos 21 anos, afirmando que a "menoridade" cessava com o

(12) "Nova maioridade civil – Dezoito anos – E suas repercussões penais". Disponível em: <falecom@luizflaviogomes.com.br>.

(13) "Alguns reflexos do novo Código Civil no âmbito penal". *Folha Online*, 11.01.2003.

(14) "A redução da maioridade civil e seus reflexos no sistema jurídico-penal". *RT* 804/461-467, São Paulo: RT, out. 2002.

(15) Mariângela Gama de Magalhães Gomes. "Os efeitos do novo Código Civil no sistema penal". *Boletim IBCCrim*, ano 11, n. 126, p. 12, maio 2003.

cumprimento dessa idade (CC/16, art. 9.º). Logo, se a "menoridade" civil cessava aos 21 anos e se até os 18 anos as pessoas eram penalmente inimputáveis, a conclusão, antes da vigência do novo Código Civil, era confortável e parecia inevitável: os referidos dispositivos do Código de Processo Penal faziam referência aos menores de 21 anos que eram considerados "menores" sob a ótica do sistema civil, os quais também eram considerados "relativamente menores" pelo sistema penal. Em conseqüência, quando o novo Código Civil alterou a idade da cessação da menoridade civil para 18 anos, de acordo com o disposto em seu art. 5.º, os intérpretes foram induzidos a afirmar que, se o Código de Processo Penal se referia ao "menor civil", não mais haveria necessidade de nomeação de curador para os indiciados e réus com mais de 18 anos de idade, os quais, a partir do dia 11.01.2003, se tornaram "maiores", ou seja, deixaram de ser "menores".

Contudo, essa conclusão não pode ser aceita e está totalmente divorciada dos princípios que norteiam e informam o sistema penal.

Na realidade, toda a confusão, bem como o equívoco da mencionada conclusão, tem uma causa: o uso da palavra "menoridade" no art. 9.º do CC/16 e no art. 5.º do novo CC.

Com efeito, ao regular a capacidade civil das pessoas, enquanto os arts. 3.º e 4.º do novo CC usam as expressões "absolutamente incapazes" e "relativamente incapazes", acompanhando a mesma técnica redacional do Código Civil de 1916, o art. 5.º do novo CC, exatamente como fazia o art. 9.º do CC revogado, em vez de afirmar que "a incapacidade cessa aos 18 anos", preferiu fazer uso da expressão "a menoridade cessa aos 18 anos". Eis o texto do referido art. 5.º do novo CC: "A menoridade cessa aos 18 anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil". Daí toda a confusão. Carlos Drumond de Andrade tem razão: "lutar com as palavras, a luta mais vã, entanto lutamos, mal rompe a manhã". Se o legislador tivesse usado a expressão "a incapacidade cessa aos 18 anos", talvez os intérpretes do Código de Processo Penal não tivessem confundido a "cessação da incapacidade civil aos 18 anos" com a "menoridade penal relativa", que cessa aos 21 anos, conforme o disposto nos arts. 65, I, e 115 do CP.

Entretanto, essa confusão já é antiga. Com efeito, com base no revogado Código Civil, que também se referia à "cessação da menoridade" e não à "cessação da incapacidade", os exegetas do sistema penal, antes da vigência do novo Código Civil, afirmavam que o Código de Processo Penal exigia a nomeação de curador para os indiciados e réus considerados "menores" pelo sistema civil.[16]

Aliás, o STF, quando quis determinar o alcance e o significado da atuação do "curador" no inquérito policial e no processo penal, afirmou que a sua função era a de "complementar a vontade do réu, relativamente incapaz, para decidir sobre os seus próprios atos".[17] Como se vê, o STF também confundia a "maioridade

(16) Damásio Evangelista de Jesus. *Código de Processo Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 157.

(17) STF, *RTJ* 103/993.

civil", vinculada à capacidade geral para o exercício de atos da vida civil, estabelecida de acordo com o critério do discernimento, com a "menoridade penal relativa", vinculada à inimputabilidade penal e dimensionada de conformidade com o critério normativo, que está embasado na opção constitucional e política mencionada no item anterior.

Mas não é só. Essa confusão era reforçada, também, quando se afirmava que, se o réu completasse 21 anos durante o processo, se dispensava o curador, não porque estaria cessando o período de "menoridade penal relativa", mas, sim, porque teria o réu alcançado a maioridade civil.

Todavia, enquanto vigente o Código Civil de 1916, essa confusão interpretativa entre "menoridade civil" e "menoridade penal relativa" não acarretava qualquer conseqüência para os indiciados e réus menores de 21 anos, pois havia uma perfeita coincidência entre as faixas etárias eleitas tanto pelo sistema civil como pelo sistema penal. É que, repito, a idade de 21 anos, para ambos, antes da vigência do novo Código Civil, era o marco da "cessação da menoridade civil" e também da "cessação da menoridade penal relativa".

Hoje, e a partir da vigência do novo Código Civil, tudo está diferente.

Portanto, é preciso rever o conceito de "menor" nos referidos dispositivos processuais, divorciando-se dos princípios do sistema privado, para adequá-lo aos princípios do sistema penal, os quais têm inspiração constitucional e política, conforme cuidei de expor no item anterior.

Em primeiro lugar, entretanto, há de ser lembrado que, embora os arts. 15, 194, 262, 449 e 450 do CPP façam referência apenas ao "menor", sem fazer referência à faixa etária que abrange esse conceito, dando assim a impressão de que se refere ao "menor civil", o art. 564 do mesmo diploma processual, na alínea *c* de seu inc. III, dispõe, como sempre o fez, que ocorrerá nulidade quando não houver nomeação de curador "ao menor de 21 anos". Como se vê, a interpretação sistêmica do Código de Processo Penal impõe a conclusão de que os seus arts. 15, 194, 262, 449 e 450 estão fazendo referência, obviamente, ao menor de 21 anos e não simplesmente ao "menor". E isso bastaria para afirmar que tais dispositivos processuais, da mesma forma como dispõem os arts. 65, I, e 115 do CP, estão fazendo referência àqueles que, no sistema penal, são abrangidos pelo conceito da "menoridade relativa" e sujeitos ao especial túnel protetivo referido no item anterior.

Mas não é apenas a interpretação sistêmica da literalidade de tais dispositivos processuais que determinam tal conclusão. Lembre-se de que não se pode interpretar qualquer dispositivo do sistema penal ignorando-se os princípios que o informam e edificam.

Assim, se o menor de 21 anos, indiciado ou réu, está sob a égide de um sistema protetivo especial do direito material, é evidente que o mesmo menor há de contar com uma proteção garantista especial do sistema processual penal também. E essa proteção especial, no sistema processual, está consubstanciada exatamente na nomeação do curador.

Aliás, o jurista José Frederico Marques, ao discorrer sobre a função do curador no inquérito policial, já afirmava que "o curador é nomeado ao menor para que possa acompanhar a lavratura do auto de flagrante, usar o direito de requerer diligências (CPP, art. 14), pedir a prestação de fiança e obstar, por qualquer forma, restrições ilegais e indevidas ao *status libertatis* do curatelado".[18] Como se vê, Frederico Marques, com acuidade e sensibilidade, já afirmava que a função do curador nunca foi a de simplesmente complementar a vontade do curatelado, mas, sim, uma verdadeira função de proteção ou defensiva. E é evidente que não se trata de função defensiva no sentido específico da garantia individual prevista no art. 5.º, LV, da CF, que se refere à amplitude de defesa no processo penal, pois, como é cediço, não há acusação formal nem defesa nem contraditório durante a fase investigatória, eminentemente unilateral e inquisitiva.[19] Não se trata, portanto, de garantia de "defesa ativa", mas sim de necessidade material e ética de uma "defesa passiva".[20] Trata-se, sim, de uma função defensiva em sentido amplo e material, vinculada ao conceito da "menoridade penal relativa", que é um corolário do princípio constitucional e político da inimputabilidade penal, erigido a dogma garantista pelo art. 228 do texto constitucional, o qual exige uma proteção especial para os menores de 21 anos em todo o sistema penal.

Como observa Adauto Suannes, em face das atuais exigências principiológicas do sistema processual comprometido com o Estado de Direito Democrático, não se pode mais aceitar que o investigado seja visto como um mero objeto das investigações durante a fase inquisitória.[21] E a conhecida seletividade substancial do sistema penal passa pela atividade policial investigativa, como lembra Fauzi Hassan Choukr.[22] Logo, é evidente que durante essa fase investigativa o menor de 21 anos deve ser tratado também sob a ótica da "menoridade penal relativa", o que lhe garante a nomeação de curador, medida essencialmente garantidora e protetiva. Frederico Marques, ademais, discorrendo sobre a substituição processual, assevera que "o curador à lide que se dá ao menor (CPP, art. 262) (...) não é representante do curatelado, e sim substituto processual. Ele encarna o interesse do Estado pela efetividade do direito de defesa, pelo que atua em nome próprio, órgão que é no momento daquele interesse estatal".[23]

(18) *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. vol. II, p. 65.

(19) TJSP, *RT* 618/299: Função protetiva do curador.

(20) Essa expressão "defesa passiva" não é utilizada no sentido de passividade, pois o curador há de praticar atos efetivos de proteção; o uso dessa expressão tem apenas o objetivo de diferenciá-la da defesa ativa, relacionada com o princípio constitucional da amplitude de defesa no processo.

(21) *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

(22) "Processo penal e Estado de Direito". *O relacionamento entre o Ministério Público e a polícia judiciária no processo acusatório*. Campinas: Edicamp, 2002. p. 149.

(23) Op. cit., p. 41.

Com efeito, o menor de 21 anos, que há pouco deixou de ser inimputável e foi excluído do sistema pedagógico-corretivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, faz jus a uma proteção especial que atenue a carga repressiva do sistema penal, tanto no âmbito do direito material como no âmbito do processo penal, em face da opção política de nossa sociedade neste Estado de Direito Democrático, conforme demonstrado no item anterior. Ora, se o direito material dá ao menor de 21 anos uma proteção especial, de acordo com os art. 65, I, e 115 do CP, com maior razão deverá ser garantida, ao mesmo menor, uma proteção especial no sistema processual penal, seja durante a fase investigatória, seja durante a realização do interrogatório judicial, nomeando-se-lhe um curador com função defensiva, ou seja, protetiva.

Como se evidencia, a função do curador tem sentido no sistema penal exatamente diante da exigência da mantença do menor de 21 anos sob a égide do mencionado túnel especial protetivo, que tem a sua justificativa embasada na construção dos princípios éticos que legitimam a fixação da inimputabilidade por opção política e constitucional, sem qualquer interferência do critério do discernimento, o qual empolgou o reconhecimento da maioridade civil.

Aliás, não se olvide que, nos termos do art. 9.º do CC/16, os menores de 21 anos, quando se casavam ou eram emancipados, embora adquirissem plena capacidade civil, continuavam fazendo jus à nomeação de curador, conforme reiteradas decisões dos tribunais pátrios e, inclusive, do STF.[24]

Espínola Filho, nesse mesmo sentido, também afirmou que "devem ter curador, no processo criminal, todos os menores de 21 anos, ainda que já tenham adquirido a plena capacidade civil".[25]

Como se vê, a mantença da necessidade de curador para o indiciado ou réu menor casado ou emancipado desvelava, nitidamente, que a função do curador não era e nunca foi a de suprir a manifestação de vontade da pessoa incapaz, mas, sim, a de garantir materialmente a proteção daqueles que, mesmo considerados capazes no âmbito das relações civis, deveriam gozar de um especial tratamento na órbita do sistema penal.

Se o objetivo da jurisdição penal é concretizar o fato delituoso como ensina Rogério Lauria Tucci,[26] o processo penal deve servir a esse fim e, assim, assegurar materialmente que tal se efetive de forma ética e com a observância concreta e real das garantias formais.

O princípio constitucional do devido processo legal não existe para garantir a formalidade dos atos. Existe, sim, para assegurar efetivamente o gozo das garantias no plano material. Como ensina Zaffaroni, o direito processual é a forma pela

(24) Damásio Evangelista de Jesus. *Código...*, cit., p. 35.

(25) *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. vol. 3, p. 256.

(26) *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 34.

qual se realiza o direito penal.[27] Portanto, nenhum valor teriam os princípios garantistas do direito penal se no âmbito do sistema processual não fossem concretamente assegurados. De nada valeriam os princípios limitadores do poder repressivo estatal, erigidos como dogmas constitucionais e acolhidos pelo nosso ordenamento jurídico formal, se, no ambiente da concretude real do processo penal, diante da autoridade policial ou mesmo na presença do juiz, durante os atos processuais, os menores de 21 anos não gozassem de qualquer proteção. Ficaria despida de qualquer valor a proteção especial garantida formalmente pelos arts. 65, I, e 115 do CP, se o processo penal, afastado dos princípios constitucionais que gizaram os limites da imputabilidade, tratasse o menor de 21 anos sob a ótica do sistema privado, preocupado apenas com a regularidade formal da manifestação de sua vontade.

Rui Guerra, o poeta angolano que produziu com Chico Buarque de Holanda a canção "Fado Tropical", lembra-nos, com a sabedoria dos poetas, que, se a mão fica distante do coração, é porque existe uma grande distância entre intenção e gesto. Portanto, o grande desafio da efetivação das garantias individuais consiste exatamente em aproximar a mão do coração, ou seja, em transformar em ações concretas e efetivas as garantias asseguradas pelo direito formal. E é exatamente no campo de atuação concreta do processo que se realizam com eficácia as garantias estabelecidas pelos princípios constitucionais e normas formais.

Decididamente, não teria nenhum sentido jurídico, lógico ou político, dar ao menor de 21 anos um tratamento especial protetivo no âmbito de incidência do direito penal, visualizando-o sob a ótica de uma "menoridade penal relativa", justificada por opção política e constitucional diante do poder repressivo estatal, se o mesmo menor, ao mesmo tempo, fosse tratado de maneira totalmente diferente, sob o prisma do critério do discernimento, eminentemente civil, no momento da efetivação material daquela garantia, ou seja, durante a realização dos atos investigativos do inquérito policial, durante o interrogatório judicial e durante todo o processo penal.

Em face dos princípios constitucionais que sustentam o sistema penal como um todo incindível, não se pode invisibilizar o menor de 21 anos durante o inquérito policial, nem durante o interrogatório judicial para garantir apenas com a regularidade formal dos atos por ele praticados, olvidando-se todos os critérios políticos que exigiram a fixação dos limites da imputabilidade e justificaram a criação do túnel especial protetivo da "menoridade penal relativa".

Ora, se já se reconheceu que o menor de 21 anos deve gozar de certas garantias e de um tratamento especial, pois não pode suportar em igualdade de condições com o delinqüente adulto os rigores de uma condenação penal,[28] se o menor de 21 anos tem direito à atenuação da pena no procedimento constitucional de individualização da sanção criminal,[29] se os menores de 21 anos devem ficar

(27) Op. cit., p. 141.

(28) *RT* 601/348.

(29) CF, art. 5.°, XLVI; e CP, art. 65, I.

separados dos adultos durante os períodos de encarceramento,[30] se esses menores de 21 anos de idade têm direito à redução do prazo prescricional como corolário dos princípios constitucionais da prescritibilidade e do direito penal mínimo, é evidente que esse "menor" merece e faz jus pelo menos à medida protetiva de nomeação de curador durante o inquérito policial e durante o processo penal.

É por tudo isso que os arts. 15, 194, 262, 449, 450 e 564, III, *c*, do CPP, continuam plenamente em vigor, exigindo a nomeação de curador para o indiciado ou réu menor de 21 anos de idade.

É verdade que, em juízo, em face da exigência de princípios constitucionais, há necessidade da presença de defensor durante todos os atos processuais, inclusive durante a realização do interrogatório. Com efeito, ao acusado há de ser garantida a plenitude de defesa e o contraditório. Nenhum ato processual de colheita de prova pode ser realizado sem a presença de um defensor. Trata-se de princípios garantistas assegurados, não apenas pela Constituição Federal brasileira, mas também pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.[31] Portanto, indisfarçavelmente, durante o interrogatório, que é um momento de colheita de provas, há de estar presente um defensor. Lembre-se inclusive de que o interrogatório está formalmente metido a rol entre as provas, de acordo com o disposto no Capítulo III do Título VII do CPP. É o que basta para que seja garantida a presença e a participação ativa do defensor durante a realização do interrogatório. Aliás, em homenagem ao princípio constitucional do contraditório, o Ministério Público também deve estar presente ao interrogatório e deve participar ativamente da colheita dessa "prova". Como se vê, viola o contraditório a realização do interrogatório sem a presença e a participação ativa das partes, o que desvela a inconstitucionalidade do art. 187 do CPP, que refere a presença do defensor, mas proíbe a sua efetiva participação na colheita da prova. Aliás, Antonio Magalhães Gomes Filho ensina que realmente constitui violação ao princípio do contraditório a realização do interrogatório sem a presença e participação ativa das partes.[32] Em conseqüência, quando o juiz garante a presença e a participação ativa de defensor durante o interrogatório, bem como durante os demais atos processuais, a necessária e indispensável função de curador pode ser exercida pelo mesmo defensor, seja constituído ou dativo.[33] O que não se pode admitir é que o juiz deixe de garantir ao réu menor de 21 anos a assistência ativa e participativa de alguém que, como defensor ou curador, possa, com isenção e autonomia, entrevistar-se previamente com o interrogando,[34] fazer perguntas ao

(30) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 10, item 2.6.

(31) Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, art. 8.°; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 9.°.

(32) *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 148.

(33) Súm. 352 do STF.

(34) Comunicado CGJ/SP 263/83, *DJE* 10.12.1983, p. 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, art. 8.°; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 14, item 3, letra *c*.

interrogando durante o ato e interferir na realização do interrogatório para evitar omissões, constrangimentos, abusos, distorções ou mesmo equívocos que o próprio juiz venha eventualmente a cometer. Nesse sentido, têm razão os tribunais pátrios que já proclamaram vária vez a nulidade de interrogatórios de menores de 21 anos quando juízes nomearam, como curadores, porteiros dos auditórios ou oficiais de justiça, funcionários do juízo, subordinados à autoridade funcional e moral dos magistrados e que, exatamente por isso, estavam impedidos de exercer com a necessária independência a função protetiva e defensiva de curador.[35] E pelas mesmas razões também já foram considerados imprestáveis interrogatórios extrajudiciais nos quais a autoridade policial cuidou de nomear carcereiros ou investigadores de polícia para o exercício da curatela de indiciados menores de 21 anos.[36] É evidente, pois, que no espaço ético em que se permite o deslinde de uma controvérsia de dimensão jurídica[37] a nomeação de curador não pode ser realizada tão-só para garantir a regularidade formal dos atos praticados, lançando-se ao olvido todos os princípios garantistas que justificam a sua necessidade material e ética.

Assim, com relação à exigência de nomeação de curador para os réus e indiciados menores, estão em vigor os dispositivos processuais acima mencionados e o art. 2.043 do novo CC tem aplicação plena.

2.3 A capacidade civil e a representação legal do ofendido

A representação legal do ofendido, mencionada nos arts. 5.º, II, 14, 19, 24, 30, 38, 39, § 1.º, e 268 do CPP, bem como no art. 100 do CP, diz respeito aos menores de 21 anos? E o art. 34 do CPP, que dispõe sobre o direito de queixa dos menores de 21 anos, continua em vigor?

Não.

É que, com relação ao ofendido, não há falar em "inimputabilidade" nem em "menoridade penal relativa". Logo, com relação à representação do ofendido, há de prevalecer integralmente o critério civil que giza os limites da capacidade para a manifestação da vontade. Os dispositivos legais mencionados são absolutamente claros quando se referem expressamente ao "representante legal". O ofendido maior de 18 anos, que é plenamente capaz, não tem nenhum "representante legal". Os maiores de 18 anos somente terão "representante legal", ou seja, curador civil, nomeado no pedido de interdição, quando caracterizadas as hipóteses do art. 1.767 do novo CC, pois, nessas situações, posto maiores, serão considerados incapazes.

O acusado, seja como indiciado, quando é alvo de uma "acusação" no sentido amplo, seja como réu, diante de uma "acusação" no sentido estrito e próprio,

(35) *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo* 6/236, 2.º trimestre, Imesp, 1990.

(36) *RT* 708/380.

(37) *RT* 618/299.

estão sob a égide do princípio constitucional garantista da inimputabilidade penal, bem como de seu corolário, que exige especial proteção até os 21 anos de idade. Mas, o ofendido, quando manifesta a sua vontade, no inquérito policial ou no processo penal, está sujeito aos dispositivos legais que fixam os limites da capacidade civil.

Assim, se o ofendido não contar 18 anos de idade, necessitará de "representante legal" para a prática dos atos de manifestação de vontade referidos nos dispositivos processuais em menção, nos termos dos arts. 1.634, V, e 1.728 do novo CC: (1) até os 16 anos, os menores são representados pelos pais ou tutores nomeados; e (2) os maiores de 16 e menores de 18 anos são assistidos, representados no sentido amplo, pelos pais ou por tutores nomeados.

Entretanto, com relação aos ofendidos maiores de 18 anos, salvo nas hipóteses do art. 1.767 do novo CC, não há falar em representação legal, pois, a partir de então, de acordo com o disposto no art. 5.° do novo CC, gozam eles de plena capacidade para a manifestação de sua vontade.

Decididamente, portanto, a expressão "representante legal", prevista nos arts. 5.°, I, 14, 19, 24, 30, 38, 39, § 1.°, e 268 do CPP, bem como no art. 100 do CP, refere-se exclusivamente ao menor de 18 anos de idade e aos maiores de 18 anos nas hipóteses do art. 1.767 do novo CC.

Como se vê, nesse particular nenhuma eficácia tem o art. 2.043 do novo CC, que não pode impedir os efeitos da inexistência de representação legal para os maiores de 18 anos de idade plenamente capazes.

Aliás, diante da cessação da incapacidade civil aos 18 anos, é inevitável reconhecer a revogação tácita do disposto no art. 34 do CPP. Com efeito, tal dispositivo processual se refere à possibilidade do oferecimento de queixa pelo representante legal do menor de 21 anos, o que é inadmissível diante da atual inexistência de "representante legal" para as pessoas que contam mais de 18 anos de idade, salvo obviamente nas hipóteses do art. 1.767 do novo CC.

Decididamente, o maior de 18 anos, plenamente capaz, deverá requer sozinho a instauração de inquérito policial (CPP, art. 5.°, I), não poderá ser representado por ninguém ao requerer diligências à autoridade policial (CPP, art. 14) e não será representado no oferecimento de queixa (CPP, arts. 19, 30 e 34; e CP, art. 100) nem na elaboração da representação criminal (CPP, art. 24) nem quando se habilitar como assistente da acusação (CPP, art. 268).

Entretanto, para que não pairem dúvidas, devo lembrar que, obviamente, não estou fazendo referência à representação por mandato. Assim, o maior de 18 anos, dês que plenamente capaz, poderá constituir advogado, por procuração, para representá-lo na prática dos mencionados atos, mas assinará sozinho a procuração.

Finalmente, lembro a lição de Tourinho Filho, que, na vigência do Código Civil revogado, já afirmava que o ofendido, maior de 18 e menor de 21 anos, posto relativamente capaz sob a ótica do sistema civil, tinha o direito de, sozinho, exercer o direito de queixa ou de representação, sem a assistência do seu repre-

sentante legal cível e mesmo contra a vontade deste, especialmente em face do disposto no art. 50 do CPP.[38]

Como se vê, a representação do ofendido nada tem a ver com os critérios políticos que determinam a nomeação de curador para indiciado e réu, mas, sim, exclusivamente, com a representação processual baseada no critério da capacidade civil.[39]

2.4 A capacidade civil e a contagem do prazo decadencial

Em face do disposto no art. 5.º do novo CC, continua tendo sentido a polêmica doutrinária e jurisprudencial sobre a duplicidade ou unidade do prazo decadencial nos casos em que o ofendido for menor de 21 anos de idade?

Não.

Acreditavam alguns na duplicidade do prazo decadencial. De acordo com a Súm. 594 do STF, "os direitos de queixa e representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal". Assim, "operada a decadência em relação ao ofendido, por exemplo, o direito de queixa continuará sob a titularidade de seu representante legal, se não soube da autoria do crime".[40] Portanto, de acordo com essa tese, haveria dois prazos decadenciais autônomos: um para o ofendido e outro para o seu representante legal.[41]

Outros, contrariando aqueles, sustentavam que o prazo decadencial é único. Haveria, então, um direito e dois titulares (o ofendido e seu representante legal). Em conseqüência, havendo unidade de direito e duplicidade de titulares, "se um deles deixa o prazo escoar-se sem o seu exercício, os dois perdem o direito".[42]

Entretanto, essa polêmica perdeu completamente o sentido diante da cessação da incapacidade civil dos maiores de 18 anos, que não têm mais necessidade de "representante legal". Decididamente, se o ofendido for maior de 18 anos, o prazo decadencial começará a fluir apenas, nos termos do art. 38 do CPP, quando ele próprio tomar conhecimento da autoria do crime. Não há mais falar em início de contagem de prazo decadencial, por exemplo, quando apenas o pai do ofendido maior de 18 anos tomar conhecimento da autoria do crime. Obviamente, se o pai do maior de 18 anos não é mais o seu representante legal, não tem ele titularidade para o oferecimento da queixa ou da representação. Logo, o prazo decadencial não pode fluir quando exclusivamente o pai do maior de 18 anos toma conhecimento da autoria do crime.

(38) *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1, p. 231.

(39) *RT* 607/287.

(40) Damásio Evangelista de Jesus. *Código...*, cit., p. 33.

(41) RHC 49.052, *RTJ* 60/358; *RT* 402/110, 407/91 e 437/409.

(42) Damásio Evangelista de Jesus. *Código...*, cit., p. 38; STF, *RTJ* 58/26; *RT* 429/394.

Em conseqüência, se no dia 11.01.2003, data da entrada em vigor do novo Código Civil, estava em curso um prazo decadencial iniciado na data em que o pai do menor de 21 anos tomou conhecimento da autoria do crime, esse prazo foi definitivamente extinto e há de ser considerada apenas a data em que o próprio ofendido tomou conhecimento da autoria do crime. E se o ofendido maior de 18 anos ainda não tiver tomado conhecimento da autoria do crime, o prazo decadencial somente começará a fluir a partir da data em que ele tomar conhecimento da autoria do crime.

Finalmente, observo que também perdeu totalmente o sentido a polêmica sobre a possibilidade de poder ou não o menor de 21 anos exercer sozinho o direito de representação.Com efeito, antes da vigência do novo Código Civil, afirmava-se que o ofendido maior de 18 e menor de 21 anos "pode exercer o direito de representação sem a assistência do seu representante legal, aplicando-se o disposto no art. 34 do CPP. Se ele pode exercer o direito de queixa, pode exercer o *minus*, que é o direito de representação. Neste caso, tanto ele quanto o seu representante legal podem exercer o direito de representação".[43]

Hoje, todavia, o maior de 18 anos pode exercer sozinho o direito de representação, pois é ele plenamente capaz e não tem nenhum representante legal. E também é inegável que não há falar em direito de representação sendo exercido por representante legal de ofendido maior de 18 anos, pois não existe mais representação legal a partir dessa idade.

Mais uma vez, portanto, não tem nenhuma eficácia o art. 2.043 do novo CC. Quer queira, quer não queira esse dispositivo legal, o início da fluência do prazo decadencial foi atingido pelas conseqüências da vigência do art. 5.º do novo CC, quando o ofendido for maior de 18 anos de idade.

2.5 A capacidade civil e o perdão do ofendido nas ações penais privadas

Continuam ainda em vigor os arts. 52 e 54 do CPP?

Não.

Esses dispositivos processuais foram tacitamente revogados pelo disposto no art. 5.º do novo CC.

De acordo com o art. 106 do CP, o perdão do ofendido, nos crime de ação penal privada, depende da aceitação manifestada pelo querelado para que produza efeito como causa extintiva da punibilidade nos termos do art. 107, V, do CP.

E os arts. 52 e 54 do CPP condicionavam a validade da concessão do perdão, bem como de sua aceitação, à concordância do "representante legal" do maior de 18 e menor de 21 anos.

Todavia, se o maior de 18 anos se tornou plenamente capaz e já não tem mais "representante legal", a concessão e a aceitação do perdão cabem exclusivamente

(43) Damásio Evangelista de Jesus. *Código...*, cit., p. 38.

ao querelante e ao querelado, respectivamente, mesmo que não conte 21 anos de idade. Se o querelante menor de 21 anos, plenamente capaz, conceder o perdão, não há mais nenhuma necessidade de se colher a manifestação de vontade de seu representante legal, pois o maior de 18 anos, plenamente capaz, não tem nenhum "representante legal", salvo nas hipóteses do art. 1.767 do novo CC. E, da mesma forma, se o querelado menor de 21 anos, com capacidade plena, aceitar o perdão, também não haverá nenhuma necessidade de se consultar um "representante legal", que, diga-se, não existe. Logo, diante da aceitação do perdão, manifestada exclusivamente pelo querelado maior de 18 e menor de 21 anos, estará extinta a sua punibilidade, nos termos do art. 107, V, do CP.

É verdade que o querelado é o réu na ação penal privada. Assim, poder-se-ia pensar que, estando ele no gozo das garantias pertinentes ao estado de "menoridade penal relativa", vinculada aos critérios constitucionais da "inimputabilidade", a concordância de seu representante legal seria imprescindível como medida protetiva. Ledo engano. Em primeiro lugar, não se pode exigir a concordância de um "representante legal" que simplesmente não existe. E, em segundo lugar, porque não se pode invocar qualquer medida de garantia em prejuízo do beneficiado. Ora, se a aceitação do perdão acarreta a extinção da punibilidade do querelado, não se pode impedir a incidência dos efeitos do perdão aceito, em flagrante prejuízo para o querelado, mediante a argumentação ilógica de que necessita o querelado da concordância protetiva de quem quer que seja.

Finalmente, devo afirmar o seguinte: se houver alguma ação penal privada em andamento, na qual houve concessão do perdão pelo querelante maior de 18 e menor de 21 anos, com discordância de seu representante legal, aquela exclusiva concessão do perdão passou a produzir efeito, imediatamente, no momento em que entrou em vigor o novo Código Civil, e o querelado deve ser consultado, para dizer se aceita ou não o perdão; e, se houver alguma ação penal privada em andamento, na qual houve aceitação do perdão pelo querelado maior de 18 anos e menor de 21, com a discordância de seu representante legal, aquela aceitação exclusiva passou a ter validade plena a partir do dia 11.01.2003 e, em conseqüência, estará, a partir de tal data, extinta a punibilidade do querelado, nos termos do art. 107, V, do CP.

Como se vê, mais uma vez o art. 2.043 do novo CC não foi eficaz para impedir a revogação tácita dos arts. 52 e 54 do CPP.

2.6 A capacidade civil e o consentimento para o abortamento ético

Ainda prevalece a exigência de consentimento do representante legal para a prática do abortamento ético, previsto no art. 128, II, do CP, quando a gestante for maior de 18 anos?

Não.

Se a gestante é maior de 18 anos e tem capacidade plena, o que somente não ocorre nas hipóteses do art. 1.767 do novo CC, não há necessidade do consenti-

mento de "representante legal" para a autorização da prática do abortamento sentimental, humanitário ou ético.

Antes da vigência do novo Código Civil, as gestantes eram consideradas absolutamente incapazes, quando menores de 16 anos, ou relativamente incapazes, quando maiores de 16 e menores de 21 anos (CC/16, arts. 5.º e 6.º).

Nesses casos, o direito ao abortamento ético somente podia ser exercido se houvesse consentimento do "representante legal", que agia no exercício da representação no sentido estrito, ou como assistente, representante legal no sentido amplo.

Atualmente, contudo, em face do disposto no art. 5.º do novo CC, somente nas hipóteses do art. 3.º, II e III, e do art. 4.º, II e III, e do art. 1.767 do novo CC há de ser exigido o consentimento do "representante legal" da gestante maior de 18 anos.

É verdade que, nos termos do art. 4.º, IV, do novo CC, os pródigos também são considerados relativamente incapazes.

Assim, poder-se-ia pensar que, se a gestante fosse declarada pródiga haveria necessidade de consentimento de seu "representante legal" para a autorização da prática do abortamento ético.

Entretanto, a declaração de prodigalidade atinge apenas a capacidade para a prática de atos relativos à mera alienação efetiva ou potencial de bens, conforme dispõe expressamente o art. 1.782 do novo CC. Logo, a gestante declarada pródiga, maior de 18 anos, pode sozinha consentir na prática do abortamento ético.

Decididamente, sendo a gestante maior de 18 anos e plenamente capaz, basta o seu consentimento para que o abortamento ético possa ser praticado de acordo com o disposto no art. 128, II, do CP.

Mais uma vez, portanto, o art. 2.043 do novo CC não conseguiu evitar os axiomáticos efeitos no sistema penal da alteração do limite da capacidade civil.

2.7 A capacidade civil e a tipificação do rapto consensual

O art. 220 do CP, que tipifica o rapto consensual, continua plenamente em vigor?

Não.

O art. 220 do CP foi revogado parcialmente pelo disposto no art. 5.º do novo CC.

De acordo com esse mencionado tipo penal, o rapto fica caracterizado "se a raptada é maior de 14 anos e menor de 21 anos, e o rapto se dá com o seu consentimento".

Trata-se de um crime contra os costumes, que visa ao controle da sexualidade feminina. Seu objetivo, na realidade, não é dar proteção à mulher menor de 21

anos, mas sim mantê-la sob a égide do poder familiar no que diz respeito ao exercício de sua sexualidade.

Com efeito, como já afirmaram nossos tribunais, reforçando a índole ideológica do patriarcalismo androcêntrico desse tipo penal, "o crime de rapto tem como nota marcante ser endereçado contra a ordem e a disciplina da vida sexual familiar. De fato, fere a própria organização da família, subvertendo-a e quebrando os princípios indispensáveis a sua própria sobrevivência".[44] Assim, "a ofensa que o rapto acarreta à organização familiar atinge esta sob o ponto de vista da disciplina ético-sexual. Os direitos enfeixados no pátrio poder ou tutela compreende a assistência dos filhos ou pupilos sobre o prisma da moral social, e é sob tal aspecto que são violados pelo rapto consensual".[45]

Como se vê, o objeto jurídico no rapto consensual é o pátrio poder, ou o poder familiar, de acordo com o atual conceito que lhe dá o novo Código Civil.

Assim, como as menores de 21 anos estavam sob a égide do pátrio poder, nos termos do art. 379 do CC/16, o Código Penal, subsidiariamente, reforçava o controle familiar, tipificando o rapto consensual no seu art. 220.

Todavia, atualmente, em razão da cessação da "menoridade" aos 18 anos, não se pode mais falar na proteção do poder familiar quando as mulheres adquirem a maioridade e, em conseqüência, a capacidade plena.

Com efeito, de acordo com o art. 1.630 do novo CC, os filhos estão sujeito ao poder familiar enquanto menores. Logo, as mulheres maiores de 18 anos, plenamente capazes, não mais estão sujeitas ao poder familiar. Logo, não se pode mais falar em proteção do poder familiar, na órbita do sistema penal, com relação ao rapto consensual das mulheres maiores de 18 anos.

Ademais, como ensina Luiz Regis Prado, invocando ensinamento de Polaino Navarrete, "sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio direito penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentimento como tal ordem de direito".[46]

Não se olvide, pois, que o delito, em sua concepção material, constitui uma lesão de direito subjetivo, valor ou bem.[47]

De acordo com o princípio da exclusiva proteção ao bem jurídico, o delito constitui lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Por isso, em um Estado de Direito Democrático e Social, a tutela penal não pode estar dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima,

(44) *RT* 506/336.

(45) *RT* 542/341.

(46) *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1992. p. 15.

(47) Luiz Regis Prado. Op. cit., p. 15.

sob a ótica constitucional, apenas quando socialmente necessária (Luiz Regis Prado, op. cit., p. 15).

Assim, se as mulheres de 18 anos não estão sujeitas ao poder familiar, não se pode aceitar a criminalização de uma conduta que não atinge qualquer bem jurídico tutelado ou tutelável.

Decididamente, o art. 220 do CP, em face da vigência do novo Código Civil, somente pode ser invocado quando a raptada for maior de 14 e menor de 18 anos de idade.

Como se vê, com relação à tipificação do rapto consensual, o art. 2.043 do novo CC também não conseguiu evitar a interferência do atual sistema privado e suas derivações axiológicas.

2.8 A capacidade civil e a ação penal nos crimes contra os costumes

O disposto no inc. II do § 1.º do art. 225 do CP é ainda aplicável quando a vítima é maior de 18 anos?

Não.

De acordo com tal dispositivo penal, nos crimes definidos nos três primeiros Capítulos do Título VI do Código Penal (dos crimes contra os costumes), procede-se mediante ação pública se o crime é cometido com abuso do pátrio poder (leia-se poder familiar, de acordo com o art. 1.630 do novo CC).

Ora, conforme afirmei no item anterior, os filhos somente estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores, ou seja, quando ainda não contarem 18 anos de idade.

Assim, se a vítima dos mencionados crimes for maior de 18 anos de idade, sendo plenamente capaz e não estando sujeita ao poder familiar, a ação penal será privada, nos termos do *caput* do art. 225 do CP.

Trata-se, como se percebe, de mais um reflexo da nova estruturação da capacidade civil no sistema penal, reflexo esse que não foi obstado pelo pretensioso art. 2.043 do novo CC.

2.9 A capacidade civil e a causa de aumento específica prevista no art. 18, III, da Lei 6.368/76

Continua inteiramente em vigor o disposto no inc. III do art. 18 da Lei 6.368/76?

Não.

Esse dispositivo penal também foi parcialmente revogado pelo disposto no art. 5.º do novo CC.

Trata-se da previsão de aumento de pena para os crimes previstos na Lei 6.368/76 quando a conduta visa a menores de 21 anos.

Todavia, o mencionado dispositivo penal exige interpretação analógica.

Eis o seu texto: "as penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 a 2/3: (III) se qualquer deles (...) visar a menor de 21 anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação".

Como se vê, tal dispositivo, quando expressa a cláusula genérica de aumento de pena, se refere especificamente ao critério do discernimento e da autodeterminação, o qual diz respeito à capacidade civil.

Assim, se os maiores de 18 anos são plenamente capazes de acordo com o critério do discernimento, eleito pelo sistema civil, não há falar em aumento de pena se a conduta visa a essas pessoas.

Em conseqüência, o mencionado aumento de pena específico somente será admissível quando a conduta visar menores de 18 anos, o que implica afirmar que o inc. III do art. 18 da Lei 6.368/76 foi parcialmente revogado pelo novo Código Civil.

Mais uma vez o art. 2.043 do novo CC mostrou-se inaplicável portanto.

3. A união estável e seus reflexos no âmbito do sistema penal

3.1 O casamento, a união estável e a extinção da punibilidade com fundamento no art. 107, VII e VIII, do CP

A união estável, regulamentada pelo disposto no art. 1.723 do novo CC, acarreta a extinção da punibilidade nas hipóteses dos incs. VII e VIII do art. 107 do CP?

Sim.

De acordo com o art. 107, VII, do CP, "extingue-se a punibilidade com o casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código".

E, nos termos do inc. VIII do art. 107 do CP, "extingue-se a punibilidade pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração".

Como se vê, o casamento, nas mencionadas hipóteses, é causa de extinção da punibilidade.

Todavia, de acordo com o disposto no art. 1.723 do CC "é reconhecida como entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição da família".

Aliás, o art. 226, § 3.º, da CF, também dispõe que "para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a Lei facilitar sua conversão em casamento".

Como se vê, embora a Constituição Federal e o novo Código Civil não tenham equiparado a união estável ao casamento, a verdade é que há entre esses dois institutos uma inegável analogia estabelecida pela principiologia constitucional.

Induvidosamente, a união estável está reconhecida, tanto pelo texto constitucional como pela legislação infraconstitucional, como uma entidade familiar.

E, obviamente, o objetivo da extinção da punibilidade pelo casamento, nos casos acima mencionados, objetiva proteger a entidade familiar, não apenas a instituição do casamento.

Assim, por analogia, a união estável acarreta também a extinção da punibilidade nas situações previstas nos dispositivos penais acima mencionados.

Ademais, Julio Fabbrini Mirabete já observou que, embora a doutrina e a jurisprudência não aceitem a união estável como causa extintiva da punibilidade, "a previsão constitucional da união estável como fato jurídico equiparado ao casamento (art. 226, § 3.º, da CF) deve mudar, por analogia *in bonam partem*, tal orientação".[48]

Em conseqüência, se o estuprador, por exemplo, passa a viver em união estável com a estuprada, estará extinta a sua punibilidade, por analogia, nos termos do art. 107, VII, do CP, bastando para tanto que seja provada e reconhecida judicialmente a situação prevista no art. 1.723 do CC.

Aliás, esse entendimento já deveria ter sido adotado a partir do momento que entrou em vigor a nossa atual Constituição Federal.

Todavia, devo reconhecer que, no que diz respeito a casamento com terceiro, de acordo com o disposto no inc. VIII do art. 107 do CP, há uma dificuldade a ser enfrentada para o reconhecimento da união estável como causa extintiva da punibilidade por analogia. É que tal dispositivo fixa um prazo para que a ofendida, ou o ofendido, requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal. E esse prazo é contado a partir da celebração do casamento. Assim, é preciso fixar o termo *a quo* desse prazo quando se pretende reconhecer a união estável como causa extintiva da punibilidade. Mas essa dificuldade não pode excluir a aplicação da analogia. A única solução seria, pois, determinar, no contexto probatório, o início da união estável, conforme permite inclusive, por analogia, o par. ún. do art. 7.º do CC.

3.2 O casamento, a união estável e a escusa absolutória do art. 181, I, do CP

A isenção de pena prevista no art. 181, I, do CP deve ser aplicada também quando os crimes contra o patrimônio são praticados em prejuízo do companheiro, nos casos de união estável?

(48) *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 693-694.

Sim.

De acordo com o disposto no art. 181, I, do CP, é isento de pena quem comete qualquer dos crimes contra o patrimônio em prejuízo do cônjuge, na constância da sociedade conjugal, salvo nas hipóteses do art. 183 do CP.

Logo, por analogia, se o crime contra o patrimônio, praticado sem violência ou grave ameaça, é cometido em prejuízo de companheiro ou companheira, na constância da união estável, há de ser aplicada a isenção de pena acima mencionada, pelos motivos expostos no item anterior.

É que tal dispositivo penal visa à proteção das relações familiares, que devem ser preservadas também nos casos de união estável, em face de evidente analogia estabelecida pelo texto constitucional.

3.3 O aumento de pena nos crimes contra os costumes quando o agente vive em união estável

O aumento de pena previsto no inc. III do art. 226 do CP deve incidir também quando o agente vive em união estável?

Não.

De acordo com esse dispositivo penal, a pena é aumentada de quarta parte, na prática dos crimes contra os costumes, se o agente é casado.

Assim, se o agente está vivendo em união estável, poder-se-ia pensar na aplicação da mencionada causa de aumento de pena específica por analogia também.

Todavia, como é cediço, não se admite a aplicação da analogia *in malam partem* no sistema penal e, em conseqüência, a pena somente poderá ser aumentada se o agente for efetivamente casado.

4. Os crimes (1) de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento e (2) de conhecimento prévio de impedimento (CP, arts. 236 e 237)

4.1 A retroatividade da norma complementar

A tipificação dos crimes definidos nos arts. 236 e 237 do CP sofreu alguma influência do novo Código Civil?

Sim.

É que tais tipos penais constituem normas penais em branco e, para a sua complementação, dependem dos dispositivos da legislação civil que tratam dos impedimentos para o casamento.

O Código Civil de 1916 fazia previsão dos impedimentos em seu art. 183, mas o novo Código Civil, em seu art. 1.521, reduziu drasticamente o rol de impedimentos.

Assim, há de ser reconhecida a *abolitio criminis* nos casos em que, antes de 11.01.2003, o agente contraiu casamento, ocultando ao outro contraente qualquer impedimento previsto no Código Civil de 1916 e que tenha sido abolido pelo novo Código Civil, em face da evidente interferência da norma complementar na elementar "impedimentos", que integra o tipo penal.

Além disso, também haverá *abolitio criminis* quando o agente contraiu casamento, antes da mencionada data, conhecendo a existência de impedimento que na época lhe causava nulidade absoluta, mas que, de acordo com o novo Código Civil, deixou de acarretar tal nulidade.

Como ensina Soler, em lição invocada por Damásio Evangelista de Jesus, "tem influência a variação da norma complementar na lei de tipicidade carecedora de complemento (norma penal em branco) quando importe em real modificação da figura abstrata do direito penal (como disse Mayer) e não quando importe mera modificação de circunstâncias que, na realidade, deixa subsistente a norma".[49]

Assim, a norma complementar do tipo carecedor de complemento é retroativa, de acordo com o art. 5.°, LX, da CF, quando a sua nova definição implica alteração da elementar formadora do tipo abstrato, exatamente como ocorre no caso da modificação e exclusão de hipóteses de impedimentos para o casamento.

Decididamente, apenas são irretroativas, na verdade, as normas complementares com caráter de excepcionalidade ou temporariedade, nos termos do art. 3.° do CP, pois a sua modificação ou exclusão posterior não interfere na figura abstrata do tipo penal, o que não ocorre nas hipóteses em comento.

Novamente, como se verifica, o art. 2.043 do novo CC não conseguiu impedir os reflexos do novo sistema civil no âmbito do sistema penal.

4.2 A consumação dos crimes tipificados nos arts. 236 e 237 do CP

O novo Código Civil interferiu na caracterização do momento consumativo dos artigos tipificados nos arts. 236 e 237 do CP?

Sim.

Como é sabido, antes da vigência do novo Código Civil, havia uma significativa polêmica sobre o momento consumativo dos mencionados delitos, pois alguns juristas, e inclusive intérpretes do direito civil, entendiam que se contraía o casamento no momento da manifestação da vontade dos nubentes, enquanto outros entendiam que, além dessa manifestação de vontade, havia a necessidade da declaração do juiz que celebrava o ato.

Atualmente, contudo, essa polêmica não tem mais sentido.

[49] *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. vol. 1, p. 87.

É que, de acordo com o disposto no art. 1.514 do novo CC, "o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados".

Portanto, o momento consumativo dos mencionados delitos ocorre exatamente quando o juiz declara os nubentes casados (...) e isso, obviamente, tem relevância quando se fala em tentativa, desistência voluntária ou arrependimento eficaz.

4.3 A união estável e os crimes tipificados nos arts. 236 e 237 do CP

É possível considerar tipificados os crimes definidos nos arts. 236 e 237 do CP quando, na união estável, um dos companheiros oculta impedimento ao casamento ou conhece a existência de impedimento causador da nulidade de casamento?

Não.

Essa questão tem sentido, embora os impedimentos tenham relação com o casamento, porque, de acordo com o § 1.º do art. 1.723 do novo CC, a constituição da união estável também está sujeita à inexistência dos impedimentos previstos no art. 1.521 do novo CC.

Entretanto, em face dos princípios da reserva legal e da taxatividade, os crimes em menção somente serão cometidos se ocorrer casamento.

Ademais, como acima já afirmei, é inadmissível a aplicação da analogia *in malam partem* no sistema penal.

5. A morte presumida nos termos do art. 7.º do novo CC

5.1 A morte presumida da vítima e a consumação dos crimes contra a vida

É possível aceitar, no processo penal, como prova da materialidade de delito contra a vida, a certidão de óbito lavrada em razão de declaração de morte presumida, com fundamento no art. 7.º do CC?

Não.

De acordo com o art. 7.º do novo CC, "pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; e II – se alguém, desaparecido em campanha, não foi encontrado até dois anos após o término da guerra".

A hipótese de declaração de morte presumida, prevista no inc. II do art. 7.º do novo CC, que traz à lembrança a angustia de Penépole à espera de Ulisses, não tem relevância específica para a estas reflexões.

Entanto, a hipótese prevista no inc. I do mencionado dispositivo legal, que trata da justificação de morte, merece análise.

Imagine-se uma hipótese em que alguém esteja sendo processado por tentativa de homicídio e, em dado momento, o Ministério Público junta aos autos uma certidão de óbito lavrada em razão de uma decisão judicial declaratória de morte presumida, embasada no dispositivo civil em menção e exarada em um pedido de justificação de óbito que tramitou pelo juízo cível.

Essa certidão de óbito não seria um documento hábil para comprovar a morte da vítima.

É que, em respeito ao princípio constitucional do contraditório, as provas produzidas em um processo cível do qual não participou o réu não podem ser emprestadas para comprovação do óbito da vítima no juízo criminal.

Como observa Luiz Francisco Torquato Avolio, "na conhecida conceituação do Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o contraditório é a expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo, e a possibilidade de contrariá-los".[50] Assim, a validade da prova depende não apenas da informação sobre a sua existência, mas, também, da participação na sua elaboração.

Em conseqüência, se não houve informação prévia sobre a produção da prova que deu embasamento à declaração do óbito no juízo cível, e muito menos participação da defesa na sua colheita, o princípio do contraditório foi violado e a prova produzida é, não apenas nula, mas uma não-prova.

Com efeito, como ensina Antonio Magalhães Gomes Filho, quando a prova foi produzida de maneira apenas irregular no que pertine à forma em que se realizaram os atos procedimentais, a sua validade está sujeita aos critérios do sistema de nulidades e poderá eventualmente ser convalidada e até mesmo mantida como elemento de convicção, se, por exemplo, não acarretou prejuízo para a parte, mas, "se se tratar de uma infringência ao contraditório que atinge a própria natureza do ato tido como probatório, sua própria existência, a solução deve ser a mesma reservada para as provas *inadmissíveis*, que jamais podem ser utilizadas pela sentença".[51]

Além disso, a prova emprestada do processo cível não é admitida no processo penal se possível a sua repetição. Como ensinam Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes, a impossibilidade de reprodução é um "requisito indispensável para o aproveitamento da prova emprestada".[52] E, à evidência, no caso em comento, é perfeitamente possível a repetição da prova no juízo criminal, o que afasta a admissibilidade do empréstimo da prova.

É verdade que a prova da morte pode ser feita indiretamente, de acordo com o disposto no art. 158 do CPP. Todavia, essa prova não pode ser produzida sem a participação da defesa, quando a violação do contraditório atinge a própria natureza e a existência do ato probatório, como acima afirmei.

(50) *Provas ilícitas*. São Paulo: RT, 1995. p. 23.

(51) Op. cit., p. 169.

(52) *Da prova penal*. Campinas: Copola, 1994. p. 45.

Ademais, a declaração de morte de acordo com o art. 7.º do novo CC decorre de mera presunção legal, que não é aceita pelo sistema penal. Decididamente, "no Estado Democrático de Direito, em que a liberdade individual é reconhecida como premissa fundamental para a justa organização da sociedade, é evidente que as decisões penais, que incidem exatamente sobre o *status libertatis* do cidadão, só podem ser legitimadas por um saber resultante de procedimentos que permitam esclarecer os fatos sob a dupla ótica da sociedade e do indivíduo: é preciso que as hipóteses acusatórias sejam verificadas, pois sem a existência de provas concludentes não se poderá superar a *presunção de inocência* do acusado; mas é igualmente necessário que essas mesmas provas sejam produzidas com a participação e o controle da defesa e, ainda, que possa haver *contraprova*".[53]

5.2 A morte presumida do réu e a extinção da punibilidade com fundamento no art. 107, I, do CP

É possível aceitar, no processo penal, como prova da morte do réu, a certidão de óbito lavrada em razão de declaração de morte presumida, com fundamento no art. 7.º do novo CC?

Sim.

Como afirmei no item anterior, a morte da vítima, declarada em procedimento cível de justificação de óbito, do qual o réu não participou, não tem validade para fazer prova no processo penal e não é bastante para comprovar a materialidade do crime contra a vida. É que a prova que embasou tal decisão judicial cível foi colhida sem a participação do réu do processo criminal. Assim, o aproveitamento dessa prova implicaria violação do princípio constitucional do contraditório.

Todavia, o Ministério Público, que é uno e indivisível, participa do procedimento especial de jurisdição voluntária de justificação de óbito (CPC, art. 1.105 c/c o art. 82, II). Logo, não há falar em violação do contraditório quando a prova da morte do réu é colhida na justificação de óbito e emprestada para o processo penal. Com efeito, no procedimento cível mencionado, garantiu-se ao Ministério Público o direito à informação e à participação na produção da prova.

Portanto, se houver declaração judicial da morte do réu de acordo com o art. 7.º do novo CC, a respectiva certidão de óbito é hábil para embasar a declaração de extinção de punibilidade, com fundamento no art. 107, I, do CP.

5.3 A morte presumida e o direito de representação ou de oferecimento de queixa

O direito de representação ou de queixa passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão também nos casos de declaração de óbito com fundamento no

[53] Mariângela Gama de Magalhães Gomes. Op. cit., p. 55.

art. 7.º do novo CC, como ocorre nos casos de morte do ofendido ou de declaração de sua ausência?

Sim.

Nos termos dos arts. 24, § 1.º, e 31 do CPP, ocorre a substituição processual, passando o direito de representação ou de queixa às pessoas acima referidas, nos casos de morte ou declaração de ausência.

Assim, como a declaração de óbito de acordo com o art. 7.º do novo CC também constitui hipótese de morte presumida, equiparando-se sob esse prisma à declaração de ausência, aquela substituição processual também é cabível nos casos de justificação de óbito. Trata-se de aplicação da analogia, procedimento de heterointegração, perfeitamente admitido pelo sistema processual pátrio, como ensina Tourinho Filho.[54]

6. Conclusões

6.1 O novo Código Civil, que entrou em vigor no dia 11.01.2003, interferiu significativamente no sistema penal. Preceitos de natureza civil incorporados ao novo Código Civil produziram efeitos no direito penal e no direito processual penal, apesar do disposto no art. 2.043 do novo CC, que há de ser interpretado no contexto de uma ordem jurídica que tem embasamento em princípios, genéricos e específicos, constitucionais e políticos, os quais não podem ser olvidados. Contudo, embora o ordenamento jurídico esteja encerrado em um conjunto de princípios genéricos de índole constitucional, o direito civil tem seus princípios próprios e fundamentos específicos, enquanto o sistema penal, com as suas peculiaridades, deve ser interpretado sob a égide de uma principiologia específica e adequada à sua natureza e aos seus próprios fundamentos e institutos, que estão diretamente vinculados à ideologia que o edifica e que são, ôntica e ontologicamente, distintos daqueles que embasam e justificam o ordenamento das relações privadas.

6.2 Embora o art. 5.º do novo CC afirme a cessação da "menoridade" das pessoas aos 18 anos de idade, continuam com eficácia os arts. 65, I, e 115 do CP, que reconhecem, respectivamente, a incidência de atenuante e a redução pela metade do prazo prescricional quando o réu é menor de 21 anos de idade. Continuam válidos, pois, os critérios que determinaram a adoção do período protetivo da "menoridade penal relativa". O direito penal não adotou o critério do discernimento para a fixação da inimputabilidade, mas, sim, o critério normativo, inspirado por princípios constitucionais. Durante o período de "menoridade penal relativa", os maiores de 18 e menores de 21 anos devem permanecer relativamente protegidos em um túnel de mitigação dos efeitos deletérios e inocuizadores do sistema penal. Não há confundir a "cessação da menoridade civil", reconhecida pelo art. 5.º do atual CC, com a "menoridade penal relativa", estabelecida pelo

(54) Op. cit., p. 173.

sistema penal. A "menoridade civil" nada tem a ver com a "menoridade penal" e muito menos com a "menoridade penal relativa". A "maioridade civil", deferida aos maiores de 18 anos, está vinculada ao critério do discernimento e tem o seu significado vinculado à capacidade específica de exercício de atos da vida civil, diz respeito às relações intersubjetivas no âmbito do sistema privado e foi reconhecida pelo novo Código Civil no contexto principiológico de um sistema privatista. Já a "menoridade penal", garantida aos menores de 18 anos, e a "menoridade penal relativa", assegurada aos maiores de 18 e menores de 21 anos, estão vinculadas à imputabilidade e ao garantista princípio constitucional da culpabilidade, foram fixadas de acordo com critérios normativos, têm inspiração na opção política do estado de direito democrático, dizem respeito às relações de poder no âmbito do controle repressivo estatal, constituem corolários dos princípios limitadores do poder punitivo do Estado, tais como o do direito penal mínimo, e têm seus fundamentos vinculados a princípios próprios do sistema penal, totalmente distintos daqueles que embasam o sistema privado.

6.3 Apesar da vigência do art. 5.º do novo CC, que afirma a cessação da menoridade das pessoas aos 18 anos de idade, continuam em vigor os dispositivos processuais penais que exigem a nomeação de curador para o menor, tanto na fase policial como em juízo. Se o menor de 21 anos, indiciado ou réu, está sob a égide de um sistema protetivo especial do direito material, é evidente que o mesmo menor há de contar com uma proteção garantista especial do sistema processual penal também. E essa proteção especial no processo penal está consubstanciada exatamente na nomeação do curador, que exerce uma função defensiva no espaço ético de vigência das garantias constitucionais.

6.4 A representação legal do ofendido, mencionada nos arts. 5.º, II, 14, 19, 24, 30, 38, 39, § 1.º, e 268 do CPP, bem como no art. 100 do CP, não se refere mais aos menores de 21 anos. E o art. 34 do CPP, que dispõe sobre o direito de queixa dos menores de 21 anos, não continua em vigor. É que, com relação ao ofendido, não há falar em "inimputabilidade" nem em "menoridade penal relativa". Logo, com relação à representação do ofendido, há de prevalecer integralmente o critério civil que giza os limites da capacidade para a manifestação da vontade.

6.5 Em face do disposto no art. 5.º do novo CC, não tem mais nenhum sentido a antiga polêmica doutrinária e jurisprudencial sobre a duplicidade ou unidade do prazo decadencial nos casos em que o ofendido for maior de 18 e menor de 21 anos de idade. É que o maior de 18 anos agora é plenamente capaz e não tem nenhum representante legal. Logo, o prazo decadencial, nesse caso, é uno e tem apenas um titular, *scilicet*, o ofendido maior de 18 anos. Assim, o prazo decadencial começa a fluir exclusivamente quando o maior de 18 anos toma conhecimento da autoria do delito.

6.6 Também perdeu totalmente o sentido a polêmica sobre a possibilidade de poder ou não o menor de 21 anos exercer o direito de representação sem a assistência de seu representante legal, pois, diante do disposto no art. 5.º do novo CC, o maior de 18 anos é plenamente capaz e pode exercer sozinho tal direito.

6.7 Não continuam em vigor os arts. 52 e 54 do CPP, os quais foram tacitamente revogados pelo disposto no art. 5.° do novo CC. Se o maior de 18 anos tornou-se plenamente capaz e já não tem mais "representante legal", a concessão e a aceitação do perdão cabem exclusivamente ao querelante e ao querelado, respectivamente, depois que completam 18 anos de idade.

6.8 O art. 220 do CP, que tipifica o rapto consensual, foi parcialmente revogado em face da nova definição dos limites etários da capacidade civil e somente tem incidência quando a raptada for maior de 14 e menor de 18 anos de idade. É que as mulheres maiores de 18 anos não estão mais sujeitas ao poder familiar, objeto jurídico do tipo penal em menção.

6.9 O disposto no inc. II do § 1.° do art. 225 do CP não pode ser aplicado quando a vítima for maior de 18 anos. Se a vítima nos crimes contra os costumes for maior de 18 anos de idade, sendo plenamente capaz e não estando sujeita ao poder familiar, a ação penal será privada, nos termos do *caput* do art. 225 do CP.

6.10 Não continua inteiramente em vigor o disposto no inc. III do art. 18 da Lei 6.368/76. O aumento de pena específico previsto nesse dispositivo legal somente será admissível quando a conduta criminosa visar a menores de 18 anos.

6.11 A união estável, regulamentada pelo disposto no art. 1.723 do novo CC, acarreta a extinção da punibilidade nas hipóteses dos incs. VII e VIII do art. 107 do CP, por analogia, em face do disposto no art. 226, § 3.°, da CF, que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

6.12 A isenção de pena prevista no art. 181, I, do CP deve ser aplicada, por analogia, quando os crimes contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça, são praticados em prejuízo do companheiro ou companheira, nos casos de reconhecimento da união estável nos termos do art. 1.723 do novo CC.

6.13 O aumento de pena previsto no inc. III do art. 226 do CP não deve incidir quando o agente vive em união estável, pois não se admite a aplicação da analogia *in malam partem* no sistema penal e, em conseqüência, a pena somente poderá ser aumentada se o agente for efetivamente casado, respeitando-se, assim, a taxatividade desse dispositivo penal.

6.14 A tipificação dos crimes definidos nos arts. 236 e 237 do CP sofreu influência do novo Código Civil no que diz respeito à nova definição dos "impedimentos para o casamento". Assim, há de ser reconhecida a *abolitio criminis* nos casos em que, antes de 11.01.2003, o agente contraiu casamento, ocultando ao outro contraente qualquer impedimento previsto no Código Civil de 1916 e que tenha sido abolido pelo novo Código Civil, em face da evidente interferência da norma complementar na elementar "impedimentos". Além disso, também haverá *abolitio criminis* quando o agente contraiu casamento, antes da mencionada data, conhecendo a existência de impedimento que na época lhe causava nulidade absoluta, mas que, de acordo com o novo Código Civil, deixou de acarretar tal nulidade.

6.15 O art. 1.514 do novo CC definiu o momento consumativo dos crimes tipificados nos arts. 236 e 237 do CP. Consumam-se esses delitos quando o juiz declara os nubentes casados.

6.16 Não é possível considerar tipificados os crimes definidos nos arts. 236 e 237 do CP quando, na união estável, um dos companheiros oculta impedimento ou conhece a existência de impedimento causador da nulidade do casamento, pois é inadmissível a aplicação da analogia *in malam partem* no sistema penal, especialmente no que diz respeito à ampliação do tipo penal. Somente haverá tipificação da conduta, em face do princípio da reserva legal, quando se contrai "casamento" nas condições previstas nos referidos tipos penais.

6.17 Não é possível aceitar, no processo penal, como prova da materialidade de delito contra a vida, a certidão de óbito da vítima lavrada em razão de declaração de morte presumida, com fundamento no art. 7.º do novo CC, pois a aceitação dessa prova viola o princípio do contraditório.

6.18 É admissível, no processo penal, a declaração da extinção da punibilidade com fundamento no art. 107, I, do CP, quando a prova da morte do réu é produzida no juízo cível, em procedimento de justificação de óbito, embasado no art. 7.º do novo CC, pois o Ministério Público participa de sua colheita, o que afasta a possibilidade de violação do contraditório.

6.19 Nos casos de morte presumida do ofendido, declarada de acordo com o disposto no art. 7.º do novo CC, o direito de representação ou de queixa passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, conforme dispõem os arts. 24, § 1.º, e 31 do CPP, que devem ser aplicados por analogia.

Bibliografia

AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais.* Da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCrim, 2003.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal.* São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal.* Parte Geral. São Paulo: RT, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai *et al.* "Processo penal e Estado de Direito". *O relacionamento entre o Ministério Público e a polícia judiciária no processo acusatório.* Campinas: Edicamp, 2002.

DIAS, Marcos Vinícius Viveiros. "Alguns reflexos do novo Código Civil no âmbito penal". *Folha Online*, 11 jan. 2003.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

FELICÍSSIMO, Fernando Fulgêncio. "A redução da maioridade civil e seus reflexos no sistema jurídico-penal". *RT*, São Paulo: RT, n. 804, out. 2002.

FRANCO, Alberto Silva. "Direito penal e globalização". *Direitos humanos. Visões contemporâneas.* Associação Juízes para a democracia. São Paulo: Método, 2001.

_____; STOCO, Rui *et al. Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1999. vol. 1.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. "Nova maioridade civil – Dezoito anos – E suas repercussões penais". Disponível em: <falecom@luizflaviogomes.com.br>.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. vol. 1.

KARAM, Maria Lúcia. "De crimes, penas e fantasias". *Papel social, jurídico e político da magistratura*. Rio de Janeiro: Luam, 1994.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. "Os efeitos do novo Código Civil no sistema penal". *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 11, n. 126, maio 2003.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. vol. II.

MASSA, Patrícia Helena. "A menoridade penal no direito brasileiro". *RBCCrim*, ano 1, vol. 4, São Paulo: RT, out.-dez. 1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Copola, 1994.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1996.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

TORQUATO AVOLIO, Luiz Francisco. *Provas ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: RT, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1.

_____. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. vol. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: RT, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: RT, 1999.

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Imesp, n. 6, 2.º trimestre, 1990.

RTJ 58, 103 e 603.

RT 402, 407, 429, 437, 506, 542, 601, 607, 618 e 708.

2.3

OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E METODOLÓGICOS DA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

OTHON DE AZEVEDO LOPES

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. Hans Welzel, obra e contexto: 2.1 A fenomenologia; 2.2 O existencialismo; 2.3 O neojusnaturalismo existencialista – 3. O caminho para determinação do conteúdo material do direito – 4. O que fica do direito natural?: 4.1 O dever ser transcendente; 4.2 O homem como ser responsável; 4.3 A positividade como característica essencial do direito; 4.4 Direito e moral: o seu caráter ordenado e confluente – 5. Direito e poder – 6. A ciência do direito e a sua metodologia: 6.1 As estruturas lógico-objetivas ou ônticas – 7. O permanente na ciência do direito penal: 7.1 A ação; 7.2 A culpabilidade – 8. A influência e o legado de Hans Welzel – 9. Considerações finais – Bibliografia.

Resumo: A teoria finalista da ação de Hans Welzel tem como base filosófica a fenomenologia e o existencialismo. Da fenomenologia, tal teoria extraiu a preocupação com o permanente e a superação das dicotomias entre ser e dever ser, direito e moral e objeto e sujeito. Do existencialismo, como desdobramento da fenomenologia, Wezel extraiu o conceito de homem como ser responsável. É dentro desse contexto que se insere as duas estruturas lógico-objetivas ou ônticas do direito penal – a ação e a culpabilidade. A ação corresponde a uma manifestação da autonomia do homem em que há uma criação voluntária de sentido, de modo que a possibilidade de direcioná-la voluntariamente para um fim é a característica essencial da ação. Já, a culpabilidade é um juízo que se faz sobre a ação que não foi direcionada segundo os conteúdos obrigatórios de "dever ser", ou seja, se a pessoa não foi responsável por seus deveres será pela sanção penal.

Palavras-chave: Finalista – Welzel – Fenomenologia – Ação – Culpabilidade.

1. Considerações iniciais

Hans Welzel escreveu seu nome na história da ciência do direito penal com a teoria finalista do delito. Essa construção teórica que alterou profundamente a ciência penal não foi fruto apenas da evolução dos seus estudos sobre direito penal, mas sobretudo tem sólidas raízes na formação e pensamento filosófico de Hans Welzel. Ele não era apenas um penalista. A sua formação era sobretudo filosófica. Então, os seus aportes para a ciência do direito penal podem ser mais bem compreendidos a partir de seu pensamento filosófico.

A teoria finalista do delito foi o resultado da aplicação do método fenomenológico e das considerações existencialistas sobre o homem e o direito ao objeto do direito penal. Welzel valeu-se dessas escolas filosóficas para superar o relativismo até então dominante com positivismo jurídico e com os neokantianos. Daí que, para compreender Welzel, é indispensável conhecer a escola fenomenológica e a sua vertente existencialista.

Da mesma forma, a descrição da história do pensamento jusfilosófico tem grande importância para Welzel. Daí que se reproduziram as referências a outros autores como fundamento de seu pensamento. Welzel, seguindo a linha fenomenológica de Hartmann valoriza a história do pensamento, pois é a partir do estudo da evolução das diversas escolas que a fenomenologia encontra o permanente. E é justamente com base nas idéias que atravessaram os séculos que se determina o conteúdo material do direito.

Essa é a principal preocupação do pensamento de Welzel: a determinação do conteúdo material do direito. Aliás, para ele, esse deveria ser o objeto da própria ciência do direito, que deveria procurar estruturas constantes e permanentes na realidade que seriam vinculativas para o próprio legislador. Foi com base em tais preocupações e metodologia que Welzel construiu a sua teoria penal.

Outro aspecto que sobressai dos estudos filosóficos de Welzel é a sua preocupação com o direito natural. É significativo que a sua tese de doutorado tenha sido sobre o pensamento jusnaturalista de Samuel Pufendorf, assim como o seu principal livro sobre filosofia do direito tenha na primeira edição se intitulado *Derecho natural y justicia material* – Preliminares para una filosofía del derecho. Tais preocupações levaram a que grande parte dos estudiosos de filosofia do direito, classificassem-no como neojusnaturalista, embora Welzel tenha recusado tal filiação.

A teoria finalista da ação surgiu assim em um contexto de superação das teorias jurídico-filosóficas positivistas e neopositivistas. Uma das grandes preocupações de Welzel foi mostrar que existem limites para o legislador. No direito penal, a estrutura da ação e a culpabilidade seriam tais limites que se ignorados ou maltratados pelo legislador não levariam necessariamente a invalidade do direito, mas certamente a incoerências e contradições insolúveis.[1]

2. Hans Welzel, obra e contexto

Hans Welzel nasceu, em 25.03.1904, em Artern. Estudou direito e filosofia na Universidade de Jena e Heidelberg sob a orientação dos neokantianos Bruno Bauch e Heinrich Rickert, do fenomenologista P. F. Linke e do historiador de filosofia Max Wundt.

(1) WELZEL (1977a: 257).

Apresentou a sua tese de doutorado em 1928 sobre *A teoria iusnaturalista de Samuel Pufendorf*. Depois de 1937, foi professor de filosofia do direito e de direito penal na Universidade de Götting. A partir de 1952, lecionou na Universidade de Bonn, cidade em que faleceu em 1977.

No prólogo à 4.ª edição do *Novo sistema*, o próprio Welzel explicita as influências e o embasamento teórico de sua filosofia do direito[2] e de sua doutrina sobre a ação finalista no direito penal. A origem mais distante do seu pensamento estaria nos trabalhos dos psicólogos Karl Bühles, Theodor Erismann, Erich Jaensch e Wikhem Peters, dos fenomenólogos P. F. Linke e Alexander Pfänder. Todos eles desenvolveram trabalhos entre 1920 e 1930, rompendo com a visão causal mecanicista dos atos anímicos. Em seu primeiro artigo sobre a ação humana, Welzel denominou o processo de sua formação e exteriorização de "realização intencional dos fins".

Em 1935, ingressou como professor na Universidade de Colônia com um trabalho sobre *Naturalismo e filosofia dos valores no direito penal*. Esse estudo foi uma releitura de sua antiga teoria sobre a ação humana a partir das obras de Nicolai Hartmann – *Ética e problema do ser espiritual*.[3] Nessa obra, foram expostos a metodologia e os pressupostos epistemológicos a partir dos quais Welzel construiu a sua teoria finalista da ação.[4]

Assim como Hartmann, que havia sido considerado neokantiano, a teoria filosófica de Hans Welzel construiu-se a partir dos estudos neokantianos de Bruno Bauch e Richard Hönigswald, que haviam destacado "o princípio supremo de todos os juízos sintéticos de Kant: as condições de possibilidade dos objetos da experiência são ao mesmo tempo condições dos objetos da experiência". Disso Welzel deduziu que as categorias do conhecimento seriam também categorias do ser, não apenas gnoseológicas, mas sobretudo ontológicas.

De outro lado, o Prof. Cerezo Mir[5] destaca outra influência marcante na construção jurídico-filosófica de Welzel, a partir da consideração de que "a estrutura final da ação humana não poderia ser percebida, nem a conduta final poderia ser considerada como a conduta especificamente humana, se não partisse de uma determinada concepção do homem como ser responsável, aberto ao mundo, ca-

(2) WELZEL (2001: 11).

(3) Idem (2001: 12).

(4) Foi a partir de tal estudo que Welzel definitivamente adotou o termo finalidade no lugar de intencionalidade para sintetizar a sua teoria até o final de sua vida, embora tenha reconhecido (WELZEL, 1974: 18) que a denominação mais adequada para a sua teoria seria "cibernética", ou seja, "ação como acontecimento dirigido e orientado pela vontade". É que, embora o termo finalidade pudesse ser mais restrito do que o conteúdo da teoria, Welzel não viu motivo para abandonar uma expressão idiomática já estabelecida.

(5) Em uma nota no livro *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista, quando da sua tradução para a língua espanhola. WELZEL (2001: 10).

paz de reger-se pelos critérios do sentido da verdade e do valor". O pensamento de Welzel, assim como a fenomenologia, desaguou no existencialismo.[6]

Além das teses já mencionadas podem-se destacar os seguintes livros da obra de Hans Welzel: *Causalidade e ação*, *Naturalismo e a filosofia dos valores no direito penal*, *Sobre as valorações no direito penal*, *Estudos sobre o sistema jurídico-penal*, *O novo sistema jurídico-penal*, *direito penal alemão*, *Introdução à filosofia do direito* – Direito natural e justiça material. É nesta última obra que se encontra exposto o pensamento jusfilosófico de Welzel que, a partir do histórico do desenvolvimento do direito natural procurou estruturas e linhas permanentes, com o objetivo de fixar limites materiais para o direito positivo.

2.1 A fenomenologia

A teoria de Welzel é sobretudo fenomenológica. Daí a importância da compreensão das linhas básicas da fenomenologia, da sua visão de mundo e de seus métodos para a análise da jusfilosofia de Welzel. Apesar de Edmund Husserl haver formulado as bases da fenomenologia, para o presente trabalho, interessa muito mais o pensamento de Hartmann, que foi contemporâneo de Welzel.

A fenomenologia surgiu como um pensamento de reação ao idealismo apriorístico, podendo ser sintetizada como um movimento para o concreto, ligada a dados imediatos e inegáveis a partir dos quais se devem erguer as teorias. No cumprimento dessa tarefa, há uma busca de dados indubitáveis e evidências estáveis. A fenomenologia é marcada pela busca do constante, do evidente e do inegável.

A primeira etapa na fenomenologia é a descrição do fenômeno. A segunda chamada por Edmund Husserl de *epoché*, ou seja, o questionamento de tudo aquilo que não é apodítico, isto é, que nos é dado por crença. Daí que para a fenomenologia "a existência da consciência é imediatamente evidente".[7]

Em uma segunda etapa, a fenomenologia descreve os modos típicos de como as coisas e os fatos se apresentam à consciência. A fenomenologia não é assim uma ciência apenas dos fatos, mas precipuamente uma ciência das essências, ou seja, dos modos pelas quais as coisas se apresentam.

O pensamento de Hartmann – filósofo fenomenologista de maior proximidade a Welzel – se diferencia do de Husserl em algumas nuances. Para Hartmann, a descrição dos fenômenos constitui a primeira parte do método filosófico. A segunda parte seria a aporética, ou seja, a explicitação dos problemas, pondo em relevo as contradições, aporias e antinomias surgidas da descrição dos fenômenos. A última etapa seria a teoria com a superação dos problemas levantados na aporética. A teoria teria por objetivo estabelecer a unidade e as conexões entre os fenômenos.

(6) Sobre esse ponto é importante ressaltar que Welzel, ao lado de Maihofer e Coing, são classificados como neoiusnaturalistas existencialistas. Confira-se Siches (1970: 77).

(7) REALE, Giovani (1991: 554).

Para Hartmann, a ontologia, como base do conhecimento filosófico, seria uma das maiores conquistas do pensamento clássico. A teoria do conhecimento deveria voltar às coisas mesmas. Hartmann alia-se a Scheler e Husserl para atribuir maior importância ao objeto, sem, no entanto, privilegiá-lo indevidamente. Objeto e sujeito estariam em um mesmo plano ontológico. Embora a dicotomia sujeito/objeto seja mantida, o sujeito pode ser objeto de descrição fenomenológica, sem, no entanto, jamais ser reduzido a este.

Hartmann considera que os empiristas ingleses reduzem o sujeito ao objeto. O idealismo neokantiano reduz o objeto às perspectivas do sujeito; o monismo reúne sujeito e objeto em uma estrutura superior idealista. Conhecer é conhecer algo. Daí que o sujeito só pode ser compreendido em razão de um objeto, assim como o objeto só se torna objeto de conhecimento quando conhecido pelo sujeito.[8]

A ontologia de Hartmann não se propõe a definir o ser como ser ou sequer reconhece que isso seja possível: "o próprio ser não se pode definir nem interpretar. Mas se podem diferenciar as maneiras do ser e analisar seus modos. Pode-se assim revelá-los de dentro para fora. Isto se dá na análise modal do ser real e do ser ideal".[9]

O pensamento ontológico pode ser sintetizado em três enunciados básicos sobre o ser, a sua multiplicidade na unidade e a sua estruturação: 1) o ser é em si mesmo, independente de ser ignorado ou pensado, 2) o ser manifesta-se na multiplicidade, mas é uno no sentido de que tudo é, 3) a multiplicidade não é desordenada, mas se encontra estruturada em princípios categoriais.

O pensamento fenomenológico não é compatível com sistema fechado. A fenomenologia não recusa a sistematização, mas valoriza a análise da essência do objeto e a sua problematização, a partir do que se classificam os fenômenos em tipos ou modos. Busca-se sim uma unidade de pensamento e uma coerência entre os tipos e os modos, mas as essências e os objetos são os determinantes para a construção da teoria. A fenomenologia reconhece o papel do ser cognoscente na teoria do conhecimento, mas não o sobrepõe ao objeto como o neokantianismo. O objeto e a sua ontologia serão sempre limites para a construção de sistemas teóricos. Nesse sentido, é muito oportuna a observação de Hartmann:[10]

(8) Sobre o tema é esclarecedora a seguinte passagem de Adeodato (1996: 96) sobre o pensamento de Hartmann: "A inter-relação entre ambos os termos tem de ser ontologicamente adequada para propriciar a gnoseologia, vale dizer, o sujeito, ao conhecer, tenta converter em estruturas lógicas, racionais, com as quais ele trabalha, as estruturas ônticas intrínsecas do objeto; essa conversão só é possível porque no ser do objeto existem possibilidades para tanto, embora ele não se esgote, como Hartmann a todo o tempo insiste, em semelhantes possibilidades. O conhecimento depende, na perspectiva da nova ontologia, de um sujeito que se projeta em algo e de algo intrinsecamente dotado de adaptação às estruturas lógicas que coordenam tal projeção".

(9) ADEODATO (1996: 79).

(10) HARTMANN (1964: 7).

"La época de los sistemas filosóficos ha pasado". "El pensamiento sistemático de hoy va por otro camino. Ya no es pensamiento sistemático; mucho mejor debe designarse como pensar problemático. Pensar problemático no es asistemático. También éste pretende llegar a una visión de conjunto. Su meta tendrá que presentársele siempre como sistema. Solo que no anticipa el sistema. Pretende dejarse llevar primero hacia allí. Sabe que se da una conexión total del mundo."

Outro ponto importante para Hartmann é o seu conceito de filosofia. Ao contrário de Husserl, Hartmann não considera a história da filosofia irrelevante. Por outro lado, não reduz a filosofia à sua história, já que a partir de história da filosofia buscam-se princípios permanentes. Em outras palavras, da observação da evolução das idéias filosóficas buscam-se princípios permanentes e imutáveis que para Hartmann teriam grande importância para formação do objeto da filosofia.[11]

A marca do pensamento fenomenológico em Welzel é evidente. A teoria finalista da ação e o seu pensamento sobre culpabilidade foram resultado da busca por elementos permanentes no direito penal. Como resultado do pensamento tipológico, foram a ação e a culpabilidade os dois modos do ser que foram escolhidos para constituir estruturas lógico-objetivas ou ônticas, ou seja, constantes da realidade.[12] Outro ponto marcante da aproximação de Welzel com pensamento fenomenológico constitui-se na superação das dicotomias neokantianas de sujeito e objeto, direito e moral, ser e dever ser. Dentro do pensamento de Wezel, tais categorias não existem de forma estanque. São, em verdade, confluentes e interrelacionadas como demonstra claramente a sua teoria sobre moral e direito.[13]

2.2 O existencialismo

Welzel, como filósofo de formação fenomenológica, tinha predisposição para aceitar o existencialismo, como desdobramento dessa primeira corrente filosófica.[14] Claramente, o conceito de homem, em Welzel, é existencialista. Da

(11) ADEODATO (1996: 76): "Defendendo uma posição intermédia entre Husserl, que rejeita toda filosofia anterior e quer estabelecer princípios radicalmente novos e Dilthey, por exemplo, que se resigna a um relativismo entre os diversos sistemas, erigindo a história da filosofia como objeto da própria filosofia, Hartmann quer determinar o princípio – só que justamente a partir da própria história da filosofia".

(12) Sobre o assunto ver item 7.1.

(13) Ver item 4.4.

(14) O seguinte trecho de Welzel (1957: 255) deixa bem clara a influência do existencialismo sobre seu pensamento: "La larga historia del problema ético-material ha probado que no constituye un encadenamiento de opiniones arbitrarias y contradictorias entre si, sino que es un coloquio que se extiende a lo largo dos siglos, y en el cual los problemas planteados por los intentos de solución de una época son aprehendidos y llevados adelante por la generación subsiguiente. Por eso, nosotros no podemos retroceder a al situación anterior al existencialismo, de igual manera tampoco la Edad Moderna podía saltar detrás del nominalismo, sino que tenemos que avanzar a través de la filosofia

mesma forma, a decisão existencial também é um conceito importante para Welzel, assim como o universo do objetivo e subjetivo a partir do qual se forma tal decisão existencial.

Em tal sentido, o existencialismo é uma corrente filosófica que se desenvolveu na Europa no intervalo entre as Guerras Mundiais, tendo se expandido e virado moda após a Segunda Guerra Mundial. É reflexo da conscientização de situações limites e da redução do ser humano durante as experiências totalitárias. A época do existencialismo é a crise.

A raiz próxima do existencialismo está na fenomenologia. Heidegger, o precursor do existencialismo, mostra claramente tal proximidade, até mesmo por ter sido aluno de Edmund Husserl. O existencialismo se desenvolve em problematização da existência e das relações da existência com o mundo das coisas e com o mundo dos homens.[15]

O existencialismo parte de uma idéia de homem como ser singular e finito. O homem para o existencialismo é indefinível, assim como a existência é indedutível. Nem o homem nem a realidade podem ser reduzidos à racionalidade.

A não identificação da realidade com racionalidade é acompanhada por outros pontos fundamentais do existencialismo:[16] "1) a centralidade da existência como modo de ser daquele ente finito que é o homem; 2) a transcendência do ser (o mundo e/ou Deus) com o qual a existência se relaciona; 3) a possibilidade como modo de ser constitutivo da existência e, pois, como categoria insubstituível na análise da própria existência".

existencial. Ninguna contemplación de ideas, ninguna teoría enteléquica, ninguna construcción histórica a priori puede liberarnos de la contingencia de los contenidos históricos. La decisión existencial contiene aquí, en efecto, primariamente, un sentido intemporal y, por tanto, de valor absoluto. No obstante lo cual, presupone que aquello por lo que la decisión existencial se prenuncia no sea, en principio, pese a toda contingencia, indiferente y carente de sentido (...) Aun concediendo la contingencia del contenido del obrar histórico, es decir, aun concediendo que no es posible deducir racionalmente su justeza objetiva fundados es la presuposición que hace posible el sentido de actos existenciales. El sentido objetivo y subjetivo del obrar se encuentran indisolublemente entrelazados, y no se puede suprimir el uno sin aniquilar simultáneamente el otro".

(15) A seguinte passagem de Jaspers (1959: 233) permite uma compreensão da temática existencialista e sua abordagem: "Una consecuencia de la posible mala inteligencia de todo esclarecimiento de la 'existencia' (confusión de la existencia con la individualidad empírica de la 'existencia' singular, identificación de ver en este filosofar a la objetividad) es desvanecerse en la subjetividad, perder el mundo con toda su riqueza, socavar el dever-ser y destruir las normas y su vigencia obligatoria. La aclaración filosófica de la 'existencia' se ha de mantener en su verdad apropiándose claramente el sentido de objetividad y subjetividad".

(16) REALE, Giovanni (1991: 594).

Para o existencialismo, o sentido do ser é uma questão fundamental. E é o homem que propõe essa pergunta sobre o sentido da existência. Por isso, o homem não pode ser reduzido a simples objeto, pois é para ele que estão presentes todos os objetos. A natureza e essência do homem (*Dasein* ou ser-aí) é a existência. E, por sua vez, a essência da existência é a possibilidade de atuar e, por conseqüência, se escolher ou se perder. A existência é por isso essencialmente transcendência, isto é, superação. O homem é um projeto e as coisas do mundo são utensílios postos à sua disposição. O homem compreende algo quando sabe utilizá-lo. Da mesma forma, o homem compreende a si mesmo quando sabe o que fazer consigo.

Tal qual enunciou Sartre em texto de sua autoria, o existencialismo é um humanismo.[17] O homem e a sua existência são o centro das preocupações de tal corrente filosófica. A seguinte frase de Jasper sintetiza a posição do homem no pensamento existencial: "Nature, Histoire et englobant, tout cèla conflue em L'Homme".[18]

No existencialismo, é o homem que se decide, enquanto projeto: "L'essence de l'Homme est mouvement: l'Homme ne peut rester tel qu'il est. Il se trouve dans une évolution constante de son être social".[19] É dentro dessa dinâmica incessante que o homem se decide: escolhe-se ou perde-se.

Assim como, para o entendimento das bases fenomenológicas do pensamento de Welzel, Hartmann é um filósofo chave, para a compreensão da influência existencialista sobre Welzel, Jaspers tem igual importância.

No pensamento de Jaspers, a existência está sempre entre subjetividade e objetividade. Está em um mundo dividido em sujeito e objeto. Na objetividade, busca-se a forma, a figura e um critério válido para a vida, com a existência querendo ser absorvida em uma totalidade objetiva da qual é parte. Da mesma maneira, a existência pende para a subjetividade, para a procura da individualidade, da possibilidade, do decidir-se, enfim, do realizar-se como projeto. É dessa tensão em zigue-zague entre objetivo e subjetivo que há o salto para a transcendência.

A objetividade é o exterior ao "eu", é a idéia de validade geral, seja como lei natural ou ética, seja o mundo como totalidade. A subjetividade é, em primeiro lugar, consciência geral, o eu pensado em abstrato, dirigido ao exterior e ao objetivo; e, segundo lugar, é a consciência individual com vontade própria e livre arbítrio com seu impulso vital insuperável; é, por último, a consciência do válido como razão, que se submete ao conhecimento impositivo e como personalidade na qual o mundo se impõe como realidade.[20]

(17) Como demonstra o título de sua obra *O existencialismo é um humanismo* (SARTRE, 2000).

(18) JASPERS (1964: 41). Em tradução livre: "Natureza, história e a totalidade, tudo isso conflui no homem".

(19) Idem (1964: 43). Em tradução livre: "A essência do homem é movimento. Ele não pode permanecer como está. Ele se encontra em uma evolução constante em seu ser social".

(20) Idem (1959: 229 *et seq.*).

Objetividade e subjetividade são dois pólos distintos e indissociáveis. É na dissolução de um no outro que se situa a decisão existencial. Quando o "dever ser" está em um mundo já existente de leis válidas eticamente, conforme as quais o homem tem de se comportar, então é mera objetividade. No momento em que o "dever ser" é apropriado pela subjetividade, transforma-se em uma decisão de existência, a partir do que se torna parte de seu querer.

O "eu" não atua racionalmente quando age cega e causalmente. Quando se dá conta do que quer e de que caminho escolhe para atingir o fim, põe a sua ação em conexão com os meios apropriados para atingir a finalidade. Para orientar a ação, o "eu" deve buscar um "dever ser". Ao atuar, deve ter consciência de fazê-lo devidamente a partir das regras da existência empírica e de uma lei geral. É o "dever ser" contido em tais leis e regras que condiciona a finalidade dos atos. O atuar finalisticamente exige a consciência de um "dever ser". Só assim se atua como um verdadeiro "eu", não por puro prazer, mas por ter consciência de fazer sempre o que é devido. Atuar por capricho perturba a consciência moral e corrompe a força de seu ser, que se faz violento, vacilante ou indeterminado. Daí surge a idéia de um "dever ser transcendente e incondicionado", ou seja, que dá sentido à existência, sem o qual esta se reduz a atos mecânicos.

É a partir de tal visão existencialista do homem que Welzel constrói um dos conceitos chaves para a sua filosofia do direito: o homem como ser responsável. Nesse sentido, a teoria finalista da ação se entrelaça com a idéia de os atos humanos serem manifestação de autonomia, de uma decisão existencial, sem a qual não podem ser compreendidos. Daí, a culpa como a vontade mal direcionada ser parte integrante indissociável da própria ação e jamais um elemento que possa ser analisado em separado da própria ação. De outro lado, a culpabilidade nada mais é do que um juízo sobre o fracasso do homem como ser responsável, isto é, uma avaliação sobre a pessoa que podendo ser consciente de seus deveres e no domínio de suas ações não direciona sua ação conforme o "dever ser".

2.3 O neojusnaturalismo existencialista

A Alemanha foi o país dos jusfilósofos fenomenologistas e existencialistas. O prestigio de Edmund Husserl em tal país explica esse fenômeno, assim como as duas guerras mundiais e o conturbado cenário econômico do entreguerra que geraram um ambiente psicológico que exigia a superação das teorias jurídicas dominantes, principalmente o positivismo jurídico. A filosofia existencialista foi o caminho para tal superação.[21]

Welzel,[22] Helmut Coing e Maihofer foram os principais representantes desse movimento fenomenológico e existencialista. A partir da busca de linhas per-

(21) BRIMO (1978: 435).

(22) WELZEL (1977a: 251 *et seq.*) não se considera um filósofo iusnaturalista, já que, para ele o iusnaturalismo acabou se transformando em ideologia, em um grito de guerra

manentes no direito natural, de uma aproximação entre o conteúdo da moral e o do direito, da determinação da natureza das coisas – estruturas lógico-objetivas na terminologia de Welzel – e da valorização do conteúdo da dignidade humana, essa corrente jusfilosófica busca a superação das aporias do neokantianismo, do positivismo jurídico e do positivismo filosófico.

O pensamento problemático e tipológico da fenomenologia também ganharam destaque na metodologia jurídica desta escola. Não se abandonou completamente o pensamento sistemático, mas se recusa a idéia de um sistema fechado e completo.[23]

Com muita propriedade, Monreal resume alguns pontos básicos desse movimento existencialista dentro da Ciência do Direito:

"a) la consideración de la persona humana y la proclamación del valor absoluto de su dignidad, como ser autónomo, que se fin en sí mismo; b) la inclinación a apoyar en la conciencia del hombre los valores absolutos que reglan su obrar, sin que ello signifique que tales valores van a ser tenidos como puramente subjetivos; c) el afán de evidenciar que el Derecho no cumple solamente funciones de justicia, sino también fines de utilidad común para la sociedad en que rige; d) el reconocimiento de que el legislador positivo tienes límites infranqueados en el dictado de los preceptos jurídicos que han de regir una sociedad humana, límites que provienen de la realidad objetiva en la que el Derecho debe tener su efecto".[24]

3. O caminho para determinação do conteúdo material do direito

A principal obra filosófica de Welzel foi um livro sobre direito natural – *Introdução à filosofia do direito* – direito natural e ética material. Seguindo o método fenomenológico, Welzel não fez apenas uma obra descritiva das diversas teorias jusnaturalistas, mas a sua principal preocupação foi extrair conteúdos permanentes de tal evolução. O título do seu capítulo final é revelador de seu método e de seus objetivos a partir desse estudo: "O que fica?".

Welzel inicia tal capítulo com o seguinte fragmento dos escritos póstumos de Kant: "Tudo se passa diante de nós como o curso de um rio e o gosto mutante e as distintas figuras dos homens fazem de todo o espetáculo algo incerto e engano. Onde encontro pontos firmes da natureza os quais o homem não possa nunca remover e onde posso fazer referência à margem a qual se deve observar?".[25]

para salvarguardar idéias que diversas escolas consideraram importantes e queriam torná-las incontestáveis com a denominação de direito natural, ao colocá-las em um plano distante do homem.

(23) Nesse sentido é esclarecedor trecho da lavra de Monreal (1967: 273): "Pero la Idea más característica de Coing consiste en que los principio jurídicos que constituyen el derecho natural no forman un sistema concluso ni un orden cerrado o completo, pues la idea del derecho no es plenamente cognoscible al hombre".

(24) MONREAL (1967: 275).

(25) WELZEL (1977a: 248).

Essa frase seria o lema do direito natural. O período em que formulada essa frase marcou o coroamento do poder determinante do direito tanto para os homens como para a sociedade. É desse período, a partir do século XVIII, que procedem os elementos essenciais da vida: a idéia de dignidade humana, da humanidade, da liberdade pessoal, da igualdade diante da lei, da tolerância recíproca, do direito à felicidade individual e as suas conseqüências políticas, da separação de poderes, da colaboração dos cidadãos para a formação da vontade estatal, do estado de direito de bem-estar geral, da publicidade da justiça e da humanidade na execução das penas.

Por isso, muito embora os fundamentos filosóficos e teológicos do direito natural possam ser criticados, essa teoria foi responsável pelo "século dourado da cultura jurídica européia".

Para Welzel, essa pergunta de Kant converte-se assim na indagação do que fica da doutrina do direito natural.

A doutrina do direito natural tentou extrair da natureza o conteúdo material do direito. É aí que entra em função a segunda parte da locução. Aristóteles de modo paradigmático definiu o método para determinação do conteúdo do direito natural: "o conforme a natureza deve ser visto nas coisas que se encontram em seu melhor estado – em uma situação conforme a natureza – não naquelas coisas corrompidas".[26] A limitação de tal método é patente, já que antes de definir a natureza das coisas, é necessário analisar se elas se encontram ou não corrompidas.

Daí que toda a qualificação de conformidade ou de contrariedade à natureza é precedida de uma decisão axiológica insusceptível de prova. As proposições jusnaturalistas sobre o justo e o vinculante no campo ético e social não são mais que estruturas de sentido primárias e interpretativas, tão presas ao tempo como outras formuladas na história.

Ainda no pensamento de Welzel, a qualificação de direito natural nada mais seria do que um método a subtrair do campo de contestação valorativa tais estruturas de sentido. Seriam ideologias, ou seja, dogmas de fé sobre os quais passaria a imanência, tentando apreender diretamente o transcendente.

Daí que a história do direito natural é a busca da solução do problema da ética jurídica material. É preciso superar a dualidade entre direito positivo e natural, procurando buscar o saldo utilizável de cada uma delas. O jurista deve ir além do mundo do direito positivo para buscar idéias transcendentes que confiram segurança e universalidade às suas afirmações, mas não deve cair na pura ideologia que marcaram as escolas do direito natural anteriores ao século XX.

Welzel inicia sua crítica às escolas que influenciam o presente do direito, destacando a insuficiência do idealismo para fixar o conteúdo do direito natural. A pretensão de Hegel, em definir de antemão tudo, até mesmo a história, por um

(26) WELZEL (1977a: 253).

processo dialético de auto-realização da idéia, ao qual a experiência dever-se-ia adaptar, esgotou as forças do idealismo objetivo. Após alguns anos de idealismo nas ciências, surgiu outra corrente idealista muita mais próxima do idealismo subjetivo de Kant do que do objetivo de Hegel. Para essa corrente neokantiana, em primeiro plano, apareciam problemas gnoseológicos e metodológicos, ou seja, a investigação das formas mentais, o que colocou em segundo lugar os conteúdos materiais.

Já, as conseqüências do neokantianismo, para a ética e para o direito, foram a exacerbação do formalismo e do idealismo às suas últimas conseqüências. A idéia de que a moral seria um dever ser incondicionado – imperativo categórico – e o direito um dever ser condicionado pela sanção –imperativo hipotético – foi levada ao extremo. Essa teoria formalista levou à conclusão de que nenhuma ação praticada com base no dever por ele mesmo, por mais repugnante que seja, poderia ser considerada moral.

Para esses neokantianos, entre os quais Rudolf Stammler é figura exemplar, o direito ficou reduzido a "um processo de ordenação mental".[27] A filosofia do direito, da mesma forma, limitada a "um sistema de razão pura em que pensamos juridicamente".[28] Todo o conteúdo ficou submetido a condicionalidade e relatividade históricas. Daí, a famosa teoria de direito natural de conteúdo variado de Stammler.

Radbruch e Mayer,[29] ainda relativistas e neokantianos, procuraram um caminho que pudesse levar a determinações axiológicas de conteúdo, ainda renunciando à validade absoluta de tais conteúdos. Para Radbruch, a determinação de tal conteúdo dar-se-ia pela vontade individual, sendo insuscetível de uma fundamentação ideal. Para Mayer, não se trataria de uma eleição individual, mas de uma situação cultural concreta.[30] Muito embora, esse relativismo se iniciasse pela trilha de determinação do conteúdo axiológico do direito, os seus aportes eram insuficientes, ainda aceitando qualquer conteúdo.

Somente com a ética material de Max Scheler e Nicolai Hartmann foi realizado um esforço para a reconquista de uma esfera axiológica material absoluta. Como na teoria platônica das idéias, os valores seriam absolutos, objetivos e dados *a priori*. A aparente relatividade dos valores seria conseqüência da perspectiva histórica que condicionaria o grau de aproximação e de consciência desses valores. Em outras palavras, por serem absolutos, o homem não teria como apreender a totalidade desses valores, limitando-se apenas a apreciá-los parcialmente. Desses valores gerais *a priori* mostrou-se impossível extrair uma decisão correta para o aqui e agora.

(27) In: WELZEL (1957: 232).

(28) Idem.

(29) Idem.

(30) Nesse sentido Mayer (1937: 131): "A medula de toda legislação, considerada do ponto de vista da filosofia do direito, é o reconhecimento de normas de cultura por uma sociedade organizada, especialmente por um Estado".

Diante desse fracasso da teoria axiológica formal e material, não demorou a que se retomasse o caminho aristotélico da natureza do homem. O direito natural nunca desapareceu por completo, assim como as suas já expostas limitações em definir seu conteúdo material.

Também em contraste com o idealismo e o racionalismo, formou-se durante o século XIX, com base na filosofia protestante, a filosofia da vida e a sua releitura posterior – o existencialismo. Em lugar de objetividade, de razão, de idéia surge a subjetividade, a vontade e a existência.

O irracionalismo e a filosofia da vida já surgem como uma direta contestação à teoria de Hegel. Os antigos valores absolutos e platônicos desaparecem, abrindo, na visão de Nietzche, espaço para um super-homem. Os valores morais são substituídos por naturalísticos. Ocorre uma naturalização da moral. "Valor é o maior *quantum* de poder que o homem pode incorporar-se."[31] O voluntarismo moral é levado ao último grau no pensamento de Nietzche.

Ainda em contraposição ao idealismo objetivo, Kierkegaard começa a pavimentar a estrada que iria desembocar no existencialismo. O objetivo de Hegel é deslocado por uma apaixonada subjetividade. "Existir significa, antes de tudo, ser um indivíduo."[32]

A filosofia da existência é essencial para a interpretação do ser. Heidegger, em *O ser e o tempo*, analisou o que somos cada um de nós. A tal ente ele denominou de *Dasein*. Para ele, a essência do *Dasein* seria a sua existência, porque "o decisivo em seu ser é este ser mesmo".[33] O *Dasein* seria precipuamente individual, "um ser consigo". O *Dasein* como "ser com os outros" é inautêntico. A autenticidade seria a existência individual e a inautenticidade o ser no mundo de massas. O direito estaria no campo da inautenticidade – da existência no mundo de massas. A filosofia existencialista valoriza a exceção em detrimento da regra. A exceção significa movimento; a regra, a mecanicidade.

Sartre, por sua vez, considera o homem livre em sentido absoluto e observa que à sua vontade não estão preordenados valores ou imperativos que lhe indiquem o agir correto. Ele considera que não há escolher como bom para nós mesmos o que possa ser mal para todos. "Quanto mais vontade, tanto mais existência."[34]

À primeira vista, como observa Welzel, essa visão extremamente subjetivada do mundo poderia levar ao relativismo, já que para cada eu existiria uma verdade absoluta, que, no entanto, cederia no encontro com a verdade dos outros.[35]

(31) NIETZCHE. In: WELZEL (1957: 243).

(32) KIERGAARD. In: WELZEL (1957: 244).

(33) HEIDEGGER. In: WELZEL (1977a: 221).

(34) WELZEL (1957: 255).

(35) JASPER. In: WELZEL (1957: 249): "Que a verdade é singular e, sem embargo, é verdade para os outros, que, aparentemente, existem muitas verdades, mas que, no entanto, só é uma a verdade; que a validade absoluta e a relativa não devem se excluir".

Welzel conclui, no entanto, que "decisão existencial contém aqui primariamente um sentido intemporal e, portanto, de valor absoluto".[36] É o homem que decide a si próprio.

Ocorre que a existência só pode ser autêntica e responsável se sustentada por uma fé em um conteúdo perfeitamente determinado. Sem tal conteúdo, a existência se degeneraria em um vazio afã de aventura.

Dentro do mundo dos bens tangíveis, o homem seria um bem intocável no terreno ético e jurídico. Para Welzel, é o que Kant expressa ao dizer que o homem é um fim em si mesmo. A isso se pode denominar autonomia, ou seja, a capacidade de a pessoa alcançar um último sentido sem consideração de meio e fim. A autonomia tem um valor absoluto.[37]

4. O que fica do direito natural?

É a partir dessas considerações históricas que Welzel destaca o legado do direito natural, que, para ele, consistiria nos pressupostos de existência de toda a ordem ético-social: o dever ser incondicionado, o sujeito responsável, o caráter ordenado e efetivo do direito e a confluência das ordens ético-sociais. Esses seriam os conteúdos supratemporais da doutrina do direito natural.

4.1 O dever ser transcendente

O que resta dois mil e quinhentos anos de desenvolvimento da teoria do direito natural? Para Welzel, a resposta estaria somente na primeira parte da locução, já que ao adjetivo natural foram atribuídos os significados mais diversos e contraditórios. O permanente está na idéia de que o direito não é idêntico com a ordem de um poder dado. As relações humanas não são apenas reguladas pela força, por um poder real e de fato. Existe algo que nos obriga, no íntimo de nosso ser, a uma ação. O núcleo do direito natural é a idéia de estar obrigado incondicionalmente. Essa idéia transcende toda realidade e a facticidade.

O dever ser vinculante e transcendente à existência é o axioma de todas as teorias do direito natural. É, no fundo, o ponto histórico em que o dever ser tornou-se consciência no homem. Segundo Welzel, "a voz da consciência seria a percepção da transcendência na imanência".[38] As regras de comportamento não seriam dadas ao homem de modo inato biologicamente, mas como um desígnio vinculante. "O homem é um ser que leva em si a responsabilidade, uma responsabilidade diante de uma 'instância' que se enfrenta de fora."[39]

(36) WELZEL (1957: 250).
(37) Idem (1977a: 180).
(38) Idem (1977a: 250).
(39) Idem (1957: 251).

A opção entre a transcendência e a imanência de uma maneira direta e inarredável colocam o homem espiritual e fisicamente frente à sua decisão. Se não houvesse tal dever ser transcendente, o homem ver-se-ia entregue física e espiritualmente ao poder superior sem limites. É essa significação existencial do problema jurídico que fomentou a idéia do direito natural: "uma idéia que pôs em destaque a existência de um dever ser transcendente, a existência vinculante é o pressuposto da possibilidade de uma existência humana dotada de sentido".[40]

Para as teorias neokantianas do século XIX e seus desdobramentos, a oposição e a irredutibilidade recíproca dos conteúdos do ser e do dever ser tornavam a resposta para essa questão impossível. Nesse sentido, Karl Welcker,[41] em início do século XIX, defendeu a tese da indemonstrabilidade dos juízos de valor, assim como Radbruch,[42] em frase por repetidas vezes citada enunciava: "los principios del dever ser no son susceptibles de conocimiento, sino tan solo de aceptación, de creencia". Essa crença na impossibilidade científica sobre a discussão da legitimidade do conteúdo do direito, transformou o direito em uma organização de força, submetida a uma última decisão dos detentores do poder. Todo o conteúdo do direito foi entregue à força e ao poder político.

No entanto, todas essas escolas reconheceram que o dever ser incondicionado se pressupõe axiomaticamente como um dado último.[43] Então, estaria subtraído de uma demonstração imediata, mas não de afirmações sobre a conseqüência de sua negação, que permitiriam torná-lo um conhecimento absoluto e, portanto, um saber transmissível. A inexistência de um dever ser impossibilitaria a coesão social e a adoção de comportamentos uniformes pela ausência de vínculos comportamentais entre os homens, que estariam entregues a um poder triunfante e imprevisível.

Pela dramaticidade da hipótese de sua negação, o dever ser se impõe como enunciado racional. E como fruto da racionalidade, o dever ser tem de estar vinculado com a busca da verdade, pois do contrário deixaria de ser racional.

De outro lado, o dever ser último e incondicionado inegavelmente é uma afirmação que se faz em relação ao homem. Esse dever ser dirige-se ao homem como ser responsável pelo sentido e obra de sua vida. Aí está uma afirmação com conseqüências de conteúdo social: assente que o dever ser vale para todo homem, isto significa que "todo hombre tiene que respetar a los demás hombres como personas igualmente responsables que él mismo".[44] Em relação ao direito, se ele não quer obrigar apenas como força, impõe-se a consideração do homem como ser responsável.

(40) WELZEL (1957: 251).
(41) In: Idem (1971b: 99).
(42) Idem.
(43) Idem (1971b: 106).
(44) Idem (1971b: 109).

Da busca da verdade e da consideração do homem como ser responsável, surge outra conseqüência sobre o conteúdo do direito, a de que o direito deve guardar relação com verdadeira vida ética do povo por ele atingido. Esses são os três corolários do dever ser incondicionado e transcendente, como pressuposto racional da existência do direito.

4.2 O homem como ser responsável

No direito natural ideal, o homem é encarado como ser racional. Já no direito natural existencial, o homem é o ser impulsionado pela vontade. No entanto, é preciso superar essa aparente antinomia para entender de que forma a vontade impulsiona o homem racionalmente.

O homem é um ser aberto para o mundo e inespecializado, o que o obriga continuamente a fazer escolhas para a manutenção de sua existência. O homem exerce continuamente sua liberdade na eleição de suas possibilidades vitais. Como os atos de decisão implicam uma valoração prévia da realidade, o atuar humano livre é parte de um plano ordenado de fins. O homem, no entanto, existe e atua em uma sociedade, o que o coloca diante de uma realidade ético social, que lhe faz obrigatória a regulação de sua conduta.

A autonomia ética é a única que assegura um conteúdo valorativo do direito perene e que permite a humanidade atravessar o tempo mantendo sua identidade. É a autonomia ética que transforma o homem em pessoa, ou seja, em indivíduo capaz de dirigir sua vida segundo a consciência de seus deveres. É a autonomia ética que permite ao direito valer como organização social. Da mesma maneira, ela é condição necessária para que os deveres sejam obrigatórios aos membros da comunidade.

Assim, não se descobriu apenas o ápice de toda a teoria jurídica, mas o correlato ao dever ser vinculante: a pessoa responsável. "Enquanto a coação converte o homem em mero objeto de uma influência física, faz dele uma coisa entre as coisas, a obrigatoriedade impõe-lhe a responsabilidade por uma ordem em sua vida dotada de sentido, fazendo dele o sujeito conformador de sua vida."[45] Obrigação e sujeito responsável são, portanto, conceitos indissociáveis.

Se um ordenamento não se quer impor apenas pela força, precisa reconhecer o homem como um ser responsável. Em outras palavras, se a ordem social não se quer forçar apenas como poder, mas obrigar como direito, deve reconhecer o homem como tal.

4.3 A positividade como característica essencial do direito

De Hobbes, Welzel retira a idéia do caráter conformador do direito. Uma ordem sem caráter conformador não é sequer direito positivo. O direito vale quando

(45) WELZEL (1977a: 251).

protege o homem do caos social, conferindo-lhe segurança. O direito não pertence a uma esfera ideal, mas ao mundo concreto e circunstancialmente determinado.

Também, na opinião Welzel,[46] o dever jurídico é também um dever moral, o que, no entanto, não significa a identidade do direito com a moral. É que a tarefa primária do direito é criar uma ordem efetiva. Cabe ao direito evitar o *bellum omnium contra omnes* e estabelecer uma ordem conservadora da existência. A existência pertence à essência do direito, já que o valor específico do direito se mostra a partir de sua eficácia social.

Todos os demais valores ético-materiais podem ser irreais e ideais. O direito não pode ser eticamente perfeito. O direito é antes de tudo um valor real. O direito não pode ser absolutamente bom, mas deve ser sempre melhor que o caos. Essa imperfeição do direito advém da natureza humana, pois o conteúdo ético é contingente e só experimentável *a posteriori*, o que obriga a uma decisão autoritária em favor de uma das concepções. A positividade, realidade e contingenciamento do direito são, portanto, distintos aspectos de uma mesma realidade.

4.4 Direito e moral: o seu caráter ordenado e confluente

De outro lado, o caráter ordenado das normas ético-sociais é o outro legado do direito natural. Há um certo paralelismo com as leis naturais: assim como uma lei constitui o pressuposto para a compreensão de um fenômeno natural, o caráter ordenado representa o pressuposto do agir ético-social, mas não só da compreensão como principalmente de sua existência.

A conformação previsível do futuro só é possível diante de fatos agrupáveis e assemelháveis. Uma ética de situações únicas, irrepetíveis e individuais é impossível. Entretanto, para que tal conformação ética do futuro, possa efetivamente obrigar é imprescindível que as regras, normas e diretrizes morais e jurídicas encontrem-se em harmonia e em unidade. Do contrário, seria impossível uma vida ordenada a um sentido e ao dever. A harmonização do mundo jurídico e do moral não significa coincidência, mas confluências de todas as ordens ético-sociais em uma unidade superior.

Na filosofia moderna, durante muito tempo, tratou-se da moral e do direito como dois âmbitos normativos totalmente distintos, já que a moral cuidaria da disposição interna, enquanto que o direito dos aspectos externos dos atos.

O pai dessa teoria foi Christian Thomasius[47] com sua separação do "Jus naturae late dictum em honestum, justum e decorum: honestum dirigit actiones insipentum internas; decorum exrterna, ut aliorum benevolentiam aquirant; justum externas, ne pacent turbent et ut turbantam restituam".[48] O *decorum* e o *honestum*

(46) WELZEL (1983: 17).

(47) Idem (1983:13).

(48) Tradução livre em: "O direito natural vigente divide-se em honestidade, justiça e decoro. Honestidade dirige as ações ainda em formação interna; o decoro as ações externas,

trataríam principalmente da formação interna do ato, já o *justum* somente da externalidade dos atos.

A autoridade de Kant, ao adotar tal separação entre direito e moral, influenciou de maneira ímpar o pensamento filosófico e jurídico sobre o tema. A aparente cientificidade da distinção entre imperativo categórico e hipotético[49] – o primeiro delimitando as normas morais e o segundo as normas jurídicas – sedimentou a cisão do direito com a moral. A teoria de Kant foi um marco de rompimento com as teorias jurídicas moralizantes.

Welzel prega o abandono dessa cisão absoluta entre o direito e a moral. Para ele, uma obrigação externa seria uma contradição, pois para que o direito obrigue deve se dirigir à disposição interna, sem o que será apenas uma ameaça.

A artificiosidade da dicotomia entre externo e interno, entre ação e disposição interna é evidente, já que o direito tem o seu aspecto interno na consciência e na formação da vontade, assim como a matéria da moral é precipuamente a regulação de ações humanas.

Ainda de forma mais imprecisa, é lugar comum dizer que o direito acentua o aspecto externo, enquanto a moral o interno. Ocorre que uma comparação entre o direito e a moral não pode partir desse reducionismo, pois o direito e a moral não são conceitos unidimensionais nem desarticulados, assim como ambos têm aspectos internos e externos. O assassinato, o roubo, o furto, o estupro, todos são proibidos tanto pela moral como pelo direito.

O direito e a moral tratam de um amplo campo coincidente, apartando-se somente em deveres ético altamente íntimos, assim como em deveres jurídicos ditados essencialmente por juízos de oportunidade e conveniência.

Com base em tal consideração, Welzel salienta que o direito é uma ordem normativa obrigante e não um sistema terrorista de sanções. A partir disso, uma ação não poderia ser materialmente exigida pela moral e proibida pelas normas jurídicas. Isso tornaria inviável o agir conforme a um sentido de dever.

Tanto o direito como a moral devem contar com a adesão voluntária a seus comandos. No momento em que o homem se visse diante de duas normas obrigantes internamente, de semelhante estatura, com conteúdos diversos sobre uma mesma ação, estaria impossibilitado de dirigir a sua conduta ao cumprimento do dever, da obrigação.

Para Welzel, isso implica a impossibilidade daquilo que está juridicamente proibido esteja moralmente exigido e vice-e-versa. Direito e moral têm uma força

quando originados de bom grado; justiça externa, proibindo a turbação e, quando turbados, determinando a restituição".

(49) O imperativo categórico está ligado à moral, na qual há uma adesão idealmente autônoma ao mandamento. No imperativo categórico, há o dever pelo dever. No hipotético, que fundamenta o direito, o dever é cumprido em face da sanção, havendo uma heteronomia.

ética vinculante e, para que possam permitir o cumprimento voluntário de seus deveres, devem estar integrados em um mesmo sistema.

Ainda que o eticamente correto e justo fosse reconhecível, o direito não poderia positivá-lo sem mais como norma jurídica. O direito tem de observar outros valores que também lhe são caros como a segurança jurídica.

Sempre haverá uma tensão entre moral e direito. A premência da efetividade torna o direito essencialmente contingente, enquanto que a moral busca valores ideais e perfeitos. Por isso, a moral deve dirigir incessantemente suas críticas ao direito e este só poderá aceitá-las na medida que possa manter uma ordem geral e previsível.

Todas as imperfeições éticas e morais do direito advêm da sua inarredável efetividade. De outro lado, também da efetividade advém a necessidade de que o direito seja uma ordem eticamente comprometida, pois só consagrando valores socialmente sedimentados é que o direito pode se afirmar.

Com isso, surge a última questão: quais deveres morais devem tornar-se deveres jurídicos? É impossível uma resposta unívoca e concreta, já que as circunstâncias históricas são determinantes. A positivação de deveres em um Estado liberal é efetivamente diversa daquela em um Estado socialista. Entretanto, a personalidade humana assim como a possibilidade de generalização e realização coativa dos deveres são limites para a juridicização dos deveres morais. Sempre lembrando que o direito antes de mais nada deve ser uma forma de organização social efetiva.

5. Direito e poder

É uma característica singular de nossos tempos, desde o declínio do direito natural e do idealismo alemão em meados do século XIX, que as duas faculdades humanas – razão e consciência – tivessem sido postas em dúvidas como meio para compreensão do sentido da existência do ser humano. O positivismo esvaziou a razão, transformando-a em mero instrumento técnico. O direito foi entregue totalmente ao poder estabelecido que poderia transformar em direito até mesmo o imoral.[50]

Outro ataque à razão, ainda no século XIX, veio por parte das teorias da ideologia, que procuraram desmascarar e reduzir todos os conteúdos espirituais em "expressão", "manifestação", "reflexos" de forças elementares, isto é, das relações econômicas (Marx), da vontade do poder (Nietzsche), das estruturas instintivas (Pareto). A realidade e a substância do desenvolvimento histórico estaria nessas forças das quais os conteúdos espirituais seriam simples superestrutura, conseqüência ideológica ou pseudo-racionalização. Toda discussão espiritual, aí incluído o direito, estaria relegada à decisão da luta político-econômica pelo poder. Tanto o positivismo como a ideologização optaram entre uma existência dotada

(50) WELZEL (1977a: 262 *et seq.*).

de sentido e uma biológica, entre direito e poder, pela mera facticidade. Em outras palavras, decidiram pela existência biológica e pelo poder vazios de valor.

Ocorre que nenhuma ordem política definiu-se como mera relação de poder e nenhuma teoria política se autodefiniu como ideologia. O positivismo limitou o direito a um dos seus momentos: – a facticidade –, enquanto que o ideologismo reduziu o homem aos seus interesses, retirando-lhe a capacidade de formar uma consciência e uma ordem de interesses.

Ao homem se impõe o dever ser transcendente sob os pressupostos e condições cambiantes de sua existência histórica e de fazê-lo em forma de estruturas sociais dotadas de sentido. Sucede que, em tal processo, não há segurança contra o erro e o fracasso. A correção das eventuais faltas não é possível nem pelo absoluto nem pelo mero poder, mas somente por meio da discussão e da argumentação. Por isso, toda a manifestação social de poder tem de ser terreno fértil para a possibilidade constante de sua correção. Essa correção é possível de fato nas mais diversas formas estatais. No entanto, só está garantida onde está institucionalizada juridicamente nos Estados em que a alternância entre governo e oposição esteja assegurada pelas Constituições, tradicionalmente, denominadas democráticas. Em tal regime, a luta pelo poder político não significa aniquilar o inimigo, mas conquistar a maioria pelas idéias. O essencial na democracia é que todos têm o direito de se expressar, enquanto estejam dispostos a ouvir. O fundamento primeiro da democracia é a tolerância recíproca, a qual o próprio princípio da maioria está subordinado. O elemento essencial da democracia é, portanto, assegurar a liberdade contra os grupos que queiram promover a intolerância para aniquilar a própria liberdade.

A democracia não se coaduna com o relativismo.[51] Para Kelsen e Radbruch,[52] a democracia rechaçaria identificar-se com uma determinada concepção política, entregando-se a toda manifestação que consiga conquistar a maioria por não conhecer um critério unívoco para justiça e nem mesmo reconhecer um ponto de vista acima dos partidos. Essa concepção relativista se anula a si mesma, ao abrir espaço a todos os pontos de vista, até mesmo àqueles que podem significar o seu desaparecimento. Assim como a dúvida sobre uma proposição não pode colocar em dúvida a verdade mesma, a dúvida sobre a justiça de uma ordem social não pode colocar em cheque a própria justiça. Ao se conduzir pelo caminho da impossibilidade da fixação de um conteúdo de justiça e de verdade, o que o relativismo faz é entregar à decisão do poder a definição da verdade e da justiça.

(51) Popper (1980: 175) chama atenção para as conseqüências autodestrutivas do relativismo absoluto, que pode constituir a sua própria negação: "os resultados científicos são 'relativos' (se é que se pode usar esse termo) apenas na medida em que constituem o resultado de uma certa etapa do desenvolvimento científico e são passíveis de serem ultrapassados no decurso do progresso científico. Isso, no entanto, não significa que a verdade seja 'relativa'". A verdade relativa significa apenas que ela deve estar aberta ao seu aperfeiçoamento, mas não entregue a qualquer conteúdo.

(52) POPPER (1980: 265).

Uma ordem social só é direito, se é mais que uma manifestação de poder, isto é, se nela mesma se contém o objetivo de realizar o justo e adequado em um determinado momento histórico. Só desse ponto de vista pode uma ordem impor-se ao indivíduo não como coação, mas pelo dever fundado na consciência.

O direito, entretanto, para a manutenção de uma ordem supra-individual e para proteger os indivíduos que acreditam nessa ordem, não pode entregar sua validade à aprovação da consciência de indivíduos singulares, mas deve respeitar as suas decisões sinceras na regulação das conseqüências jurídicas.

O que fica do direito natural não é um sistema de princípios jurídicos materiais eternos, mas uma exigência de que o direito positivo, de que a luta em torno da conformação justa das relações sociais, seja sempre entre idéias e que não se ponha fim a tal batalha pela sujeição, nem muito menos pela aniquilação do homem pelo homem.

6. A ciência do direito e a sua metodologia

O neokantianismo definia a realidade "como o produto de um processo de transformação, cujas condições básicas estão situadas na estrutura de nosso pensamento".[53] A forma categorial aplicada sobre um mesmo dado material da realidade pode ter como resultado ou um bem da natureza ou um bem cultural. Para muitos juristas, essa concepção pareceu acertada, pois um fato jurídico nada mais é do que um fato natural objeto de juízos jurídicos.

O método de Welzel surge da pergunta se os diferentes modos pelos quais se apresentam: uma conduta dirigida do homem, coisas inanimadas, a vida orgânica etc. basear-se-iam somente em um modo de concepção daquele que os contempla, ou não, se estariam nele mesmo fundados, ou bem prefigurados, no seu modo ser, na estrutura objetiva das coisas? Ou mais especificamente se o dado à consciência cognoscitiva é só matéria sem forma e indiferenciada ou já é um ser diferenciado em si mesmo, pré-configurado? A resposta correta a tal pergunta para o método fenomenológico estaria na sua segunda parte.

Para Welzel "los conceptos científicos no son transformaciones diferentes de un material idéntico libre de valores, sino reproducciones de trazos parciales de un ser óntico complejo, que lleva en si inmanetemente las estructuras legales y diferencias de valor y nos las recibe prestadas de la ciencia".[54] Daí que o método não determina o objeto de conhecimento, mas, ao contrário, é o método que deve ser adequado ao objeto investigado.

É nesse contexto que se inserem as estruturas lógico-objetivas ou ontológicas. Elas advêm justamente da fenomenologia, que considera equivocada a redução da realidade à sua percepção pelo ser cognoscente, eis que a matéria em si já

(53) LARENZ (1980: 133).

(54) Idem (1980: 134).

é diferenciada e pré-configurada. A tarefa do cientista do direito seria a busca e a determinação dessas estruturas lógico-objetivas.

Outra conseqüência da metodologia proposta por Welzel é a de que a própria ciência do direito se transforma em limite para o legislador. Nesse sentido, a ciência jurídica não pode se limitar à arte pela arte. O direito cuida de pessoas humanas e de relações sociais. Esse é o seu fim.

A ciência do direito, como toda ciência do espírito, está permanentemente exposta a ressonante pergunta sobre os seus elementos constantes. O caráter mutante e efêmero de seu objeto se põe em evidência. Entretanto, é possível encontrar algo relativamente constante na ciência do direito, embora não perca de todo o seu caráter passageiro. Essa é a síntese da exposição do pensamento de Max Grünhut em seu trabalho sobre *Los fundamentos metódicos da atual ciência do direito penal.*[55]

A seguinte frase bem expressa a aplicação do método fenomenológico no pensamento de Hans Welzel: "não é o objeto que tem de se determinar segundo o método, mas o método segundo o objeto".[56]

6.1 As estruturas lógico-objetivas ou ônticas

A determinação das estruturas lógico-objetivas ou ônticas seria o objeto na ciência do direito na visão de Welzel. Em tal sentido, nada mais se pode concluir do transcendente do que a existência de um dever ser que sobressai à imanência, i.e., um dever ser incondicionado, o que, no entanto, não impede que sejam traçadas fronteiras imanentes para as estruturas de sentido – para as normas ético-sociais. É que o objeto de valoração delimita a possibilidade de determinadas valorações, o que segundo Welzel determinaria uma estrutura lógico-objetiva. O próprio Welzel exemplifica, dizendo que Deus poderia ter salvado Judas, mas não uma pedra e que nenhuma norma poderia preceituar que as mulheres dessem a luz a filhos viáveis em seis meses.[57]

Em tal sentido, todas as normas jurídicas só podem referir-se a atos, que são distintos de meros processos causais, por uma direção consciente e voluntária a um objeto, ou seja, a finalidade.

Essas estruturas lógico-objetivas não se limitariam apenas ao marco das possíveis estruturas de sentido, mas também conformariam de certo modo o seu conteúdo. Nesse diapasão, ao adentrar o âmbito da natureza empírica do homem e ao enfrentar os três aspectos ônticos elementares, sem os quais é inviável qualquer estrutura social – a indigência física do homem, sua diferenciação em sexos e sua sociabilidade – surgem as estruturas básicas das instituições sociais. É que, em tais

(55) In: WELZEL (1983: 44).

(56) Idem (1983: 65).

(57) Idem (1977a: 256).

características, encontrar-se-iam o núcleo de instituições como propriedade, o matrimônio e da comunidade política, que, respeitado esse núcleo, teriam a sua conformação definida pelas circunstâncias históricas. As estruturas ônticas seriam assim os "dados empíricos de um mundo em transformação, como elementos de uma conexão de sentido da existência humana".[58] A razão e a consciência seriam os meios de que o homem dispõe para entender e integrar esses dados empíricos.

Para Welzel, como se vê, não existem valores absolutos, independentes da condicionalidade histórica. Isso não significa relativismo. Existe uma série de estruturas lógico-objetivas. São objetivas, pois existem de antemão, independentemente de toda a aceitação ou rejeição posterior e são lógicas, já que sua inobservância traz como conseqüência a contradição e a falta de unidade interna no ordenamento jurídico. O legislador que não observa as estruturas lógico-objetivas impõe uma lei falsa, com lacunas e ineficaz. Essas estruturas estão no ser do direito. Por isso, também são chamadas de estruturas ontológicas. Foi nesse campo que o direito natural angariou mais conquistas. Procurar, analisar e definir essas estruturas é a principal matéria da ciência do direito. A superação do direito positivo não se encontra em um direito suprapositivo, mas na elaboração dessas estruturas lógico-objetivas.[59]

A atitude de Welzel em relação às estruturas lógico-objetivas é similar a daqueles juristas que buscam na natureza das coisas uma superação da atual ciência do direito. O ontológico é campo de algumas valorações, mas não pode determinar o conteúdo do dever ser. As estruturas lógico-objetivas[60] não seriam, assim, apenas limites materiais para o legislador, eis que de certa maneira chegariam até mesmo a condicionar a definição de seu conteúdo.[61]

7. O permanente na ciência do direito penal

Embora Welzel tenha formulado uma teoria filosófica consistente e densa, não se pode ignorar que foi no direito penal que suas idéias promoveram uma revolução, obrigando, mesmo aos seus opositores a reformularem e adequarem as

(58) WELZEL (1977a: 258).

(59) Zaffaroni (2001: 348): com propriedade define alguns casos em que as estruturas lógico-objetivas seriam aplicáveis "Como conseqüência dela, cremos que se pode afirmar que são inválidas, ou não são direito, as leis que pretendam: a) alterar a ordem física; b) exigir o fisicamente impossível; c) desconhece o homem como pessoa; d) estabelecer valorações contraditórias".

(60) Cerezo Mir, na sua introdução à tradução espanhola do *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista, tem a seguinte definição sobre o assunto (2001: 14): "Estruturas lógico-objetivas (*sachlogische Strukturen*) são estruturas da matéria de regulação jurídica destacadas pela lógica concreta (*Sachlogik*), que se orienta diretamente na realidade, objeto do conhecimento".

(61) WELZEL (1977a: 257).

suas teorias aos pontos colocados em destaque pelo finalismo welzeniano, de base fenomenológica e existencialista. Por isso, a análise de seu pensamento no direito penal fornece rico material para o entendimento mais concreto de sua teoria filosófica. Daí o destaque no presente item para a teoria finalista da ação e da culpabilidade, considerados por Welzel, os elementos permanentes de sua teoria para o direito penal.

Na opinião de Welzel, o motivo de a teoria finalista da ação haver conquistado tantos adeptos foi o de ressaltar que existe algo permanente ao que o legislador está vinculado e que a ciência tem fundamentos sólidos os quais nem mesmo o legislador pode ignorar. A resistência a tal teoria também se explica pelo mesmo motivo, já que a máxima de que "três palavras do legislador podem destruir toda uma biblioteca" ainda conta com muitos adeptos.

O finalismo surgiu em contraposição ao relativismo, ao decisionismo puro e ao positivismo para os quais as decisões do legislador nasceriam do nada, para os quais o direito estaria livre de problemas objetivos e valorativos, importando unicamente na confecção de uma regulação homogênea da linguagem, em uma moderna lógica matemática.

A teoria finalista parte da vinculação do direito à coisa, "se esforçando em problematizar a forma e o alcance da vinculação do legislador à coisa e explicá-los detalhadamente: o legislador está ligado inexoravelmente à estrutura essencial da ação humana. Ele não pode passar sobre ela, nem modificá-la, nem escamoteá-la".[62] De outro lado, "ele está só relativamente ligado aos modelos históricos variáveis da ação: é livre, enquanto está ao seu alcance escolher algum deles e reforçá-lo com conseqüências jurídicas; está vinculado, na medida em que não os cria ao seu arbítrio, mas seleciona entre a variedade inesgotável de realizações possíveis de ação de uma época".[63]

"A estrutura essencial da ação e os princípios de culpabilidade conformam os dois pontos sólidos que, desde, ou seja, a partir da constituição fundamental do homem como um ser ativo e obrigado a um sentido de vida que se manifesta em suas ações."[64]

7.1 A ação

Das considerações de Grünhut é que surgiram os primeiros estudos no direito penal sobre a teoria da ação e, conseqüentemente, a teoria da ação finalista e das estruturas lógico-objetivas de Welzel. Uma das teses fundamentais da teoria final da ação foi a afirmação de estruturas permanentes às quais também o legislador está vinculado e por ele não podem ser modificadas.

(62) WELZEL (1983: 56).

(63) Idem (1983: 56).

(64) Idem (1983: 56).

Para Welzel, os atos humanos existiriam como atos potencialmente direcionáveis a algum fim. Para a teoria finalista, uma experiência científica que analisasse uma emissão de ondas pelo aparelho vocal destinada a promover uma vibração no tímpano de um terceiro; a manifestação de desprezo por um terceiro contida na injúria; ou um discurso elogioso sobre alguém seriam em si atos distintos, independentemente da valoração que as normas jurídicas lhe dessem.

A explicação de Welzel para isso está na estrutura da ação, na qual há: 1) uma antecipação mental de suas conseqüências, 2) uma eleição de meios destinados a produzir as conseqüências e 3) uma ordenação real dos meios em função das conseqüências mentalmente antecipadas. Por último, em conformidade com essa antecipação mental, o ser humano levaria a cabo o ato.

Em função dessa estrutura, a dimensão de sentido da ação é da sua essência. Seria simplesmente grotesco considerar que o direito pudesse mudar o direcionamento e o sentido das ações. O direito não produz nem as ações, nem mesmo a sua estrutura final, nem mesmo lhe atribui uma dimensão de sentido a partir da qual se inicia a ação. Apenas as seleciona, proibindo aquelas que são incompatíveis com a ordem social e impõe as que são construtivas para o direito.

Enquanto os animais se encontram estritamente vinculados a fatores hereditários de comportamentos, o homem se encontra livre de tal vinculação. É precisamente essa lei estrutural da lei humana que possibilita ao homem a mudança histórica das suas realizações. O homem tem por natureza discricionariedade na eleição dos fins de suas ações, assim como em relação aos meios para pôr-las em marcha. Isso teria sido a chave para a criação cultural e civilizadora da humanidade. A aquisição da faculdade para dirigir ações além dos instintos, juntamente com a linguagem, foi decisiva para o desenvolvimento do homem.

Outro aspecto essencial da ação humana é que ela se desenvolve em um mundo parcialmente conhecido. Nem o mais perspicaz dos homens seria capaz de prever todas as condicionantes e conseqüências de seus atos. A limitação da previsão humana torna a antecipação mental de seu desenvolvimento pouco segura e precária.

Por isso, a ação se diferencia de um mero processo causal/natural. A ação corresponde sempre a uma criação de sentido cuja espinha dorsal é a vontade que a cria e lhe dá forma. Por isso, uma das tarefas primárias do direito penal se orienta a compreender e valorar objetivamente a ação e a interpretá-la. Ao escolher em suas figuras típicas modelos de ação em que a finalidade está dirigida à realização de um processo ou estado não desejado socialmente, o sentido da vontade dirigida a um fim passa a formar parte necessariamente do aspecto subjetivo da ação.

Welzel,[65] em escrito correspondente à última fase de sua obra, reconheceu que a melhor denominação para essa estrutura da ação não seria finalismo, mas biocibernética, ou seja, o direcionamento dos atos pela vontade. Entretanto, em função de a denominação finalismo já se mostrar tradicional e enraizada, não viu motivo para renomear sua teoria.

(65) WELZEL (1974: 14).

7.2 A culpabilidade

Também na esfera da culpabilidade, o critério da direção final é o elemento constitutivo permanente. Na formação da ação, trata-se da direção dos meios da ação segundo seus fins; na culpabilidade, cuida-se da direção dos impulsos que motivam a tomada de decisão. A primeira é uma questão técnica, enquanto que a segunda é um problema ético sobre o valor ou desvalor dos impulsos que são determinantes para a tomada de decisão. Na culpabilidade, a questão central é situar os fins dos impulsos em um conteúdo de sentido supra-individual ao qual a pessoa se subordina e está obrigada em seu modo de viver.

O conceito de culpabilidade assim como o de direito e o de justiça pressupõem a aceitação de um sentido transcendente e obrigatório da vida. O ser humano só pode ser livre ou culpável, diante do pressuposto de que tenha capacidade de orientar-se conforme os critérios do correto, do devido, do justo, ou seja, diante de uma instância objetiva que lhe imponha deveres e parâmetros para o seu agir. O correto, o devido e o justo são a linha divisora entre a liberdade e culpabilidade. Naquilo em que seja possível claramente a fixação do que é devido e do que é correto, o homem será livre para orientar sua ação no cumprimento de seus deveres e culpável quando não o fizer.

A culpabilidade é, pois, – diante da existência de condições de direcionar os impulsos para o sentido do dever – não realizar o ato devido por impulsos desvaliosos. A vontade culpável é, por isso, vontade não livre. Daí que o dever de superar-se em um ato "existencial" e orientar sua resolução conforme o dever se origina para o homem ali onde os impulsos ameaçam um deslize para o reprovável. A culpabilidade é ausência de autodireção conforme o dever, desviando-se na realização de um ato desvalioso.

A maioria dos atos impulsivos não são condicionados diretamente pelo senso do dever – não dependem da consciência da direção de sentido-, mas estão submetidos a um depósito de decisões que filtra e permite os impulsos, seja inconscientemente ou semiconscientemente.

"A culpabilidade mostra-se como uma deficiência ou um fracasso ante o dever de direção conforme o sentido na tomada de nossas resoluções de ação."[66] A resolução ilícita da ação pode ser reprovada em relação ao autor na medida da sua culpabilidade, enquanto ele pudesse direcionar-se melhor, conforme ao dever – sentido – e ao direito.

A culpabilidade é o reverso da responsabilidade moral, ou seja, a responsabilidade da pessoa pela retitude e correção de seus atos. Por um lado, encontra-se a ilicitude e, de outro, a culpabilidade com seu problema de "poder em lugar de" do autor para a ação antijurídica. A culpabilidade não modifica a estrutura antijurídica da ação, mas torna o autor responsável por ela, isto é, responsável como pessoa que poderia ter dirigido suas resoluções segundo os conteúdos obrigatórios de sentido.

[66] WELZEL (1983: 53).

A estrutura da ação é dada previamente ao direito e é sobre ela que incide a reprovação da culpabilidade. O legislador é livre para determinar a gravidade do juízo de reprovação, punindo mais gravemente as ações dolosas conscientemente direcionadas contra o conteúdo da proibição, mas não pode ignorar que a ação se conecta a um conteúdo supra-individual de sentido.

8. A influência e o legado de Hans Welzel

A teoria filosófica e jurídica de Welzel foi formulada principalmente em face e para o direito penal. Foi, então, nessa área do direito que o seu pensamento causou maiores modificações e conquistou inúmeros adeptos.

Foi a partir da criação de uma estrutura lógico-objetiva da ação que Welzel modificou de forma definitiva o direito penal, obrigando até mesmo os opositores de sua teoria a aceitar algumas das conseqüências de seu pensamento, ou seja: "a) a inclusão do dolo (sem a consciência da ilicitude) e da culpa nos tipos de injustos (doloso ou culposo); b) o conceito pessoal de injusto que leva em consideração os elementos pessoais (relativos ao autor): o desvalor da ação pessoal do agente, que se manifesta pelo dolo de tipo (desvalor doloso: tipo de injusto doloso) ou pela culpa (desvalor culposo: tipo de injusto culposo). E ao desvalor da ação corresponde um desvalor do resultado, consistente na lesão ou perigo de lesão do bem jurídico tutelado; c) culpabilidade puramente normativa".[67]

A teoria finalista da ação ultrapassou as fronteiras alemãs, ganhando adeptos na Itália, Espanha, Portugal e América Latina. No Brasil, a reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984 foi realizada, em grande parte, para positivar os avanços havidos com a teoria finalista da ação. Entre os penalistas brasileiros, são diversos os que abordaram o delito sob uma perspectiva finalista, entre os quais: Carlos Adalmyr Condeixa da Costa; João Mestieri, Heleno Cláudio Fragoso, Luiz Luisi; Alberto Silva Franco, Heitor Costa Júnior, Juarez Tavares, Francisco de Assis Toledo, Damásio de Jesus, Júlio Mirabete, Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos, Luiz Regis Prado, José Henrique Pierangeli, Cezar Bitencourt, Luiz Flávio Gomes, Rodrigo Sánchez Rios, Sheila J. Selim de Sales.[68]

No entanto, em função de sua raiz filosófica, a teoria da ação finalista não era uma teoria penal, mas um pensamento problemático acerca da própria ação, de forma que, principalmente na Alemanha, a sua teoria logo se espraiou para o direito civil.[69]

(67) BITENCOURT (2000: 38).

(68) Luiz Regis Prado na sua introdução à tradução do espanhol para o português do livro, *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista, de Welzel (2001: 9).

(69) Em tal sentido Faria (1993: 71): "Tudo isso porque as formulações de Welzel, certo que concebidas fundamentalmente para o direito penal, cedo se espraiaram pelo direito

9. Considerações finais

Popper[70] critica a fenomenologia assim como a explicação de conceitos de alguns neokantianos por ser uma excessiva valorização da linguagem, que na sua opinião é apenas um meio para expressar idéias e teorias. Para Popper perguntas que busquem as essências, ou seja, que procurem definir "o que é" são inúteis para a ciência e para a filosofia, já que redundam em um nominalismo. A preocupação com a ontologia e com as essências da fenomenologia seriam infrutíferas.

Acontece que, na ambiência do formalismo e do relativismo do positivismo jurídico e do neokantianismo, e pergunta "o que é" teve utilidade e rendeu frutos para o direito. Welzel a partir de suas considerações e questionamentos fenomenológicos, rompeu a barreira invisível que o neokantianismo criou entre ser e dever ser como realidades opostas e irredutíveis.

A pergunta "o que é" e a busca de estruturas ôntico-objetivas reconduziram o direito, como norma de dever ser, para uma realidade englobante, para o ser. As preocupações fenomenológicas de Welzel situaram o direito como parte integrante de uma totalidade e buscaram explicações para o "dever ser" do direito no próprio mundo do "ser".

O direito, assim, foi liberto da masmorra criada pelo positivismo e pelo neokantianismo, que, em função de seu formalismo lógico, haviam-no jogado em um relativismo absoluto e auto-destrutivo. O direito até então estava preso e limitado a juízos de valor indemonstráveis e na insusceptibilidade de conhecimento dos princípios do "dever ser". Welzel, com o método fenomenológico e existencialista, demonstrou que a realidade do "ser' que abrange a do "dever ser" era referencial e até mesmo limite para o direito.

Do mesmo modo, com a busca do permanente que caracteriza a fenomenologia, Welzel propôs a superação da dicotomia entre positivistas e iusnaturalistas, demonstrando que o direito é uma incessante busca pela justiça e pela verdade (valores até então caros apenas para os iusnaturalistas), contingenciada pelo momento histórico e pela sua necessidade de efetividade. Direito e moral seriam ordem confluentes que difeririam apenas pela necessidade de eficácia do primeiro e pelo caráter ideal da segunda, mas impulsionariam o homem para uma mesma ordem de sentido. O norte do direito na busca da verdade e da justiça é a moral.

Por último e não menos importante, Welzel recusou o relativismo material do direito, impondo o homem como ser responsável e a dignidade da pessoa humana como valores absolutos.

civil". Em igual sentido Roxin (1998: 95): "Nessa ordem de pensamento depreende-se necessariamente que tal conceito de ação – precisamente ao contrário do que sucedia com as anteriores tentativas – deve ser igualmente válido para o direito penal e para todos os ramos do direito. E, efetivamente, tanto os penalistas como os civilistas partidários da teoria finalista extraíram expressamente essa conseqüência".

(70) POPPER (1985: 304).

Welzel assim demonstrou a importância da pergunta "o que é" para o direito, pois foi a partir da procura de formas constantes, permanentes e ontológicas, que ele reconduziu as preocupações da ciência do direito para os seus últimos fundamentos: o homem, a justiça e a verdade. Welzel apartou o direito do mundo das meras abstrações e situou-o no mundo do homem e das suas necessidades e problemas concretos. Muito embora, partindo de um método criticado por Popper, chegou a conclusões semelhantes a este em seu livro a *Sociedade aberta e seus inimigos*.[71] O direito assim como a ciência tem um compromisso com a verdade (justiça) a partir da democracia e do pluralismo.

Foi, nesse contexto, a partir de pontos que Welzel considerara imutáveis no próprio direito, isto é, o dever ser transcendente, o homem como ser responsável, o caráter ordenado e efetivo do direito e a confluência das ordens ético-sociais, que se construiu a teoria finalista do delito.

A teoria de Welzel sobre a ação nada mais é do que um desdobramento da consideração do homem como um ser responsável, dotado de autonomia para direcionar seus atos. Do mesmo modo, a culpabilidade pressupõe um dever ser transcendente, ou seja, de que o homem deve dar sentido a seus atos, diante de uma instância externa e superior a ele, de modo que o fracasso diante da responsabilidade em conformar o sentido de seus atos a tal instância redunda na culpabilidade.

Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito* – Uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRIMO, Albert. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*. Paris: Pedone, 1978.

FARIA, Jorge Ribeiro. "Algumas notas sobre o finalismo no direito civil". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. LXIX, p. 71-160, 1993.

_____. "Algumas notas sobre o finalismo no direito civil". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. LXX, p. 133-219, 1994.

FASSÒ, Guido. *História de la filosofía del derecho*. Madrid: Pirámide, 1970. vol. III, siglos XIX y XX.

JASPERS, Karl. *Filosofia*. Madri: Universidade de Porto Rico, 1959. vol. II.

_____. *Iniciation a la méthode philosophique*. Paris: Petite Bibliotèque Payot, 1964.

HARTMANN, Nicolai. *Ontología* – Posibilidad y efectividad. México: Fondo de Cultura Economica, 1956. vol. II.

(71) Sobre o assunto comparar Welzel (1977a: 261-267) e Popper (2000: 669-693).

_____. *Autoexposicón sistemática*. México: Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1964.

HEIDEGGER, Martín. *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1980.

MAYER, Max Ernest. *Filosofia del derecho*. Trad. Luis Legaz Lacambra (da 2. ed. original). Barcelona: Labor, 1937.

MIR, José Cerezo. "El finalismo, hoy". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Ministério da Justiça, 1993. t. XLVI, fascículo I, p. 5-19, jan.-abr. 1993.

MONREAL, Eduardo Novoa. *Que queda del derecho natural*. Buenos Aires: Depalma, 1967.

POPPER, Karl R. *La lógica de la investigación científica*. Trad. Victor Sánchez de Zavala. Madri: Tecnos, 1985.

_____. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona: Paidós, 2000.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. São Paulo: Paulinas, 1991. vol. III.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Iusnaturalismos actuales comparados*. Madri: Universidade de Madrid, 1970.

_____. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. México: Porrua, 1963.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SARTRE, Jean-Paul. *El existencialismo es un humanismo*. Barcelona: Edhasa, 2000.

WELZEL, Hans. "A dogmática no direito penal". *Revista de Direito Penal*, São Paulo: RT, ns. 13 e 14, p. 7-12, 1974.

_____. "Culpa e delitos de circulação". *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, n. 3, jul.-set. 1971.

_____. "Derecho y ética". *Revista Argentina de Ciencias Penales*, Buenos Aires: Plus Ultra, p. 13-19, jan.-abr. 1977b.

_____. *Derecho natural y justicia material* – Preliminares para una filosofía del derecho. Madri: Aguilar, 1957.

_____. *Derecho penal aleman*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

_____. *Introduccion a la filosofia del derecho*. Madri: Aguilar, 1977a.

_____. "Lo permanente y lo transitório en la ciência del derecho penal". *MP – Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 10, p. 43-59, 1983.

_____. *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

_____ *et al. Derecho injusto y derecho nulo*. Madri: Aguilar, 1971b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro* – Parte Geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

2.4

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO JUDICIÁRIO EM AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA

RUI STOCO

SUMÁRIO: 1. O direito e os fatos – 2. Erro judiciário e a obrigação de indenizar – 3. Correção do erro judiciário e revisão criminal – 4. Exigência de reconhecimento expresso do erro judiciário e do direito à justa indenização na ação revisional – 5. Pressupostos exigidos para o reconhecimento do erro judiciário – 6. Impossibilidade de reconhecimento *ex officio* do erro judiciário – 7. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O artigo tem por objetivo perquirir de que modo o erro judiciário, a que se referem a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, se caracteriza e formalmente se materializa. Busca demonstrar que no julgamento da revisão criminal impõe-se aos órgãos julgadores (Câmaras Criminais, Turmas Conjuntas ou Tribunal Pleno) que, além de decretar a reforma do julgado recorrido e conseqüente absolvição do acusado – quando tal ocorra – reconheçam, expressamente, tanto o erro como o direito à justa indenização. Assenta, também, o entendimento no sentido de que sem o cumprimento desses pressupostos o acusado absolvido não terá título executivo para aparelhar a ação de execução e buscar a fixação e satisfação do *quantum* da indenização no juízo cível. Assume, finalmente, o entendimento de que esse reconhecimento do erro judiciário e o direito à justa indenização dependem de provocação do interessado, não podendo ser declarado de ofício em sede revisional, sendo certo, ainda, que ao juízo cível não compete tal reconhecimento, nem se lhe permite qualquer cognição a esse respeito.

Palavras-chave: Erro judiciário – Revisão criminal – Justa indenização – Obrigação de indenizar.

1. O direito e os fatos

O direito é e sempre será fonte inesgotável de novas hipóteses e de divergências.

A dinâmica da vida e dos fatos, o avanço tecnológico e as mutações sociais o torna um dínamo que gera novas discussões, enseja o nascimento de teorias inéditas – até então impensadas – ou o renascimento de teorias revividas – e provoca a dúvida, que conduz à certeza; e o erro, que conduz ao acerto.

Afirmou Ihering que "o direito não é uma pura teoria, mas uma força viva".

E Tobias Barreto acrescentou ser o direito um fenômeno histórico; um produto cultural da humanidade.

O certo é que "a lei não esgota o direito, como a partitura não exaure a música" (Mário Moacyr Porto), posto que o fato, como fenômeno do mundo físico, nasce primeiro e somente quando alcança suficiente dignidade e importância é que recebe disciplina legal.

Significa que a subsunção dos fatos às normas, sejam elas permissivas, proibitivas, regulamentadoras de atividades, repressivas ou meramente declaratórias de direitos e obrigações, pressupõe entender essas regras jurídicas tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. "Não há como se interpretar uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos".[1]

2. Erro judiciário e a obrigação de indenizar

A questão relativa ao erro judiciário, por mais que sobre ela se tenha debruçado e debatido, ainda enseja disceptações e exige disquisição, seja qual for o enfoque que se lhe dê, até mesmo à luz do aspecto evidenciado no prólogo acima.

Como não se desconhece, para que surja a obrigação de indenizar, quando se fala em responsabilidade aquiliana decorrente de ato ilícito, exige-se uma ação ou omissão, que dela decorra; um resultado danoso ou a ocorrência de um dano; um elo de ligação entre o comportamento do agente e o dano (nexo causal) e que esse comportamento seja doloso ou culposo (elemento subjetivo).

Contudo, quando a responsabilidade é objetiva, prescinde-se apenas do último elemento, como sói acontecer, *ad exemplum*, nas hipóteses do art. 37, § 6.°, da CF. Basta a ação, o dano e o nexo etiológico entre eles, dispensada qualquer investigação acerca da culpabilidade do agente.

Estabelecidos esses parâmetros mínimos, apenas para firmar o fundamento nuclear da obrigação de indenizar, traz-se à discussão aspecto peculiar acerca do tema.

3. Correção do erro judiciário e revisão criminal

Esse aspecto pertine em saber de que modo o erro judiciário se caracteriza e formalmente se materializa.

Relembrou o jurista e se mostra oportuno registrar o conceito de erro judiciário: "Considera-se erro judiciário a má aplicação do direito ou a deficiente aprecia-

[1] STJ, 3.ª T., REsp 194.866, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 20.04.1999, *RSTJ* 119/348.

ção dos fatos da causa, por parte do órgão jurisdicional, que resulta em decisão contrária à lei ou à verdade material".[2]

Já afirmamos anteriormente que corrigir o erro por meio da revisão criminal não é o mesmo que "reparar o erro", no sentido civilístico da palavra, o que só se consegue no Juízo Cível, após a declaração dessa circunstância.

A "correção do erro judiciário" consiste na desconstituição de uma decisão proferida no âmbito penal e desfavorável à pessoa, com a declaração de ter sido equivocada e fruto de desacerto do julgador, com o reconhecimento do direito à reparação pecuniária, enquanto que a "reparação do erro" significa dar àquela declaração de caráter constitutivo as significantes conseqüências e os efeitos que, *de lege lata,* dela decorrem, quais sejam, a efetiva busca no juízo cível da fixação e satisfação do *quantum debeatur*, por meio do processo de execução.

Portanto, também nos filiamos à corrente doutrinária que defende a necessidade de desconstituição e cessação dos efeitos do julgado de que não cabe mais recurso, por meio da revisão criminal, como condição fundamental para o reconhecimento do erro judiciário e a declaração do dever de indenizar do Estado.

A atuação no plano civil é meramente conseqüencial e subsidiária, onde apenas se executa tanto quanto já havia ficado decidido no âmbito criminal. Ou seja, quem desconstitui o julgado e, em conseqüência, constitui o direito de reparar é o juízo criminal.

Significa a indispensabilidade de aviventar a ação de revisão do julgado, que impôs a condenação e a sua desconstituição por essa via, como condição para obter a reparação do erro judiciário.

Em outras palavras, "a obrigação de indenizar se torna certa depois que o Tribunal, concedendo a revisão, reconhece ao condenado 'o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos' (CPP, art. 630, *caput*)".[3]

4. Exigência de reconhecimento expresso do erro judiciário e do direito à justa indenização na ação revisional

Mas ainda assim remanesce questão importante, não respondida satisfatoriamente por tantos quantos se debruçaram sobre o tema.

A indagação primeira que se deve fazer e perquirir é a que segue:

"O só fato do acolhimento da revisão criminal, com a conseqüente absolvição do acusado pressupõe a ocorrência de erro judiciário, nascendo então a obrigação do Estado de indenizar o 'erro' do julgador?"

(2) Sérgio de Oliveira Médice. *Revisão criminal.* 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 215.

(3) José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal.* 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. vol. 4, p. 428.

Essa a proposição e o enunciado que se apresentam à meditação e discussão.

Figure-se, apenas para exemplificar, a hipótese em que o acusado foi condenado criminalmente em primeira instância, com mantença da decisão em sede de recurso ordinário (apelação) e posterior trânsito em julgado. Interposta revisão criminal, o acórdão proferido pelo Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado (ou por qualquer outra Corte de Justiça) julga procedente a ação revisional, desconstitui a decisão condenatória e absolve o recorrente com base no art. 621, I, do CPP. Posteriormente, diante da decisão favorável em sede revisional, o acusado ingressa no Juízo Cível com ação ordinária de reparação de danos por erro judiciário (que pressupõe uma fase de cognição), visando a reparação do dano. Ocorre que na ação revisional esse interessado não alegou o erro judiciário, nem requereu que se reconhecesse o direito à justa indenização pelos prejuízos sofridos, tal como dispõe o art. 630 do CPP.

Ainda assim poder-se-ia afirmar a ocorrência de erro indenizável do Estado?

5. Pressupostos exigidos para o reconhecimento do erro judiciário

No que pertine ao instituto da revisão criminal o Código de Processo Penal dispõe:

"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos."

Portanto, a absolvição teria ocorrido, *ad exemplum*, por insuficiência de provas ou porque a condenação estaria em contradição com texto expresso da lei penal, que conduziria a outra solução, únicas hipóteses de erro propriamente dito, estabelecidas no referido art. 621 do CPP.

Impõe-se assentar – para que fique retido *in mente* – que o só fato de o interessado aviventar a revisão e lograr reverter o resultado condenatório para absolutório não significa que o Tribunal tenha reconhecido o erro judiciário.

Apenas quando o colegiado, por provocação do interessado, afirme expressamente o erro é que este estará efetivamente caracterizado.

Significa, ainda, que, para obter reparação o pressuposto é a caracterização e declaração expressa do erro judiciário na ação específica, de modo que um dos argumentos e fundamentos nucleares de toda petição inicial de ação de revisão criminal (que para nós *não* constitui "recurso" propriamente dito, embora assim classificado no Código de Processo Penal no Livro III, Título II, Capítulo VII, mas ação de conhecimento de natureza constitutiva[4]) deve ser o da ocorrência de

[4] O C. STJ deixou assentado que: "Na sistemática do Código de Processo Penal a revisão criminal é uma ação de conhecimento, de natureza constitutiva, de que se utiliza o réu, ou seu procurador, ou, ainda, se já falecido, seu cônjuge, ascendente, descendente

erro judiciário, razão pela qual não se adere ao entendimento de alguns operadores no sentido de que, se há dano ao particular pelo só fato do ato jurisdicional, o Estado deve ser chamado a compô-lo, sem que isso signifique que o juiz tenha praticado ato ilícito ou cometido "erro judiciário".

Isto porque em casos que tais a responsabilidade do Estado pressupõe o agir culposo do seu preposto, de modo que o erro indesculpável ou inescusável desse preposto do Estado – como o é o Estado-Juiz – traduz-se em culpa *stricto sensu* e impõe ao Estado a obrigação de utilizar-se da via regressiva para responsabilizar este último, posto não se tratar de questão de oportunidade ou conveniência mas de dever que, não exercido, importará em prevaricação e ato de improbidade administrativa por parte da autoridade administrativa responsável.

6. Impossibilidade de reconhecimento *ex officio* do erro judiciário

Portanto, a resposta à indagação acima e que aviventa e dá impulso ao tema só pode ser negativa.

E esta resposta é dada e afirmada *de lege lata*, à luz da lei em vigor.

Revisitemos o Código de Processo Penal, incursionando no Capítulo que dispõe sobre a revisão criminal.

Nele se colhe a redação do dispositivo principal e condutor que preceitua:

"Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1.º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela Justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça".

Ressuma claro e *icto oculi* do *canon* contido no referido art. 630 *caput*, as seguintes conclusões, em exegese sistemática:

a) que a só procedência da ação de revisão criminal – que tem caráter constitutivo-negativo e natureza dúplice: penal e civil, pois tem o poder de desconstituir a condenação anterior, de declarar a ocorrência de erro e de reconhecer o direito à reparação do dano material, quando requeridos – não significa, por si só, o reconhecimento implícito do erro judiciário, nem faz surdir o dever de reparar.

Seria, segundo entendemos, rematado absurdo.

Aliás, José Frederico Marques dá conforto a esse entendimento ao observar: "Não é suficiente que o Tribunal absolva o réu anteriormente condenado para que se admita a indenização".[5]

ou irmão, para rescindir sentença condenatória com trânsito em julgado, sendo admissível nas hipóteses elencadas no art. 621 do CPP" (STJ, REsp 79.693, j. 25.06.1996, rel. Min. Vicente Leal, *DJU* 02.09.1996, p. 31.125).

(5) José Frederico Marques. Op. cit., p. 363.

O E. TJSP já decidiu que: "O direito à indenização por erro judiciário só ocorre quando houver condenação a esse título ou quando persistir a prisão além do tempo fixado na sentença".[6]

Colhem-se, ainda, expressivos julgados de algumas Câmaras de Direito Público desse mesmo Tribunal:

"Nos termos do Código de Processo Penal (art. 630, *caput*) e de dispositivos da Constituição da República anterior (art. 107), incidente na hipótese (hoje, Constituição da República de 1988, art. 5.º, LXXV), responde o Estado pelos danos oriundos de erro judiciário, reconhecido em revisão criminal, mediante decreto absolutório fundado no art. 386, IV, do CPP. O Pretório Excelso já se pronunciou no sentido de que o Estado só responde pelos erros dos órgãos do Poder Judiciário, na hipótese prevista no art. 630 do CPP. Fora dela domina o princípio da irresponsabilidade, não só em atenção à autoridade da coisa julgada como também à liberdade e independência dos Magistrados (*RSTF* 51/63). A sentença, como ato judicial típico, não enseja a responsabilidade civil da Fazenda Pública: a única exceção é a decorrente da revisão criminal, desde que haja requerimento expresso (CPP, art. 630). Nos demais casos, as decisões judiciais, como atos de soberania interna do Estado, não propiciam qualquer ressarcimento por eventuais danos, como pretende demonstrar o autor. Na lição de Hely Lopes Meirelles, a liberdade decisória dos Magistrados não pode ficar à mercê de responsabilidades patrimoniais pela falibilidade humana de seus julgamentos (*Direito administrativo brasileiro*. 11. ed. p. 610)".[7]

Indenização. Responsabilidade civil do Estado. Alegação de erro judiciário. Inocorrência. Não reconhecimento em revisão criminal. Precedente da Câmara. Ausência de prova do nexo causal entre a prisão e as perdas decorrentes. Pedido de danos, material e moral, prejudicados. Ação indenizatória improcedente. Recurso do autor, não provido.[8]

O só fato do acolhimento da revisão criminal, com a conseqüente absolvição do acusado não pressupõe a ocorrência de erro judiciário. Impõe-se que o autor da ação rescisória requeira expressamente o reconhecimento do erro e do seu direito à justa indenização e que o Grupo de Câmaras Criminais julgador os reconheça, sendo vedado o seu reconhecimento de ofício por parte deste ou mesmo a substituição deste juízo de valor não declarado na sua sede própria, por outro da Turma Julgadora da Câmara de Direito Público na ação civil, com indevido caráter cognitivo, considerando que, nos termos do art. 630, § 1.º do CPP ao juízo

(6) TJSP, 1.ª Câm., apelação cível, rel. Des. Álvaro Lazzarini, j. 07.12.1993, *RJTJSP* 155/117.

(7) TJSP, 5.ª Câm. Direito Público, ApCív. 277.039-2, rel. Menezes Gomes, *JTJ-Lex* 223/56.

(8) TJSP, 5.ª Câm. Direito Público, ApCív. 26.983-5, rel. William Marinho, j. 11.02.1999, *JTJ-Lex* 223/53.

cível compete apenas a liquidação da indenização reconhecida e a apuração do *quantum debeatur*.[9]

b) Portanto, para nós, o Tribunal, ao apreciar a ação de revisão criminal não pode, de ofício, condenar o Poder Público a reparar o erro judiciário, caso o reconheça.

Resta claro que apenas o autor da revisão pode requerer que se reconheça o erro e o direito decorrente desse pronunciamento, qual seja, a justa indenização.

É o que decorre claramente do *caput* do art. 630 do CPP em exegese teleológica.

Tanto isso é certo que no juízo cível apenas se faz a liquidação e apuração do *quantum* da indenização, significando que a condenação do Estado há de estar fixada no acórdão que reconhecer o erro judiciário.

A respeito do tema Guilherme de Souza Nucci observa: "A natureza da decisão impositiva de indenização 'é condenatória, não se tratando de mero efeito da procedência da ação revisional. Justamente por isso, precisa haver requerimento do autor para que seja reconhecido esse direito'".[10]

Ora, se a inicial não pedir expressamente o reconhecimento desse erro e o Tribunal o reconhecer estará ofendendo o *due process of law*, impedindo a outra parte de valer-se da ampla defesa e de atuar segundo o contraditório.

Lembre-se que a desconstituição da sentença definitiva de natureza condenatória é novamente submetida a exame de natureza revisional com possibilidade de absolvição criminal e do reconhecimento de erro judiciário, com declaração do direito à reparação pecuniária. Portanto, o órgão julgador de segunda instância também recebeu da lei processual penal competência para proferir decisão de natureza extrapenal, com caráter constitutivo de direito a benefício de ordem pecuniária e que imporá ao Poder Público a obrigação civil de indenizar.

Como ressuma óbvio e indene a disceptação, ambas as questões hão de submeter-se ao contraditório, assegurando-se ampla defesa.

Essa a razão pela qual o reconhecimento *ex officio* do erro judiciário mostra-se incompossível.

Nesse sentido já obtemperava José Frederico Marques, assim se manifestando: "Não cabe impô-la, o Tribunal, *ex officio*, pois o art. 630, atrás citado, fala em 'se o interessado requerer', condicionando, assim, expressamente, o reconhecimento à indenização, ao pedido do condenado".[11]

(9) TJSP, 3.ª Câm. Direito Público, EI 75.585-5/2-01, rel. Rui Stoco, j. 07.05.2002, Voto 3.367/02.

(10) Guilherme de Souza Nucci. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: RT, 2002. p. 899.

(11) José Frederico Marques. Op. cit., p. 362.

Fica então vedada essa fixação no juízo cível onde somente poderia ocorrer a liquidação e apuração do *quantum debeatur* e não reabrir uma fase de cognição própria e exclusiva da ação de revisão.

Sob esse aspecto parece-nos que a sentença que vier a ser proferida no juízo cível, onde tem curso a ação de reparação de danos, e reconhecer o erro judiciário e o v. acórdão da Câmara Civil do Tribunal, que, em sede de reexame, por meio de apelação, eventualmente a confirmar, estarão impregnados do vício da nulidade, pois não poderiam substituir juízo de valor, privativo e exclusivo do Grupo de Câmaras Criminais ou do Plenário com competência para processar e julgar as ações revisionais, pelo seu.

Como antes observado, não se pode aceitar a afirmação de que na revisão criminal é possível prescindir do elemento subjetivo, ou seja, da culpabilidade.

Impõe-se, mais uma vez e em reiteração, discordar.

Para divergir desse entendimento transcrevemos parte do que já ficou assentado em nossa obra:

"Não há como admitir que o erro judiciário possa ser antevisto e caracterizado apenas na má subsunção do comportamento à norma em vigor à época do fato; o erro de perspectiva ou a falsa percepção dos fatos e na equivocada interpretação da lei.

Nem pode decorrer da falsa percepção que o julgador tem do preceito legal *in abstracto*, dando-lhe inadequada exegese no exato instante de aplicá-lo ao caso concreto, como, por exemplo, reconhecer atentado violento ao pudor e aplicar a absurda pena de 6 a 10 anos de reclusão prevista no art. 214 do CP àquele que trocou carícias com a própria namorada, ou aplicou disposição anacrônica, reconhecendo a sedução (CP, art. 217) praticada contra mulher devassa e já prostituída, embora ainda virgem.

Embora aqui se trate de erro grosseiro por inadequada subsunção dos fatos ao preceito primário da norma penal incriminadora, cabe não deslembrar que o erro de perspectiva ou o mero erro de enquadramento não se confunde com o *erro judiciário*, tal como o idealizou o legislador ordinário de 1941, com o advento do Código de Processo Penal, e o legislador constitucional de 1988, com o art. 5.º da Carta Magna.

Essa a razão pela qual não se adere integralmente ao entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho quando preleciona: 'É razoável que se indenize quem sofreu erro judiciário. A sociedade deve-lhe reparação pelo dano material ou moral que tenha sofrido. Ao Estado cabe, nesse caso, a responsabilidade objetiva, pois é ele quem representa a sociedade como um todo' (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. I. p. 83).

Note-se que o art. 630 do CPP estipula que 'que a indenização não será devida se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder' (§ 2.º, *a*).

Contudo, não definiu nem esclareceu o que seja 'erro judiciário' e o alcance da expressão, causando dificuldades e perplexidades ao relegar essa tarefa a outros instrumentos legais que não vieram a lume.

Ora, se de responsabilidade objetiva se tratasse, desnecessário seria o instrumento da revisão criminal para sua declaração. Bastaria que no âmbito civil ficasse demonstrado o dano. Portanto, o erro há de qualificar-se como erro intencional ou culposo, aquele que não se admite, sendo, portanto, inescusável, sendo certo que tanto a desídia como a omissão enquadram-se nesse conceito.

O legislador de antanho – infelizmente pouco técnico –, ao apontar o erro genericamente como fundamento da reparação do dano, converteu em 'erro judiciário' o erro inescusável e incluiu este no conceito de culpa, equiparando-o ao mau funcionamento ou falha da atividade estatal.

Também alargou, perigosamente, o espectro da injustiça nos julgamentos, sabido que, em se tratando de atividade judiciária, a injustiça da decisão tem a ver com o *meritum causae* que, por sua vez, exprime a convicção do julgador, sempre intocável e inviolável.

Assim, só será possível reconhecer a 'injustiça da condenação', segundo a dicção do art. 630 do CPP, quando ela for intencional ou decorra de desídia ou equívoco inescusável, grosseiro, ou teratológico, a sugerir grave falha na distribuição da justiça e da atividade do Estado-juiz.

Quando a lei ordinária fala em 'injustiça da condenação' não está permitindo juízo de valor subjetivo do julgador em sede de reexame, sob pena de substituir-se um juízo de valor por outro, o que não se admite. Está se referindo ao erro típico, impregnado daquele componente qualificador (dolo ou culpa), seja por ação ou por omissão".[12]

7. Conclusão

Portanto, para nós, será de rigor exigir que, no julgamento da revisão criminal, as Câmaras, Turmas Conjuntas ou Tribunal Pleno, além de desconstituir a sentença que julgou procedente a ação penal, reconheçam, no plano civil, expressamente, tanto o erro como o direito à justa indenização, sem as quais não se poderá exigir o *quantum debeatur* no juízo cível.

Bibliografia

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3.ª T., REsp 194.866, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 20.04.1999, *RSTJ* n. 119, p. 348.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp. 79.693, j. 25.06.1996, rel. Min. Vicente Leal, *DJU* 02.09.1996, p. 31.125.

[12] Rui Stoco. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 795-796.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1.ª Câm., apelação cível, rel. Des. Álvaro Lazzarini, j. 07.12.1993, *RJTJSP* n. 155 p. 117.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3.ª Câm. Direito. Público, EI 75.585-5/2-01, rel. Rui Stoco, j. 07.05.2002, Voto 3.367/02.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 5.ª Câm. Direito Público, ApCív. 26.983-5, rel. William Marinho, j. 11.02.1999, *JTJ-Lex* n. 223, p. 53.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 5.ª Câm. Direito Público, ApCív. 277.039-2, rel. Menezes Gomes, *JTJ-Lex* n. 223, p. 56.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. vol. 4. p. 363.

_____. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. vol. 4.

MÉDICE, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: RT, 2002.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

MERCOSUL E O CRIME DE POLUIÇÃO DAS ÁGUAS

ALESSANDRA RAPASSI MASCARENHAS PRADO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Poluição das águas: 2.1 Poluição transfronteiriça – 3. Mercosul: 3.1 Cooperação judiciária e policial em matéria penal ambiental; 3.2 Harmonização das legislações – 4. Poluição da água e legislação penal dos Estados-partes do Mercosul: 4.1 Argentina; 4.2 Brasil; 4.3 Paraguai; 4.4 Uruguai; 4.5 Análise comparativa – 5. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: A poluição é, sem dúvida, uma das formas mais graves de ataque ao meio ambiente; e suas conseqüências lesivas podem, inclusive, ultrapassar as fronteiras do Estado onde se encontra a fonte poluidora. Por essas razões, a degradação do meio ambiente merece reprovação jurídica em suas diferentes formas: civil, administrativa e, inclusive, penal; e em todos os âmbitos, local, nacional, regional e internacional. Considerando que o tema da jurisdição nacional e da cooperação entre Estados no combate ao crime de poluição é de suma importância, interessa analisar como a questão da proteção penal do meio ambiente, em face de poluições transfronteiriças, tem sido enfrentada no âmbito do Mercosul.

Palavras-chave: Crime ambiental – Poluição transfronteiriça – Cooperação em matéria penal – Harmonização da legislação – Mercosul.

1. Introdução

Água, ar, terra e fogo são bases das relações bióticas, ou seja, deles depende a existência da flora, da fauna e do ser humano. Este último, considerado centro e razão do ordenamento natural, não apenas é parte integrante do meio ambiente – entidade que vai à volta de um ser, mas que existe em si mesma; como também é o responsável pela administração, intervenção racional e conservação do mesmo.

Acontece que o ser humano sempre utilizou o meio ambiente como instrumento para seu desenvolvimento – o que se verifica, no mundo contemporâneo, principalmente, por meio da industrialização crescente, da utilização desordenada dos recursos naturais, do consumo em massa e da grande produção de resíduos.

Diante dos riscos crescentes a que os indivíduos estão expostos, provenientes do desenvolvimento científico e tecnológico, Ulrich Beck denominou a socieda-

de contemporânea de "sociedade de riscos"[1] – riscos que revelam a ameaça de destruição de todas as formas de vida na Terra.

É nesse contexto que os indivíduos passam a perceber que o meio ambiente é condição de sua existência. Assim, com o risco da continuidade da vida, desperta-se a consciência sobre a necessidade de se proteger o meio de manutenção, de sobrevivência da espécie humana. Movimentos difundem-se pelo globo, levando em suas bandeiras interesse de toda a coletividade – a preservação do ambiente; clama-se pelo reconhecimento de um direito do ser humano enquanto integrante do meio, não do indivíduo isoladamente – o direito a viver em um ambiente sadio, para que sua dignidade seja respeitada, para que sua personalidade possa desenvolver-se.

Não é por acaso que atualmente a degradação do meio ambiente é tema freqüente de discussões locais, nacionais, regionais, internacionais e tem sido móvel para a intervenção estatal tornar-se cada vez mais presente, na tentativa de possibilitar um desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, verifica-se que, a partir da década de oitenta, as Constituições dos Estados e respectivas legislações passam a reconhecer e a tutelar interesses difusos ou direitos de terceira geração, e entre esses bens merecedores de proteção está o meio ambiente. Norberto Bobbio,[2] por exemplo, afirma que o mais importante desses direitos é o direito de viver em um ambiente não poluído.

A poluição é, sem dúvida, uma das formas mais graves de ataque ao bem jurídico meio ambiente, podendo gerar, inclusive, conseqüências lesivas de largo alcance, ultrapassando as fronteiras do Estado, onde se encontra sua fonte produtora. Assim, justificada está sua reprovação jurídica em diversas esferas: civil, administrativa e penal; e em vários âmbitos, local, nacional, regional e internacional. Os temas da jurisdição nacional e da cooperação entre Estados no combate ao crime de poluição e da harmonização das legislações ganham relevo principalmente entre Estados vizinhos.

Portanto, interessa analisar como a questão da proteção penal do meio ambiente, em face de poluições transfronteiriças, tem sido enfrentada no âmbito do Mercosul e dos respectivos Estados-partes.

2. Poluição das águas

Entende-se por poluição das águas, em sentido amplo, a modificação das propriedades físicas, químicas e biológicas das águas pela introdução de substâncias poluentes.

(1) Ulrich Beck reconhece que os riscos não são uma invenção da modernidade, porém, ganharam outros contornos, seus limites temporais e espaciais foram ampliados – podem atingir futuras gerações e ultrapassar as fronteiras nacionais; passaram de pessoais para globais; e normalmente escapam da percepção humana, reduzindo-se a fórmulas químicas e físicas (*Risk society*. Towards a new modernity, 1992. p. 9-22).

(2) BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 1992. p. 6.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar[3] define a poluição marinha como "a introdução pelo homem, direta ou indiretamente, de substâncias ou de energia no meio marinho, incluindo os estuários, sempre que a mesma provoque ou possa vir a provocar efeitos nocivos, tais como danos aos recursos vivos e ao ecossistema marinho, perigo à saúde humana, entraves às atividades marítimas, incluindo entre estas a pesca e o uso legítimo do mar, alteração da qualidade da água do mar, no que se refere à sua utilização e deterioração dos locais de recreio" (art. 1, 4).

No Brasil, a poluição é determinada, na Lei 6.938/81, art. 3.º, como "a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos".

O conceito de poluição, para o direito, importa na medida em que assume papel delimitador dos espaços de risco permitidos (ou da criação de espaços de riscos proibidos). E o que se percebe é que não é qualquer alteração da água que será considerada relevante, é necessário que ao menos resulte em perigo para a saúde das pessoas ou da biota.

Atualmente, não é possível avaliar a poluição partindo-se da condição de pureza da água (até porque esta é variável),[4] mas, sim, de determinados valores exigíveis (padrões de qualidade, por exemplo). A alteração caracterizadora da contaminação pode ser dos próprios elementos que compõem a água (química – alteração do pH ou grau de acidez), da composição da água (biológica – introdução de materiais pesados) ou dos aspectos materiais (física – alteração da coloração).

Os efeitos da poluição variam conforme as circunstâncias, como profundidade da água, velocidade da água corrente e quantidade e perigosidade da substância nociva. Uma certa quantidade de poluentes pode ser assimilada por diluição ou pela atuação de organismos na cadeia alimentar que se ajustam às mudanças na qualidade da água. Além desses limites, porém, a poluição representa uma ameaça real à qualidade da água, da saúde e ao meio ambiente em geral.

(3) MONTEGO BAY, 1982. No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Dec. Leg. 5/87, promulgada pelo Dec. 99.165, de 12.03.1990, e declarada em vigor pelo Dec. 1.530, de 22.06.1995.

(4) Em relação à impossibilidade da pureza do ar, por exemplo, e, conseqüentemente, à importância dos padrões de qualidade estabelecidos em lei, Günter Fellenberg adverte: "Não devemos ceder à utópica crença de que estes valores se tornarão supérfluos no dia em que o ar atmosférico voltar a ser 'limpo'. Ar completamente limpo, com cuja existência o habitante das metrópoles tanto sonha, não existe, a não ser que produzamos artificialmente num laboratório" (*Introdução aos problemas da poluição ambiental*. Trad. Juergen Heinrich Maar. Revisão técnica Cláudio Gilberto Froehlich, 1980. p. 29-30).

2.1 Poluição transfronteiriça

O termo "poluição transfronteiriça" foi introduzido na linguagem jurídica, segundo Guido Soares,[5] a partir da Resolução 224 da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, em 1974; em seguida, aparece em diversos instrumentos internacionais, recebendo definição mais ampla na Convenção de Genebra, de 1979, sobre "Poluições Atmosféricas Transfronteiriças de Longa Distância".[6]

O protocolo sobre água e saúde (MP.WAT/AC.1/1999/1), da Convenção sobre a Proteção e Utilização de Cursos d'Água Transfronteiriços e Lagos Internacionais, assinada em Helsinque, em 17.03.1992, define o que se entende por águas transfronteiriças, efeitos transfronteiriços das doenças relacionadas à água e impacto transfronteiriço (art. 2, §§ 5, 6 e 7).

"'Águas transfronteiriças' significam quaisquer águas superficiais ou subterrâneas que demarquem, atravessem ou estejam localizadas nas fronteiras entre dois ou mais Estados; aonde quer que as águas transfronteiriças corram diretamente para o mar, essas águas transfronteiriças acabam em uma linha reta por meio de suas respectivas desembocaduras entre pontos sobre a linha da maré baixa de seus bancos.

'Efeitos transfronteiriços das doenças relacionadas à água' significam quaisquer efeitos adversos para a saúde humana, tais como morte, incapacidade, doença ou desordem, em qualquer área sob a jurisdição de uma parte, causados direta ou indiretamente pela condição ou mudanças na quantidade ou qualidade das águas em qualquer área sob a jurisdição de outra parte, constituam ou não tais efeitos um impacto transfronteiriço.

'Impacto transfronteiriço' significa qualquer efeito adverso significativo no meio ambiente, resultante de uma mudança nas condições das águas transfronteiriças causada pela atividade humana, cuja origem física esteja situada total ou parcialmente em área sob a jurisdição de uma parte da convenção, dentro de uma área sob a jurisdição de outra parte da convenção. Tais efeitos sobre o meio ambiente incluem efeitos sobre a saúde e segurança humana, flora, fauna, solo, ar, água, clima, paisagem e monumentos históricos, ou outras estruturas físicas, ou a interação entre esses fatores; eles também incluem efeitos sobre o patrimônio cultural ou condições socioeconômicas resultantes de alterações desses fatores".[7]

(5) SOARES, Guido. F. S. "Direito internacional do meio ambiente". *Emergência, obrigações e responsabilidades*, 2001. p. 212.

(6) "Poluição atmosférica cuja fonte física se situa total ou parcialmente numa zona submetida à jurisdição nacional de um Estado e que produz efeitos danosos numa zona submetida à jurisdição de outro Estado, numa distância tal que geralmente não é possível distinguir as contribuições de fontes individuais ou de grupos de fontes de emissão" (art. 1.º, b).

(7) "'Transboundary waters' means any surface or ground waters which mark, cross or are located on boundaries between two or more States; wherever transboundary waters

Transfronteiriço, portanto, indica algo que ultrapassa o território, a jurisdição de um Estado, atingindo território e jurisdição vizinhos. O princípio de que um Estado não pode sofrer danos por fatos ocorridos fora de seu território fundamenta a proibição e a necessidade de repressão da poluição transfronteiriça.

A poluição transfronteiriça da água resulta, portanto, da produção de danos causados ao meio ambiente por fonte poluidora localizada em outro Estado[8] – situação que pode ocorrer, por exemplo, no espaço da Bacia do Prata ou do Aqüífero Guarani;[9] ou seja, o lançamento de substância poluente nas águas de um rio transfronteiriço pode atingir tanto o território do Estado onde ocorreu o lançamento como o segmento referente ao território estrangeiro.

Sob o enfoque penal, o Estado que desejar sancionar o responsável terá de realizar investigações, processar, julgar, condenar e exigir o cumprimento da pena do poluidor, desde que sua legislação preveja o crime de poluição, cominando a respectiva pena. Se o Estado onde se localiza a fonte poluidora não tipifica o

flow directly into the sea, these transboundary waters end at a straight line across their respective mouths between points on the low-water line of their banks;

'Transboundary effects of water-related disease' means any significant adverse effects on human health, such as death, disability, illness or disorders, in an area under the jurisdiction of one Party, caused directly or indirectly by the condition, or changes in the quantity or quality, of waters in an area under the jurisdiction of another Party, whether or not such effects constitute a transboundary impact;

'Transboundary impact' means any significant adverse effect on the environment resulting from a change in the conditions of transboundary waters caused by a human activity, the physical origin of which is situated wholly or in part within an area under the jurisdiction of a Party to the Convention, within an area under the jurisdiction of another Party to the Convention. Such effects on the environment include effects on human health and safety, flora, fauna, soil, air, water, climate, landscape, and historical monuments or other physical structures or the interaction among these factors; they also include effects on the cultural heritage or socio-economic conditions resulting from alterations to those factors" (Tradução para o português da autora).

(8) Guido Soares (op. cit., p. 215-216) reconhece, ainda, como produção transfronteiriça da poluição a importação de produtos da poluição, seja por meio do recebimento de filiais da empresa com sede em outros Estados, cujas atividades são altamente poluidoras, ou do de resíduos industriais altamente poluidores.

(9) "O Aqüífero Guarani é o maior manancial de água doce subterrânea transfronteiriço do mundo. Está localizado na região centro-leste da América do Sul, entre 12° e 35° de latitude sul e entre 47° e 65° de longitude oeste e ocupa uma área de 1,2 milhões de km², estendendo-se pelo Brasil (840.0001 km²), Paraguai (58.500 km²), Uruguai (58.500 km²) e Argentina (255.000 km²).

Sua maior ocorrência se dá em território brasileiro (2/3 da área total), abrangendo os Estados de Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul". Disponível em: <http://www.daaeararaquara.com.br/principal.htm>. Acesso em: 10.04.2003.

crime, não poderá puni-lo, em respeito ao princípio da legalidade.[10] No que diz respeito ao Estado estrangeiro atingido,[11] este encontrará dificuldades para punir o crime, uma vez que grande parte das provas encontra-se em território estrangeiro, bem como, possivelmente, a pessoa que perpetrou o delito. Dessa forma, a harmonização das legislações e a cooperação entre os Estados são instrumentos importantes no combate à poluição transfronteiriça.

Em compasso com a decisão das Repúblicas da Argentina, do Brasil, Paraguai e Uruguai de reunirem-se para a formação de um mercado comum (ainda que, por enquanto, se trate apenas de uma união aduaneira), verifica-se a necessidade de proteção integrada do meio ambiente. Até porque, sob o aspecto econômico, por exemplo, a diferença de graus de intervenção em favor do meio ambiente implica em um desequilíbrio nas relações econômicas mantidas pelos Estados-partes.

3. Mercosul

Seguindo tendência internacional de integração regional, por meio da criação de blocos econômicos e políticos, no hemisfério sul do continente americano, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai decidiram unir-se para a criação do Mercado Comum do Sul – Mercosul, o que aconteceu por meio do Tratado de Assunção,[12] firmado em 26.03.1991.[13]

Os Estados-partes declaram que a integração visa a acelerar os processos de desenvolvimento econômico com justiça social nos respectivos Estados-partes, ressal-

(10) Princípio reconhecido em todos os Estados-membros do Mercosul – Argentina (art. 18 da Constituição), Brasil (art. 5.°, XXXIX, da CF; art. 1.° do CP); Paraguai (art. 1.° do CP); e Uruguai (art. 1.° do CP).

(11) O princípio da territorialidade é a regra em todos os Estados-partes do Mercosul (Argentina, art. 1.°, 1.°, do CP; Brasil, art. 5.° do CP; Paraguai, art. 6.°, 1.°, do CP; e Uruguai, art. 9.° do CP). Considerando-se como lugar do crime aquele onde ocorreu a ação, ou onde se produziu o resultado, ou ainda, onde ocorreu a ação ou se produziu o resultado (Argentina, art. 1.°, 1.°, do CP; Brasil, art. 6.° do CP; Paraguai, art. 11 do CP).

(12) "Banco de normativas". Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br>. Acesso em: 11.01.2002.

(13) Noticia o governo brasileiro ("Sobre o Mercosul". Disponível em: <http://www.mercosul.com.br>. Acesso em: 17.01.2002) que o Mercosul surgiu, "inicialmente, como zona de livre comércio, estimulada pela liberalização tarifária gradual, linear e automática acordada por seus quatro Estados-partes (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai). O segundo passo foi estabelecer os primeiros contornos da União Aduaneira, com a entrada em vigor em 1.°.01.1995 da Tarifa Externa Comum (TEC)". Atualmente, o Mercosul é uma União Aduaneira, objetivando evoluir para um Mercado Comum.

"Uma zona de livre comércio é a etapa ou tipo de integração em que são eliminadas todas as barreiras ao comércio entre os membros do grupo. A União Aduaneira é a etapa ou tipo de integração em que, além do livre comércio entre os membros do grupo, existe a aplicação de uma Tarifa Externa Comum (TEC) ao comércio com terceiros países. No Mercado Comum, além da TEC e do livre comércio de bens, existe a livre circulação de fatores de produção (capital e trabalho)".

tando que "esse objetivo deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente", entre outras medidas.

São instrumentos jurídicos do Mercosul o Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares; acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção e seus protocolos; decisões, resoluções e diretrizes produzidas pelos respectivos órgãos do Mercosul. Tais instrumentos, entretanto, diversamente daqueles produzidos pela Comunidade Européia, não gozam de efeito direto, nem tampouco de primazia sobre as normas internas, pois não têm caráter de normas supranacionais.[14] Por isso, atualmente, não é possível fazer referência a um direito comunitário no âmbito do Mercosul, mas apenas a um direito da integração.

Em relação à matéria, diante do caráter econômico da integração, a normativa do Mercosul versa principalmente sobre questões de comércio e aduana – o art. 1.º do Tratado de Assunção estabelece como diretrizes a livre circulação de bens, o estabelecimento de tarifa externa comum, a adoção de política comercial comum em relação a terceiros Estados, a coordenação de posições e foros econômico-comerciais regionais e internacionais, a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais visando a assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-partes e a obrigação de harmonização das legislações nas áreas pertinentes.

Mas, reconhecendo que a área econômica não se desenvolve isoladamente, sem que gere ou sofra reflexos de outros âmbitos de interesse, como a segurança e a qualidade do meio ambiente, o Mercosul tem se manifestado a respeito dessas outras questões,[15] inclusive criando Sub-Grupos de Trabalho, entre eles o de n. 6 referente ao Meio Ambiente.[16]

(14) A respeito do cumprimento das normas estabelecidas no âmbito do Mercosul, o Protocolo de Ouro Preto afirma o compromisso dos Estados-partes de adotar todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento em seus respectivos territórios (art. 38). A principal medida, portanto, é a incorporação das normas aprovadas no ordenamento jurídico de seus Estados-partes, para que possam surtir efeitos principalmente em relação aos particulares, uma vez que essas normas decorrem de ações intergovernamentais. Assim, o conjunto desses instrumentos jurídicos deve ser denominado de direito da integração, ramo do direito internacional público, e não direito comunitário. O ato de incorporação dessas normas deverá ser comunicado à Secretaria Administrativa do Mercosul.

Ainda que nem toda norma necessite de incorporação (art. 42), na prática, a incorporação acontece na maioria dos casos. Carlos Márcio B. Cozendey informa que do total de 68% de normas que necessitam ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos internos, apenas 28% foram incorporadas por todos os quatro Estados-partes e, portanto, encontram-se plenamente vigentes ("Sistema de incorporação das normas do Mercosul à ordem jurídica interna". Disponível em: <www.mercosul.gov.br/forum/default.asp>. Acesso em: 23.10.2002, p. 2).

(15) Foram criados, no Grupo do Mercado Comum, os Sub-Grupos de Trabalho (SGT) para tratar de comunicações, aspectos institucionais, regulamentos técnicos, assuntos financeiros, transportes, meio ambiente, indústria, agricultura; energia e mineração; assuntos trabalhistas, emprego e seguridade social; saúde, investimentos; comércio eletrônico; acompanhamento da conjuntura econômica e comercial.

(16) Conforme exposto no "Resumo histórico" contido no sítio do Ministério do Meio Ambiente ("Mercosul: resumo histórico". Disponível em: <http://www.mma.gov.br>.

Vale lembrar que um dos compromissos derivados da instituição do Mercosul é a harmonização das legislações dos Estados-partes, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração. Destarte, inclui-se a possibilidade de os Estados virem a estabelecer políticas ambientais e, conseqüentemente, a harmonização das respectivas legislações concernentes à questão ambiental.

Interessa, no presente trabalho, verificar a atuação do Mercosul no que diz respeito ao meio ambiente, destacando, principalmente, as questões relacionadas à esfera penal.

Em 17.11.1999 foi subscrito na VI Reunião de Ministros do Interior do Mercosul, em Montevidéu, o Acordo 13/99, o qual estabelece o Plano Geral de Cooperação e Coordenação Recíproca para a Segurança Regional, em substituição ao "Plano de Cooperação e Assistência Recíproca para a Segurança Regional e o Plano de Segurança para a Triple Fronteira".[17]

Esse plano geral constitui-se em um "documento reitor que orientará e regulará, em conformidade com a legislação interna de cada Estado-parte ou associado, a atividade das forças de segurança e/ou policiais e organismos de controle comprometidos com a execução e a necessária luta para otimizar os níveis de segurança em todo o território da região". Não impede, porém, que outros acordos bilaterais mais completos sejam implementados ou firmados.

Constam como justificativas para adoção do Plano Geral de Cooperação e Coordenação Recíproca para a Segurança Regional (Capítulo I) a dimensão transnacional adquirida por determinadas formas de atuação delituosa, entre elas, aque-

Acesso em: 30.10.2002), o SGT-6, desde sua criação em 1995, realiza reuniões ordinárias e extraordinárias, conforme a necessidade, para cumprir a pauta negociadora aprovada pelo Grupo do Mercado Comum, que se constitui das seguintes questões: restrições não-tarifárias – análise das medidas não tarifárias relacionadas a meio ambiente e determinação de seu tratamento; competitividade e meio ambiente – avaliação e estudos do processo produtivo para assegurar condições equânimes de proteção ambiental e de competitividade entre os Estados-partes, terceiros países e/ou agrupamentos regionais; normas internacionais – ISO 14.000 – gestão ambiental – acompanhamento do processo de elaboração, discussão, definição e implementação da série e análise dos impactos de sua aplicação na competitividade internacional de produtos do Mercosul; temas setoriais – a temática ambiental e sua abordagem pelos demais Sub-Grupos e reuniões especializadas; instrumento jurídico sobre meio ambiente para o Mercosul – elaboração de um documento com o objetivo de otimizar a gestão e os níveis de qualidade ambiental nos Estados-partes; sistema de informação ambiental – concepção técnica, desenvolvimento e implementação de um sistema de informações ambientais substantivas entre os Estados-partes; e selo verde Mercosul – desenvolvimento e formalização de um sistema de certificação ambiental comum.

(17) O plano geral foi aprovado pelo Conselho do Mercado Comum, quando passou a fazer parte da Decisão 22/99, constando em seu Anexo II. Esse mesmo plano também compõe o Acordo 14/99 firmado entre os Ministros do Interior do Mercosul, da Bolívia e do Chile, e aprovado pelo Conselho do Mercado Comum na Decisão 23/99.

las relacionadas à degradação do meio ambiente; a conseqüente vulnerabilidade da segurança comunitária regional; e a necessidade de que os Estados-partes não apenas adotem medidas internas de controle dos delitos nacionais ou transnacionais, mas também atuem em conjunto em toda a região.

Tendo em vista o desenvolvimento sustentável da região, o plano geral prevê que a otimização dos níveis de segurança comunitária referentes a fatos delitivos em geral, e em particular os que transcendem as fronteiras, deve realizar-se por meio de:

"a) assistência recíproca entre os organismos de controle e as forças de segurança e/ou policiais, mediante o intercâmbio de informação;

b) cooperação e coordenação para o desenvolvimento de atividades operativas e de controle de maneira simultânea;

c) estabelecimento dos meios materiais necessários para o exercício da ação policial, mediante a implementação de sistemas informáticos e de comunicações;

d) utilização racional dos recursos humanos disponíveis, melhorando sua capacitação por meio da relação entre os distintos organismos de controle e as forças de segurança e/ou policiais, assim como o intercâmbio de experiências entre eles".[18]

A execução do plano deve ocorrer por meio de ações concretas dos distintos organismos intervenientes dos Estados-partes e associados, no marco de suas respectivas competências e jurisdições.

O plano contém um capítulo (II) que dispõe sobre o "âmbito delitual", ou seja, sobre o narcotráfico, terrorismo, tráfico de menores, contrabando, roubo e furto de automotores e crime organizado;[19] e outro capítulo (III) que diz respeito

(18) Para o alcançamento dos objetivos propostos, o Plano prevê, no Capítulo V, a capacitação dos funcionários e organismos competentes e comprometidos com a segurança regional (promover estudos tendentes à regionalização da capacitação profissional, bem como cursos, seminários e similares de caráter técnico-científico; propiciar a troca de experiências em diversos setores; melhorar a coordenação dos procedimentos simultâneos; estudar a criação no âmbito regional de um sistema de coordenação da capacitação policial no Mercosul); bem como se refere aos equipamentos a serem utilizados por essas pessoas.

(19) A Decisão CMC 13/01 trata da complementação e adequação do Plano Geral de Cooperação e Coordenação Recíproca para a Segurança Regional entre os Estados-partes do Mercosul, modificando a Decisão CMC 22/99 no que diz respeito aos Capítulos II – âmbito delitual e VII – âmbito do terrorismo. E a Decisão CMC 14/01 trata da complementação e adequação do Plano Geral de Cooperação e Coordenação Recíproca para a Segurança Regional entre os Estados-partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, modificando a Decisão CMC 23/99 no que diz respeito aos Capítulos II – âmbito delitual e VII – âmbito do terrorismo.

Em 2002, houve nova adequação do Plano Geral de Cooperação e Coordenação Recíproca para a Segurança Regional entre os Estados-partes do Mercosul, no que diz

à proteção do meio ambiente – "âmbito dos ilícitos ambientais", sem fazer distinção quanto a natureza do ilícito (civil, administrativo ou penal).

O Capítulo III, relativo aos ilícitos ambientais, contém uma única seção, que estabelece as ações a serem adotadas no âmbito do Mercosul, como a elaboração de um plano de ação específico para proteção do meio ambiente e cooperação em matéria de contingências ambientais, reunião das autoridades competentes nacionais e locais para melhorar a prevenção e, se necessário, repressão às condutas lesivas ao meio ambiente, bem como a recuperação deste.

Em 29.06.2000, o plano foi complementado no que diz respeito à matéria de ilícitos ambientais (Decisão 10/00 do Conselho do Mercado Comum[20]) constante no Acordo 05/00, resultante da Reunião de Ministros do Interior do Mercosul. Em 2002, porém, o Conselho do Mercado Comum referendou, por meio da Decisão 29/02, os Acordos assinados no âmbito da XXII Reunião de Ministros de Interior do Mercosul, da República da Bolívia e da República do Chile, entre eles, o Acordo 19/02, relativo à "Ampliação das Ações Referentes aos Ilícitos Ambientais Constantes do Plano Geral de Cooperação e Coordenação Recíproca para a Segurança Regional do Mercosul".[21]

Dessa forma, o Capítulo III – dos ilícitos ambientais, passa a prever as seguintes ações a serem adotadas pelos Estados-partes do Mercosul, Bolívia e Chile:

"1. Facilitar a elaboração de planos operativos anuais, objetivando proteger o meio ambiente, cooperar e/ou intervir em matéria de ilícitos ambientais, bem como apoiar as ações de resposta a emergências ambientais, em coordenação com outros Grupos de Trabalho do Mercosul, especialmente com o SGT 6 'Meio Ambiente'.

2. Coordenar com as autoridades nacionais e locais competentes a análise da situação das áreas e dos recursos naturais definidos no plano operativo anual em execução, buscando melhorar as atividades de prevenção e de repressão, quando necessário, assim como de recuperação ambiental.

respeito ao Capítulo VII – âmbito do terrorismo, mediante a aprovação da Decisão CMC 09/02; e do Plano Geral de Cooperação e Coordenação Recíproca para a Segurança Regional entre os Estados-partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, com a aprovação da Decisão CMC 10/02, no que diz respeito ao Capítulo VII – âmbito do terrorismo.

(20) Também foi aprovada a Complementação do Plano Geral de Cooperação e Coordenação Recíproca para a Segurança Regional em Matéria de Ilícitos Ambientais entre o Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile – Decisão 11/00, do Conselho do Mercado Comum.

(21) Mercosul/RMI/CT/ATA 04/02, Anexo X. Esse Acordo modificou o Acordo 05/00 e incorporou o anexo ao Plano Geral.

Na mesma oportunidade, também foi referendado o Acordo 20/02 sobre "Ampliação das Ações Referentes aos Ilícitos Ambientais Constantes do Plano Geral de Cooperação e Coordenação Recíproca para a Segurança Regional do Mercosul, da República da Bolívia e da República do Chile".

3. Executar periodicamente as operações simultâneas de controle estabelecidas no plano operativo anual em execução, para detectar fontes de contaminação ambiental, ilícitos em matéria de biodiversidade, bem como o tráfico ilegal de fauna, flora, substâncias e resíduos perigosos, entre outros, exceto os nucleares e radioativos.

4. Envidar esforços para a criação de base de dados sobre ilícitos ambientais que possibilite a consulta e o intercâmbio ágil e oportuno das informações necessárias sobre leis, regulamentos e outros temas de interesse de cunho ambiental de cada um dos Estados-partes e associados, e sua atualização periódica, a fim de caracterizar e viabilizar sua aplicabilidade.

5. Coordenar, em toda a região fronteiriça, os controles que realizem os órgãos competentes na matéria de transporte internacional de substâncias e resíduos perigosos que circulem pelos distintos corredores regionais, a fim de manter uma adequada fiscalização durante seu translado e possibilitar uma resposta imediata em caso de acidentes.

6. Buscar o estabelecimento em toda a região de um sistema de alerta e comunicação permanente entre os órgãos de controle de transporte (especialmente de substâncias e resíduos perigosos) localizados nas zonas de fronteiras, a fim de assegurar o cumprimento das normas de segurança no trânsito e a prevenção de ilícitos e acidentes.

7. Contribuir para a implementação dos acordos de cooperação e assistência em matéria de emergências ambientais vigentes, a fim de atuar de forma coordenada com outros Grupos do Mercosul.

8. Fomentar, por meio dos mecanismos pertinentes, a educação ambiental em suas respectivas instituições, assim como a conscientização e a educação ambiental nas comunidades nas quais se desenvolvam as atividades".

Nota-se a preponderância de medidas preventivas, principalmente de controle, não havendo referência a ações conjuntas para repressão dos ilícitos, o que ficou facultado ao plano anual, ou seja, este poderá prever sobre a cooperação e/ou intervenção em matéria de ilícitos ambientais.

No que diz respeito à criação da bases de dados, o Siam (Sistema de Informação Ambiental do Mercosul) dispõe de um sítio eletrônico <http://www.medioambiente.gov.ar/mercosur/siam/home.htm>, que, atualmente, apenas disponibiliza informações sucintas sobre os órgãos nacionais que coordenam o SGT 6 (Meio Ambiente), as reuniões e respectivas atas desse Sub-Grupo de Trabalho. Informações adicionais podem ser encontradas nos sítios eletrônicos de cada Estado-parte do Mercosul.[22]

[22] Argentina – Ministério de Desarrollo Social: <http://www.medioambiente.gov.ar/mercosur>; Brasil – Ministério do Meio Ambiente: <http://www.mma.gov.br>; Paraguai – Secretaria del Ambiente (Seam): <http://www.seam.gov.py>; Uruguai – Ministério de Vivenda, Ordenamento Territorial y Medio Ambiente: <http://www.mvotma.gub.uy/mvotma1/medio_ambiente/medioambiente.htm>.

Ainda no que se refere à matéria ambiental, o Conselho do Mercado Comum adotou a Decisão 02/01 que contém o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul, levando em consideração "a importância da temática ambiental na agenda de consolidação e aprofundamento do Mercosul; que é fundamental possibilitar o desenvolvimento sustentável mediante a cooperação entre os Estados-partes do Mercosul com vistas à melhoria da qualidade ambiental na região"; bem como "a necessidade de contar com um marco jurídico para regulamentar as ações de proteção do meio ambiente e conservação dos recursos naturais do Mercosul".

Esse Acordo-Quadro, além de reafirmar o compromisso dos Estados-partes com os princípios enunciados na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, dispõe sobre a cooperação em matéria ambiental e define áreas temáticas para pautas de trabalho, sem detalhar, entretanto, a necessidade de intervenção de normas penais para a consecução dos objetivos. Trata-se de mais um instrumento genérico, repetindo questões que de alguma forma já foram tratadas nas decisões anteriormente citadas.

3.1 Cooperação judiciária e policial em matéria penal ambiental

No que diz respeito à área penal, há de se destacar o Acordo sobre Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre o Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile (aprovado pela Decisão CMC 12/01),[23] baseado na "vontade dos países de buscar soluções jurídicas que ajudem a fortalecer os esquemas de integração que os vinculam" e no reconhecimento da ameaça crescente que representam os crimes transnacionais – entre os quais podem ser citados os crimes contra o meio ambiente (poluição transfronteiriça, tráfico de substâncias perigosas, de animais ou da flora etc.).

O Acordo constante na Decisão CMC 12/01 diz respeito à assistência jurídica mútua entre as autoridades competentes dos Estados-partes para a investigação de delitos e para a cooperação nos procedimentos judiciais relacionados a assuntos penais. Merece destaque a ressalva de que a assistência deverá ocorrer, ainda que as condutas não constituam delito no Estado requerido (excetuados direitos de terceiros)[24] – o que constitui uma ferramenta importante a ser utilizada em relação ao combate dos delitos transfronteiriços.

(23) O qual derroga, modifica, emenda e restringe disposições do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, aprovado em São Luís, Argentina (CMC/DEC 2/96), vigente entre os Estados-partes do Mercosul. A vigência da nova Decisão (12/01) está condicionada ao depósito da ratificação pelos Estados-partes do Mercosul, pela República da Bolívia e pela República do Chile (art. 30).

As Convenções sobre a mesma matéria já subscritas entre os Estados-partes não serão restringidas pelo presente Acordo, desde que mais favoráveis à cooperação (art. 29).

(24) A Decisão 2/96 dispõe no mesmo sentido: "4. A assistência será prestada mesmo quando as condutas não constituam delitos no Estado requerido, sem prejuízo do previsto nos arts. 22 e 23".

As formas de assistência previstas consistem em (art. 2.º): a) notificação de atos processuais, como a notificação para comparecimento de uma pessoa perante uma autoridade competente do Estado requerente a ser transmitida pela Autoridade Central do Estado requerido (art. 14); b) recepção e produção de provas, tais como: testemunhos[25] ou declarações, realização de perícias e exame de pessoas, bens e lugares; c) localização ou identificação de pessoas (art. 21); d) notificação de testemunhas ou peritos para o comparecimento voluntário a fim de prestar testemunho no Estado requerente (arts. 18 e 20); e) traslado de pessoas sujeitas a um processo penal para comparecimento como testemunhas no Estado requerente ou com outros propósitos expressamente indicados na solicitação (arts. 19 e 20); f) medidas acautelatórias sobre bens, tais como instrumentos, objetos ou frutos do delito (arts. 22 e 23); g) cumprimento de outras solicitações a respeito de bens; h) entrega de documentos e outros elementos de prova, tais como entrega de cópias de documentos oficiais, registros ou informações acessíveis ao público ou não acessíveis, respeitadas as condições impostas para as autoridades do Estado requerido (arts. 15, 23 e 25);[26] i) apreensão, transferência de bens confiscados e outras medidas de natureza similar (art. 24); j) retenção de bens para efeito do cumprimento de sentenças judiciais que imponham indenizações ou multas (art. 24); e l) qualquer outra forma de assistência acorde com os fins do acordo que não seja incompatível com as leis do Estado requerido, como a consulta entre os Estados-partes (art. 26).

A normativa em questão estabelece ainda que as solicitações transmitidas por uma Autoridade Central (designada por cada Estado) devem basear-se em pedidos de assistência das autoridades judiciais ou do Ministério Público do Estado requerente encarregados do julgamento ou investigação de delitos (art. 4). Também dispõe a respeito dos casos em que a assistência poderá ser negada (art. 5): delito militar próprio; delito político ou delito comum conexo com um delito político ou perseguido com uma finalidade política; delito tributário; quando a pessoa em relação à qual se solicita a medida tenha sido absolvida ou tenha cumprido condenação no Estado requerido pelo mesmo delito; o cumprimento da solicitação seja contrário à segurança, à ordem pública ou outros interesses essenciais do Estado requerido.

Constata-se, pois, que as soluções para uma integração nos aspectos ambiental e penal têm caráter intergovernamental, condizente com o atual estágio do Mercosul. Não há referência à adoção de um direito supranacional, uma vez que seria inviável; mas são estabelecidas medidas de auxílio recíproco, ou seja, cooperação (administrativa – criação de bancos de dados, localização de pessoas etc.;

(25) No caso de testemunho no Estado requerido (art. 17), este pode "autorizar a presença das autoridades indicadas na solicitação durante o cumprimento das diligências de cooperação, e lhes permitirá formular perguntas se isso estiver autorizado pelas leis do Estado requerido e de conformidade com ditas leis. A audiência realizar-se-á segundo os procedimentos estabelecidos pelas leis do Estado requerido" (n. 3).

(26) Sobre a devolução dos documentos e outros elementos de prova verificar o art. 16.

ou judicial – traslado de pessoas para prestar testemunho, medidas cautelares sobre bens) e harmonização (das legislações, por exemplo), esta inclusive, referida no próprio Tratado de Assunção.

Além da assistência mútua, a extradição enquadra-se como outra possível e indicada forma de cooperação no combate aos crimes transnacionais. No âmbito do Mercosul, um Acordo sobre Extradição foi firmado entre os Estados-partes (CMC/DEC 14/98).[27] Entre outras condições, exige-se, para a concessão da extradição, a dupla incriminação e que o máximo da pena não seja inferior a dois anos (art. 2.°) – o que evidencia a necessidade de harmonização das normas penais ambientais.

Este acordo dispõe, ainda, em respeito ao princípio da soberania, que "1. a nacionalidade da pessoa reclamada não poderá ser invocada para denegar a extradição. Salvo disposição constitucional em contrário, os Estados-partes não permitem a extradição de nacionais; 2. os Estados-partes que não contemplem disposição de natureza igual à prevista no parágrafo anterior poderão denegar-lhe a extradição de seus nacionais" (art. 11).[28] Porém, prevê também uma ressalva importante em relação a essas situações, "o Estado-parte que denegar a extradição deverá promover o julgamento do indivíduo, mantendo o outro Estado-parte informado do andamento do processo, devendo ainda remeter, finalizado o juízo, cópia da sentença" (art. 11, 3). Adota-se, portanto, o princípio extraditar ou processar como uma forma de evitar a impunidade do fato criminoso.

Não obstante, os Estados-partes deveriam acordar também a respeito da adoção do princípio da justiça universal em relação ao crime de poluição, ou seja, independentemente de onde tenha ocorrido e de quem tenha cometido o delito, o Estado obriga-se a punir o fato. De qualquer forma, é imprescindível que cada ordenamento jurídico tipifique como crime a poluição.

No Brasil, a Lei 9.605/98 que dispõe sobre os ilícitos penais e administrativos contra o meio ambiente possui um capítulo (VII) específico sobre a cooperação internacional para a preservação do meio ambiente, onde estão previstas algumas formas possíveis de cooperação com outros Estados, tais como produção de prova; exame de objetos e lugares; informações sobre pessoas e coisas; presença temporária da pessoa presa, cujas declarações tenham relevância para a decisão de uma causa; outras formas de assistência permitidas pela legislação em vigor ou pelos tratados de que o Brasil seja parte (art. 77). Verifica-se, destarte, uma sobreposição entre a Lei 9.605/98 e o Acordo sobre Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul (Decisão CMC 12/01).

[27] Foi firmado também um acordo, nos mesmos termos, entre o Mercosul, a República de Bolívia e a República de Chile (CMC/DEC 15/98).

[28] Em relação ao Brasil, a Constituição Federal veda a extradição de nacionais, comportando exceções em relação ao brasileiro naturalizado, e faz ressalva quanto à extradição de estrangeiros (art. 5.°, LI e LII, da CF). Quanto aos demais Estados, não foi encontrado dispositivo constitucional contendo essa exceção.

O art. 77 estabelece ainda que o órgão competente para intermediar as solicitações de cooperação é o Ministério da Justiça (§ 1.º) e especifica o que deve conter a solicitação (§ 2.º), enquanto o art. 78 dispõe que "deve ser mantido sistema de comunicação apto a facilitar o intercâmbio rápido e seguro de informações com órgãos de outros países". E nada mais além disso, com exceção da extradição regulamentada pela Lei 8.615/90, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências.

A Argentina disciplina a cooperação internacional em matéria penal na Lei 24.767, de 1997, no que diz respeito à extradição, ao cumprimento de condenações impostas no estrangeiro e ao cumprimento no estrangeiro de condenações impostas na Argentina.

Uma vez que o Mercosul ainda não se constitui em um mercado comum, nem tampouco em uma verdadeira integração regional, suas normativas têm valor de instrumento jurídico internacional; e considerando a orientação para a harmonização das normas nacionais, interessa, no presente trabalho, traçar um quadro comparativo da legislação penal protetora do meio ambiente em cada Estado-parte, e, principalmente, verificar a existência de norma penal criminalizando a poluição.

3.2 Harmonização das legislações[29]

A harmonização consiste na aproximação entre as legislações dos Estados-partes, visando à redução das principais desigualdades existentes, com a determinação de critérios, princípios, requisitos mínimos comuns a serem seguidos pelos Estados-membros, sem que haja a imposição de que as legislações tornem-se idênticas em todos os aspectos (senão passaria a ser chamada de unificação).[30]

(29) André Klip identifica e define três formas de harmonização: a primeira, harmonização total (melhor denominada de unificação), impõe legislação e estrutura democrática comuns a todos os Estados-membros, ou seja, leis uniformes e controle jurisdicional comum; a segunda, classificada como harmonização dos resultados (ou, ainda, aproximação ou convergência), é aquela que impõe, por exemplo, a obrigação do direito nacional de criminalizar certos comportamentos ou obriga as partes a determinados resultados (por exemplo, padrões mínimos a serem adotados no âmbito nacional); e, por fim, a harmonização é o resultado de certos desenvolvimentos legislativos ou da cooperação entre órgãos de execução do direito ("Harmonization and harmonizing effects in criminal law". *European criminal law*. Reader. Utrecht: Universiteit Utrecht, 2001-2002. Trimester 1, ME 139, p. 259-260)

No presente trabalho, o termo "harmonização" é utilizado com o sentido de aproximação das legislações, seja por meio da indicação de determinados padrões a serem adotados ou da imposição da obrigação de legislar a respeito de determinada matéria.

(30) A Declaração de Taranco, resultante da primeira Reunião de Ministros de Meio Ambiente do Mercosul, dispõe nesse sentindo: "harmonizar não implica estabelecer uma legislação única, senão eliminar eventuais assimetrias e dirimir divergências".

Nesse sentido, indica-se a harmonização dos tipos penais, estabelecendo-se um conteúdo mínimo para criminalização dos fatos ilícitos praticados contra o meio ambiente, como, por exemplo, a poluição (qualquer que seja o elemento atingido – ar, água, solo; ou a fonte – resíduos, substâncias tóxicas, ruídos etc). O que, além de facilitar a aplicação da norma penal, pode representar um passo importante em direção ao respeito ao princípio da proporcionalidade, desde que se estabeleça ao menos um mínimo comum. A aproximação das legislações penais em relação aos bens transfronteiriços faz-se urgente, e, por enquanto, os acordos são os instrumentos mais indicados para tanto.

A harmonização das normas penais ambientais é indicada, em graus diversos, nos três instrumentos mais importantes relativos à proteção penal do meio ambiente na Europa, referindo-se todos eles à tipificação da poluição como crime nas modalidades dolosa e culposa (Convenção sobre a Proteção do Meio Ambiente por meio do Direito Penal – arts. 2.º e 3.º, 1998, Conselho da Europa; Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho Relativa à Proteção do Ambiente por meio do Direito Penal – art. 3.º, apresentada pela Comissão, 2001, da Comunidade Européia; Decisão-Quadro do Conselho Relativa à Proteção do Ambiente por meio do Direito Penal – arts. 2.º e 3.º, aprovada em 27.01.2003 – 2003/80/JAI, da União Européia).

José Afonso da Silva[31] teme que a pretendida harmonização das legislações dos Estados-partes nivele a proteção jurídica "por baixo". De outro lado, defende a harmonização das normas ambientais Aurélio Virgílio Veiga Rios,[32] afirmando que "o processo de harmonização das diversas legislações ambientais que regem os países do bloco é medida salutar para a proteção comum dos ecossistemas e biomas que estão em mais de um país, além de serem necessárias as medidas de prevenção e controle de substâncias perigosas".

Se no âmbito europeu, que abriga as mais variadas línguas, culturas e naturezas de ordenamento jurídico, bem como distintas realidades econômicas, é sugerida a harmonização das legislações penais ambientais, muito menos empecilhos existem para se indicar e realizar a harmonização da legislação no âmbito do Mercosul.

Quanto ao receio de "nivelação por baixo", é possível afastá-lo, assegurando-se, no acordo, a vigência de normas mais favoráveis à proteção do meio ambiente.

A harmonização da legislação dos Estados, inclusive sobre matéria ambiental, é um instrumento importante nos processos de integração regional, uma

(31) SILVA, José Afonso da. "Direito regional econômico, direitos humanos e direito comunitário". *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*, 2002. p. 34.

(32) RIOS, Aurélio. V. V. "O Mercosul, os agrotóxicos e o princípio da precaução". *Revista de Direitos Difusos* 13/1.691, ano II, 2002.

vez que, atualmente, o grau de proteção jurídica do meio ambiente oferecido por um Estado sofre e tem implicações diretas nas relações econômicas e comerciais que este mantém. A disparidade da intervenção penal pode, por exemplo, afetar as condições de competitividade. No que diz respeito ao âmbito jurídico-penal, a harmonização da legislação evita, por exemplo, a impunidade de determinados fatos lesivos ao meio ambiente de um Estado por falta de tipificação penal em outro Estado – onde se localiza a fonte da poluição ou onde se encontra o ofensor.

4. Poluição da água e legislação penal dos Estados-partes do Mercosul

Na ausência de legislação penal ambiental comum aos Estados-partes do Mercosul, faz-se necessário o cotejo da previsão do crime de poluição, principalmente no tocante ao objeto material água, em cada um desses Estados, para posterior proposição de parâmetros para a respectiva harmonização.

4.1 Argentina

A Constituição argentina, após reforma em 1994, seguindo tendência dos Textos Fundamentais contemporâneos, dispõe a respeito do meio ambiente (art. 41). O dispositivo constitucional refere-se, em primeiro lugar, ao direito de todos habitantes "a um ambiente são, equilibrado, apto para o desenvolvimento humano e para que as atividades produtivas satisfaçam as necessidades presentes sem comprometer as das futuras gerações". Além da importante menção à qualidade do meio ambiente, o dispositivo relaciona e pretende compatível a existência desse direito com o desenvolvimento não apenas humano, mas também econômico e tecnológico (atividades produtivas), contendo implicitamente referência ao desenvolvimento sustentado. Interessante notar também a referência à garantia da qualidade do meio ambiente para as futuras gerações.

O Código Penal argentino, datado de 1921, não contém crimes ambientais propriamente ditos, mas tipifica delitos contra a saúde pública que têm como objeto material a água, como o envenenamento ou adulteração de águas potáveis (Capítulo IV, arts. 200 e 203), nas modalidades dolosa e culposa. Verifica-se que a proteção do meio ambiente ocorre apenas indiretamente, e, ainda assim, apenas em relação às águas potáveis, excluindo-se a contaminação de qualquer outro tipo de água.

O Código, portanto, contém os seguintes tipos penais:

"Art. 200. Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión".[33]

"Art. 203. Cuando alguno de los hechos previstos en los tres artículos anteriores (201, 202 e 203), fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos, si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona y prisión de seis meses a cinco años, si resultare enfermedad o muerte".[34]

Não se pode alegar que a falta de previsão legal do crime de poluição devase ao momento em que o Código foi promulgado, pois reformas ocorreram ao longo dos anos, não havendo impedimento para a inclusão dessa figura típica.[35] O que aconteceu é que o legislador argentino optou por tipificar os crimes contra o meio ambiente em algumas leis especiais, como a Lei 14.346/54 de proteção dos animais contra atos de crueldade (*Boletim Oficial* 05.11.1954), a Lei 22.421/81 de conservação da fauna (*Boletim Oficial* 12.03.1981) e a Lei 24.051, de 1992, que dispõe a respeito dos resíduos perigosos – geração, manipulação, transporte e tratamento.[36]

Este último diploma (Lei 24.051) merece destaque e análise, pois contém a tipificação do crime de poluição, ainda que apenas em relação à contaminação causada pelos resíduos perigosos a que se refere a própria lei. Assim estão tipificados os fatos:

"Capítulo IX – Régimen penal

Art. 55.° Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art. 200 del Código Penal el que utilizando los residuos a que se refiere la presente ley envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud el suelo el agua la atmósfera o el ambiente en general.

Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión en prisión.

Art. 56.° Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años.

(33) Texto conforme a Lei 23.077, de 1984.

(34) Texto conforme a Lei 25.189.

(35) Há, inclusive, um Projeto de Reforma do Código Penal enviado pelo Poder Executivo ao Parlamento, em 1991, que possui um capítulo (V) relativo aos crimes contra o meio ambiente e tipifica o crime de poluição do ar, da água e do solo.

(36) Sancionada em 17.12.1991, promulgada em 08.01.1992 e publicada no *Boletim Oficial* de 17.01.1992.

Si resultare enfermedad o muerte de alguna persona la pena será de seis (6) meses a tres (3) años".

O tipo penal descrito no art. 55 refere-se a "envenenar", "adulterar", "contaminar", ações que revelam o resultado que produzem (envenenamento, adulteração, contaminação), contendo, porém, o mesmo sentido – alteração da água (qualquer tipo de água).

Registre-se que a poluição por resíduos será penalmente relevante apenas quando representar perigo para a saúde, a água, o solo, a atmosfera ou o meio ambiente em geral.

Merece questionamento o que se entende por perigo para a água, a atmosfera e o solo, pois a poluição em si constitui-se em uma lesão a qualquer um desses elementos. Na verdade, as conseqüências da contaminação que poderiam servir para delimitar o tipo são as situações de risco geradas em relação ao ser humano (saúde, vida), à flora e à fauna – essas duas últimas não foram relacionadas diretamente na descrição do fato típico, mas estão compreendidas no termo "meio ambiente em geral".

Como a referência ao "perigo para o meio ambiente em geral", apesar de englobar a fauna e a flora, também abrange as situações de perigo citadas no tipo (para a água, o ar e o solo), melhor seria, portanto, tipificar a contaminação que expõe a perigo a saúde humana, a fauna ou a flora.

O fato de a descrição do tipo requerer a configuração de uma lesão do objeto ambiental (envenenamento, adulteração, contaminação), permite que se considere este como um crime de dano. A exigência de uma situação de perigo para a saúde deve ser considerada como circunstância limitadora da tipicidade do fato (do resultado típico normativo).

Quanto ao tipo subjetivo, a lei prevê o tipo tanto na modalidade dolosa (art. 55.º), quanto culposa (art. 56.º).

Causa estranhamento, porém, a parte final do art. 56 que, ao tratar do crime culposo, inclui a hipótese de crime doloso ao adicionar à descrição do fato típico do art. 55 a exigência de inobservância de regulamentos e ordenanças. O que mereceria uma reprovação maior, e não tratamento de crime privilegiado.[37]

No que se refere ao sujeito ativo do delito de poluição, a lei de resíduos perigosos não prevê a responsabilização da pessoa jurídica, apenas indica quem deve ser responsabilizado no caso do crime ser cometido "por decisão" de uma pessoa jurídica.

[37] Nesse sentido, ver Paz M. de la Cuesta Aguado, "La protección penal del medio ambiente en Argentina: un objetivo aplazado", *Ciencias Penales Contemporáneas* 1/142, fasc. 1, 2001.

Lei 24.051, art. 57.º: "Cuando algunos de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir".

"Art. 57.º Las personas físicas que conformen la persona jurídica en cuestión, repondrán solidaria y personalmente por los hechos que les imputaren."[38]

4.2 Brasil

A Constituição brasileira, de 1988, no art. 225, refere-se ao meio ambiente como "bem de uso comum do povo", elevando-o à categoria de direito fundamental, oferecendo uma abordagem direta, abrangente e preventiva, indicando também ao legislador, além de outras coisas, a necessidade de proteção penal do referido bem (§ 3.º).

O Código Penal brasileiro não dispõe sobre a proteção do meio ambiente, apenas refere-se à água potável enquanto objeto material dos crimes de envenenamento e corrupção (ou poluição) – arts. 270 e 271.

Em 1998, foi promulgada a Lei 9.605/98 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e tipifica, em sua Seção III, art. 54, a poluição,[39] como segue:

"Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1.º Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2.º Se o crime:

I – tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II – causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

(38) Dec. 831/93 sobre resíduos perigosos – *geração, manipulação, transporte e tratamento, que regulamenta a Lei 24.051. Boletim Oficial* 03.05.1993.

(39) O referido dispositivo revogou o art. 15 da Lei 6.938/81, que tipificava o crime de poluição.

III – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV – dificultar ou impedir o uso público das praias;

V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena – reclusão, de um a cinco anos.

§ 3.º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível".

Nota-se que o legislador não fez qualquer restrição ao tipo de água (subterrânea ou superficial; lacustres ou marítimas; doces, salobras ou salinas).

Considerando o disposto no *caput* do art. 54, qualquer forma de poluição (da água, do ar, do solo, sonora, por resíduos etc.) será indicadora da realização do crime; somando-se a isso o fato de o meio ambiente ser o bem jurídico imediatamente tutelado, parece mais adequado classificar o delito descrito como um crime de dano.

Para delimitar o tipo penal, há exigência da produção de perigo ou lesão para a saúde humana ou dano para a fauna ou para a flora. Ressalta-se, também, a utilização na composição do tipo de elementos normativos como "em níveis tais que resultem ou possam resultar", "mortandade de animais" e "destruição significativa da flora", expressando um *quantum* de lesão. Assim, é possível afirmar que tais recursos justificam-se na medida em que garantem respeito ao princípio da ofensividade e da insignificância.[40]

Há previsão ainda do crime de poluição qualificado (art. 54, § 2.º, I a V), como causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abasteci-

(40) Em outras palavras, o tipo penal foi redigido de tal forma que apenas as lesões mais graves justificam a incidência do direito penal; são afastadas da esfera penal as lesões insignificantes (a contrário senso, o princípio da insignificância está previsto legalmente), ou seja, "a utilização de elementos normativos ocorre para possibilitar a redução do âmbito de incidência da norma penal. Qualquer das expressões (...) poderia não ser empregada (reduzindo-se a enunciação do tipo a 'causar poluição'), o que implicaria, posteriormente, na necessidade de se recorrer ao princípio da insignificância para afastar os resultados penalmente irrelevantes" (PRADO, Alessandra R. M. "Reflexões a respeito do crime de poluição. Sobre a tipicidade e a responsabilidade da pessoa jurídica". *Anais do 3.º Congresso Brasileiro do Ministério Público de Meio Ambiente, 2.º Encontro Regional do Instituto "O Direito por um Planeta Verde": Direito Ambiental.* Gramado, abr. 2003. p. 28).

mento público de água de uma comunidade (inc. III), dificultar ou impedir o uso público de praias (inc. IV) ou ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos (inc. V).

Considerando o que dispõe o inc. V, se esses lançamentos ocorrerem conforme as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos, haverá crime? Manifestam-se pela configuração do crime simples previsto no *caput* do art. 54, da legislação penal ambiental, Paulo Afonso Leme Machado,[41] Ney de Barros Bello Filho[42] e Ana Paula da Cruz,[43] que argumenta:

"A intenção do legislador é bastante clara: punir com maior rigor aquele que causar poluição pelo lançamento de substâncias poluentes em níveis maiores do que o permitido pelas normas correlatas. Assim, a análise que se faz, a *contrario sensu*, é que poderá haver punição daquele que causa poluição, ainda que o lançamento das substâncias ocasionadoras da poluição não atinja os limites normativos".

O § 3.º do art. 54 descreve um crime omissivo próprio, de perigo concreto, uma vez que a lesão que compõe o fato é o risco de dano ambiental grave ou irreversível, seguindo orientação do princípio da precaução previsto no art. 15 da Declaração Rio 92.

O art. 58 prevê ainda como causas de aumento da pena a ocorrência de dano irreversível para a flora ou ao meio ambiente em geral (1/6 a 1/3 da pena), lesão corporal grave (1/3 a 1/2 da pena) ou morte de outrem (até o dobro da pena), caso não constituam crime mais grave.

Quanto ao sujeito ativo, o art. 3.º da Lei 9.605/98 prevê a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, dispondo que esta se verifica "nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade"; não excluindo a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.[44]

(41) MACHADO, Paulo A. L. *Direito ambiental brasileiro.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

(42) BELLO FILHO, Ney de Barros *et al. Crimes e infrações administrativas ambientais.* 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 284.

(43) CRUZ, Ana Paula F. N. "A tutela penal das queimadas: o problema da cana-de-açúcar no nordeste paulista". *Justitia – Matérias aprovadas para publicação futura.* Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br>. Acesso em: 05.11.2002. p. 4.

(44) Detalhes sobre o assunto, ver: PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. "Proteção penal do meio ambiente". *Fundamentos.* São Paulo: Atlas, 2000; e Reflexões..., cit.

4.3 Paraguai

A Constituição da República do Paraguai, de 1992, dispõe a respeito da proteção ao meio ambiente no Título II, Capítulo I, epígrafe "*De la vida y del medio ambiente*", Seção II, reconhecendo o direito ao meio ambiente saudável, estabelecendo diretrizes a serem seguidas pelo legislador e pelo governo na definição de políticas públicas, tais como preservação, conservação e recomposição do meio ambiente (art. 7.º). A relevância da proteção do meio ambiente mediante a utilização do direito penal é destacada, havendo ordem expressa ao legislador para tipificar o delito ecológico (art. 8.º).

Seguindo mandamento constitucional, o novo Código Penal do Paraguai (Lei 1.160/98) passou a conter a tipificação de crimes contra o meio ambiente nos arts. 197 a 202. Tais dispositivos estão localizados no Título III sobre os fatos puníveis contra a segurança da vida e da integridade física das pessoas, Capítulo I referente aos fatos puníveis contra as bases naturais da vida humana.

O crime de poluição está descrito em três artigos distintos (arts. 197 a 199 do CP), conforme o objeto material atingido – água, atmosfera (incluindo a poluição sonora) e solo.

Há também previsão de outros tipos (arts. 200 e 201 do CP) que contêm fatos perigosos para o meio ambiente, uma vez que podem causar poluição, sem exigir, conduto, que a contaminação ocorra.

Quanto ao crime de poluição da água, o Código Penal dispõe:

"Art. 197. Ensuciamiento y alteración de las aguas

1.º El que indebidamente ensuciara o, alterando sus cualidades, perjudicara las aguas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. Se entenderá como indebida la alteración cuando se produjera mediante el derrame de petróleo o sus derivados, en violación de las disposiciones legales o de las decisiones administrativas de la autoridad competente, destinadas a la protección de las aguas.

2.º Cuando el hecho se realizara vinculado con una actividad industrial, comercial o de la administración pública, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

3.º En estos casos será castigada también la tentativa.

4.º El que realizara el hecho mediante una conducta culposa, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

5.º El que conociera de un ensuciamiento o de una alteración de las aguas, que hubiera debido evitar, y omitiera tomar las medidas idóneas para desviar o reparar dicho resultado y dar noticia a las autoridades, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

6.° Se entenderán como aguas, conforme al inciso 1.°, las subterráneas y las superficiales junto con sus riberas y cauces".

O crime de poluição, portanto, consiste em "sujar" ou "alterar" a qualidade das águas (subterrâneas ou superficiais), prejudicando-as, por meio do derrame de petróleo ou seus derivados, ou em violação das disposições legais ou das decisões administrativas da autoridade competente, destinadas à proteção das águas. Verifica-se que o legislador paraguaio optou pela utilização de norma penal em branco propriamente dita, a qual faz remissão a outras disposições normativas (leis ou atos administrativos) para delimitação do tipo penal.

Não importa para a configuração do crime que além do dano causado ao meio ambiente (contaminação) ocorra perigo para a saúde ou para qualquer um dos elementos do meio ambiente (por exemplo, fauna, flora). Trata-se, portando, de um delito de dano, que visa à proteção direta do meio ambiente.

Curioso notar, porém, que o crime causado por uma omissão penalmente relevante recebe tratamento privilegiado, ao qual é cominada uma pena privativa de liberdade de até dois anos, enquanto para o delito cometido na forma comissiva, a pena é de até cinco anos. Causa estranheza o desvalor do fato considerado para o estabelecimento da pena abstrata estar pautado na ação e não no resultado, conferindo tratamento desigual a lesões idênticas.

No que se refere ao sujeito ativo, não há qualquer dispositivo específico sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica ou dos seus representantes, mas está previsto o aumento da pena se o fato decorrer de uma atividade industrial, comercial ou da Administração Pública.

4.4 Uruguai

A Constituição da República Oriental do Uruguai, de 1997, reconhece, na Seção II – Direitos, deveres e garantias, Capítulo II, art. 47, que a proteção do meio ambiente é de interesse geral, além de proibir que as pessoas causem depredação, destruição ou contaminação graves ao meio ambiente, o que deve ser regulado por lei, a qual poderá prever sanções para os transgressores.

A proteção penal do meio ambiente no direito uruguaio, porém, ocorre apenas por via indireta, ou seja, o crime que tem como elemento material a água está tipificado no Código Penal, Título VII, que trata dos delitos contra a saúde pública (Capítulo I), e refere-se ao envenenamento ou adulteração de águas destinadas ao consumo público – previsto nas modalidades dolosa e culposa, como segue:

"Artículo 218. (Envenenamiento o adulteración de aguas o productos destinados a la alimentación pública)

El que envenenare o adulterare, en forma peligrosa para la salud, las aguas o substancias destinadas a la alimentación pública, con o sin lesión efectiva de tales bienes será castigado con doce meses de prisión a dieciséis años de penitenciaría.

Artículo 225. (Envenenamiento o adulteración culpables de las aguas destinadas a la alimentación)

El envenenamiento o adulteración culpables de las aguas o substancias destinadas a la alimentación, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría".

4.5 Análise comparativa

Atualmente, em relação aos Estados-partes do Mercosul, apenas a legislação infraconstitucional uruguaia ainda não tipifica o crime de poluição – apenas prevê o crime de envenenamento de água destinada ao consumo público. Nos demais Estados, constata-se a opção por modelos diversos de previsão do crime de poluição (ver tabela, Anexo 1).

No que diz respeito aos objetos materiais e à causa da poluição, o legislador argentino optou por tipificar a poluição a qualquer dos elementos do meio ambiente (inclusive, a água), causada, porém, apenas por determinados resíduos; a legislação brasileira é bastante ampla, referindo-se a qualquer tipo de poluição, sem fazer qualquer restrição em relação ao objeto e à causa; e a legislação paraguaia diferencia os tipos de poluição conforme o objeto material atingido (água, ar, solo – nesse último caso, pune-se a presunção de poluição), descrevendo-os em artigos distintos (arts. 197 a 199), referindo-se, no tocante à água, à poluição que decorre do derramamento de petróleo ou seus derivados, ou do descumprimento de normas jurídicas.

Quanto à lesão causada, a legislação argentina refere-se à poluição que cause perigo (para qualquer dos elementos do meio ambiente); a legislação brasileira é mais restrita, pois exige que, além da poluição, ocorra perigo ou dano para a saúde das pessoas ou dano à fauna ou à flora; a legislação paraguaia utiliza-se de técnica diversa, não se refere a qualquer perigo ou dano além da própria poluição, mas faz remissão a normas administrativas – não limita o resultado, mas a ação, ou seja, apesar de não prever perigo ou dano além da alteração dos objetos materiais em si, exige o descumprimento de normas jurídicas (leis em sentido amplo ou atos administrativos), limitando o tipo.

Verifica-se que os tipos penais principais argentino e brasileiro contêm um *plus* em relação ao resultado para limitar o tipo penal, enquanto que o paraguaio faz remissão a normas legais e atos administrativos. A legislação uruguaia refere-se apenas à contaminação da água destinada ao consumo público que colocar em risco a saúde das pessoas.

Destarte, dois são os modelos de descrição do crime de poluição, ou tipo é composto por elementos normativos, ou contém condição de descumprimento de normas extrapenais. A opção pela referência à inobservância de norma ambiental revela uma forte relação de dependência entre o direito penal e o direito administrativo ambiental, sendo a menos indicada, pois se corre o risco de punir o indivíduo ainda que não tenha sido causado dano ou perigo ao bem jurídico; assim como, resultando a poluição em um dano grave, mas havendo licença para a atividade, não haverá crime.

Defende-se, portanto, a necessidade de utilização de normas penais em branco para descrição do tipo penal do crime de poluição, prevendo termos não determinados, mas determináveis, para limitar a intervenção penal, respeitando-se o princípio da lesividade (ofensividade).

Em todos os casos os tipos penais são punidos tanto na modalidade dolosa, quanto na modalidade culposa.

No que se refere à pena, pode-se falar em uma proporção das penas privativas adotas pelo Brasil e pelo Paraguai, embora prevejam a cominação da multa de maneira diversa, cumulada e alternativa, respectivamente, o que torna o sistema paraguaio um pouco mais benévolo. Comparando-os com a Argentina, a desproporção aumenta, pois a pena mínima argentina é de 3 anos, quase a metade do tempo máximo dos dois outros Estados. Apesar de não conter a tipificação do crime de poluição propriamente dito, a legislação uruguaia prevê um máximo de pena privativa de liberdade bastante elevado para o crime de envenenamento de água potável – dezesseis anos (o mínimo é de um ano).

Há que se refletir também que, se o máximo da pena prevista pelos Estados-partes do Mercosul para o crime de poluição, na modalidade dolosa, possibilita a extradição nos termos do Acordo supra-referido, a ausência de tipificação do crime de poluição, por exemplo, pelo Uruguai, impede a concessão da extradição relativa a esse fato quando esse Estado for o requerente ou o requerido, o que acarreta desigualdade de tratamento, impunidade do fato e, conseqüentemente, diminuição da proteção do meio ambiente. No tocante à modalidade culposa, o máximo da pena estabelecida pela legislação brasileira impede a concessão da extradição nos termos do acordo firmado no âmbito do Mercosul.

Quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, o único ordenamento jurídico que dispõe a respeito é o brasileiro (art. 3.º da Lei 9.605/98). Considerando a repercussão dessa medida tanto na esfera econômica, quanto na esfera jurídica, urge discutir e propor sua harmonização entre os Estados-partes do Mercosul. Alternativas têm sido apresentadas por alguns Estados europeus, como Portugal e Alemanha, cujas legislações referem-se a uma responsabilidade quase-penal, ou penal-administrativa, da pessoa jurídica, criando um sistema próprio que possibilita uma punição mais rigorosa que a administrativa, mas sem precisar modificar a estrutura do direito penal tradicional.

No âmbito europeu, Convenção, Decisão-Quadro e Directiva européias determinam a interferência do direito penal em relação à proteção do meio ambiente, fundamentadas na ameaça que determinados fatos representam para esse bem, exigindo-se, portanto, uma resposta mais severa, além da adoção de medidas eficazes para assegurar a persecução e punição dos autores.

Em janeiro de 2003, foi aprovada pela União Européia a Decisão-Quadro relativa à proteção do ambiente por meio do direito penal, representando um passo importante para a harmonização das legislações nacionais. Ressalte-se que sua observância por todos os Estados-membros é obrigatória, uma vez que, decorrente de uma decisão dos órgãos supranacionais, não necessita de aprovação dos órgãos nacionais. Contudo, não produz efeito direto, pois seus dispositivos apenas traçam parâmetros a serem seguidos (resultados a serem alcançados – previsão do crime de poluição, de sanções penais, responsabilidade da pessoa jurídica) pelos Estados-membros, conferindo discricionariedade para escolha da forma e dos métodos da implementação da harmonização (por exemplo, em relação à redação do tipo penal, à sanção penal a ser cominada e à responsabilização penal ou administrativa da pessoa jurídica). Convém citar, também, que os Estados-membros não estão autorizados a opor exceções a qualquer das matérias tratadas na referida Decisão-Quadro.

5. Conclusões

Por tudo que foi dito, conclui-se que:

– No âmbito jurídico-penal, principalmente, nem toda degradação das águas deverá ser considerada poluição, mas apenas aquela que representar uma ofensividade maior, justificando-se, portanto, a utilização de elementos normativos na descrição do tipo penal.

– A harmonização das legislações e a cooperação judicial e policial em matéria penal ambiental no âmbito do Mercosul são importantes instrumentos de combate à poluição transfronteiriça das águas (bem como de outros elementos do meio ambiente), e, portanto, devem ser objeto de implementação por parte dos respectivos Estados.

– Faz-se necessário harmonizar a legislação penal, mais especificamente, a previsão do crime de poluição e responsabilidade da pessoa jurídica em todos os ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-partes do Mercosul.

– Deve ser observada a obrigação de o Estado requerido processar o poluidor que se encontre em seu território e não seja passível de extradição.

– É imprescindível que os Estados-partes do Mercosul reconheçam a obrigação de processar penalmente o poluidor transnacional, independentemente da nacionalidade deste ou do fato não ter ocorrido em território sob a jurisdição do Estado, conforme o princípio da justiça universal.

CRIME DE POLUIÇÃO E ESTADOS-PARTES DO MERCOSUL
Quadro comparativo

	Argentina	**Brasil**	**Paraguai**				
Legislação	Lei 24.051	Lei 9.605/98	Código Penal				
Crime	Poluição	Poluição	Poluição da água	Poluição da atmosfera e sonora	Poluição do solo	Processamento ilícito de dejetos	Ingresso de substância ou resíduos perigosos
Tipo penal Principal (doloso)	Art. 55.°, *caput*	Art. 54, *caput*	Art. 197, 1.°	Art. 198, 1.°	Art. 199, 1.°	Art. 200, 1.°	Art. 201, 1.°
Elementos normativos/ Norma penal em branco	"resíduos a que se refere a presente lei" "de um modo perigoso"	"em níveis tais" "significativa" "mortandade"	"indevidamente" Definição contida no art. 197, *caput*	"indevidamente" Definição contida no art. 198, 2.°	"violando disposições legais ou administrativas"	"dejetos" Definição contida no art. 200, 2.°	
Pena	Reclusão ou prisão de 3 a 10 anos	Reclusão, de 1 a 4 anos, e multa	Privativa de liberdade até 5 anos ou multa	Privativa de liberdade até 5 anos ou multa	Privativa de liberdade até 5 anos ou multa	Privativa de liberdade até 5 anos ou multa	Privativa de liberdade até 5 anos ou multa
Causa de aumento		Art. 58	Art. 197, 2.°	Art. 198, 3.°			Art. 201, 3.°
Tipo penal Qualificado / privilegiado	Art. 55.°, *caput*, 2.ª parte	Art. 54, § 2.°	Art. 197, 5.°				
Pena	Reclusão de 10 a 25 anos	Reclusão, de 1 a 5 anos					
Crime culposo	Art. 56.°	Art. 54, § 1.°	Art. 197, 4.°	Art. 198, 4.°	Art. 199, 2.°	Art. 200, 4.°	
Pena	Prisão de 1 mês a 2 anos	Detenção, de 6 meses a 1 ano, e multa	Pena privativa de liberdade de até 2 anos ou multa	Pena privativa de liberdade de até 2 anos ou multa	Pena privativa de liberdade de até 2 anos ou multa	Pena privativa de liberdade de até 2 anos ou multa	

Bibliografia

BECK, Ulrich. *Risk society*. Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992.

BELLO FILHO, Ney de Barros *et al. Crimes e infrações administrativas ambientais*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CONZENDEY, Carlos Márcio B. *Sistema de incorporação das normas do Mercosul à Ordem Jurídica Interna*. 2002. Disponível em: <www.mercosul.gov.br/forum/default.asp>. Acesso em: 23.10.2002.

CRUZ, Ana Paula F. N. "A tutela penal das queimadas: o problema da cana-de-açúcar no nordeste paulista". *Justitia* – Matérias aprovadas para publicação futura. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br>. Acesso em: 05.11.2002.

CUESTA AGUADO, Paz M. de la. "La protección penal del medio ambiente en Argentina: un objetivo aplazado". *Ciencias penales contemporáneas. Revista de derecho penal, procesal penal y criminología*. Mendonza, vol. 1, p. 101-143, fasc. 1, 2001.

FELLENBERG, Günter. *Introdução aos problemas da poluição ambiental*. Trad. Juergen Heinrich Maar. Revisão téc. Cláudio Gilberto Froehlich. São Paulo: EPU, Edusp, 1980.

KLIP, André. "Harmonization and harmonizing effects in criminal law". *European Criminal Law*. Reader. Utrecht: Universiteit Utrecht, 2001-2002. Trimester 1, ME 139, p. 249-260.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente*. Fundamentos. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. "Reflexões a respeito do crime de poluição. Sobre a tipicidade e a responsabilidade penal da pessoa jurídica". *Anais do 3.º Congresso Brasileiro do Ministério Público de Meio Ambiente, 2.º Encontro Regional do Instituto "O Direito por um Planeta Verde": Direito Ambiental*. Gramado, abr. 2003.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. "O Mercosul, os agrotóxicos e o princípio da precaução". *Revista de Direitos Difusos*. Gestão de resíduos sólidos – I. São Paulo, ano II, vol. 13, p. 1.677-1.691, 2002.

SILVA, José Afonso da. "Direito regional econômico, direitos humanos e direito comunitário". *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 17-38.

SOARES, Guido F. S. *Direito internacional do meio ambiente*. Emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

3.2

PARTICIPAÇÃO (PUNÍVEL?) DE AGENTES FINANCEIROS NO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Ausência de elemento subjetivo entre o lavador e o agente financeiro – 3. Limitação da responsabilidade por meio da adequação social – 4. Limitação de responsabilidade criminal por meio da proibição de regresso – 5. Negócios *standard* (do agente financeiro) e limitação da responsabilidade – 6. Inserção na lei de lavagem de um tipo culposo para penalizar o agente financeiro? – 7. Conclusão.

Resumo: O trabalho tem por objeto estudar a intervenção delitiva e a possível responsabilidade criminal no delito de lavagem de dinheiro de funcionários ligados ao sistema financeiro. O tema é abordado desde uma linha clássica no sistema penal existente que se utiliza dos postulados clássicos do concurso de agentes até as doutrinas mais modernas que limitam a responsabilidade criminal desde uma perspectiva de responsabilidade por âmbito de competência. Questiona, também, a reflexão de um possível tipo penal culposo no marco de um direito penal expansionista até chegar a conclusão final de que as atividades praticadas por agentes financeiros não se enquadram na esfera da tipicidade da lei brasileira.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro – Concurso de pessoas – Participação criminal – Direito penal.

1. Introdução

A doutrina não enfrentou ainda um problema que seguramente preocupará os operadores do direito no que tange à lei de lavagem de dinheiro e a participação criminal. A questão diz respeito à intervenção de terceiros, *v.g.*, empregados de bancos ou do sistema financeiro, que, sabendo da origem ilícita do dinheiro o transferem para outro local ou o inserem no mercado financeiro. Porém, atitude esta desprovida de qualquer elemento subjetivo de lavagem ou ocultação propriamente dita, ou seja, o empregado realiza dita conduta (transferência de fundos, por exemplo) porque este é o seu trabalho. Não lhe é atribuído o dever de averiguar a procedência lícita ou ilícita dos fundos e assim, ao menos na Lei 9.613/98, não lhe seria atribuída qualquer responsabilidade criminal (aqui não se fala da responsabilidade administrativa que representa tal conduta).

É certo que a legislação de prevenção ao delito de lavagem de dinheiro trouxe inserto um tipo prevendo a participação criminal (art. 1.º, § 2.º, II, da Lei 9.613/98).

Mas é suficiente para penalizar os agentes financeiros (empregados de bancos) que transferem fundos de proveniência ilícita? O inciso da lei prevê a punibilidade daquele que participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática dos crimes previstos na Lei de Lavagem. Numa primeira interpretação já ficariam excluídas as condutas dos agentes financeiros se ficasse demonstrado que estes não participam do grupo, da associação ou do escritório destinado à lavagem, porém, sabem de onde provêm as quantias inseridas no mercado financeiro. É que a interpretação literal do tipo não permite que se vá mais além do que isso, é dizer, somente estariam abrangidas as condutas daqueles que se emoldurassem numa das modalidades previstas, isto é, participação específica e dolosa (a lei exige o conhecimento) no grupo, na associação ou no escritório. Fora desses casos, ainda que exista a ciência de onde provêm os valores, não se poderia abarcar a conduta do agente financeiro como conduta típica descrita na lei.

Mas há outros argumentos que devem ser estudados a respeito do tema. Ademais da literalidade do tipo penal em comento, ou seja, a exigência de participação ciente num determinado contexto (grupo, associação ou escritório), pode-se argumentar que a participação criminal exige o elemento subjetivo específico, aliás, requisito do concurso de pessoas.[1] Assim, só se fala em participação dolosa, o que significa que a participação é a intervenção dolosa num fato principal doloso típico e antijurídico (acessoriedade limitada). Portanto, aqui já fica excluída qualquer hipótese de participação culposa do agente financeiro (descuido ou negligência na hora de identificação dos fundos transferidos). O que poderia ocorrer nessa hipótese seria a denominada autoria mediata, onde o agente financeiro seria mero instrumento do autor doloso ("homem de trás"), que o induz em erro e o leva a transferir fundos ilícitos. De acordo com isso, está descartada a participação culposa no delito de lavagem de dinheiro, ainda que algumas legislações tenham previsto esta hipótese (Código Penal espanhol).

Dito tudo isto, qual o fundamento da não punibilidade criminal do agente financeiro que, mesmo sabendo, mas não querendo aderir à empreitada criminosa, transfere fundos de origem ilícita?

Este é o ponto central deste pequeno estudo, onde se buscam alguns fundamentos jurídicos para demonstrar que o conhecimento não significa participação delitiva e, assim, impede a punibilidade do agente que transfere fundos com conhecimento da procedência delitiva, mas, sem adesão subjetiva ao delito de lavagem.

2. Ausência de elemento subjetivo entre o lavador e o agente financeiro

A posição clássica para que se sustente a não punibilidade do agente financeiro é a falta de elemento subjetivo existente entre este e o lavador, ou seja, que

[1] Sobre o tema, ver: CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva, lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 105.

o agente não quer participar do delito que está sendo praticado, ainda que desconfie da origem delitiva dos fundos ilícitos. Aqui se verifica a já pacificada questão de que não há participação quando o agente conhece o delito e até mesmo o presencia, mas não adere a ele. Neste caso, inexistindo o vínculo subjetivo, não há que se falar em participação criminal. Exceção à regra é a hipótese em que o agente é garantidor do bem jurídico, ou seja, a imputação jurídica lhe é atribuída de outra forma; não pela sua atuação propriamente dita, mas, pela sua omissão quando estava obrigado a agir. Exemplo: o policial que assiste inerte um assalto e nada faz. Não é partícipe, ao menos em nossa posição, mas autor porque é garantidor do bem jurídico e, assim, deveria agir para evitar o resultado.

A questão aqui é saber se o funcionário do banco ou agente financeiro é garantidor do bem jurídico tutelado pela lei de lavagem. Se a resposta for afirmativa, evidentemente que ele será autor do delito de lavagem de dinheiro, pois, entre as suas funções, lhe incumbia evitar transferências de fundos que possuíssem origem delitiva. A lei não abarca esta hipótese, salvo a responsabilidade administrativa. Ademais, para nós, a responsabilidade se dá por meio de âmbitos de competência e, neste caso, não compete ao agente financeiro a averiguação prévia, ao menos na esfera criminal, da origem lícita dos bens.

Assim, parece-nos que os funcionários não têm dita função (garantidores) e, portanto, não se lhes pode atribuir o delito de lavagem de dinheiro caso realizem a transferência de fundos mesmo de origem suspeita. Essa interpretação decorre do enunciado no art. 1.º e § 1.º, da Lei de Lavagem. É que as condutas ali descritas requerem a ocultação ou dissimulação dos bens, direitos ou valores provenientes dos crimes antecedentes referidos na Lei 9.613/98. No entanto, os funcionários não agem com este fim, ou seja, de dissimulação ou ocultação de valores para, posteriormente, dar-lhes aparência de licitude. Aqui, necessário que entre em jogo o conceito de lavagem e o dolo do agente.[2] Já sustentamos que só existe a possibilidade do delito de lavagem se o autor dissimula a natureza, origem, localização, disposição dos bens, quando saiba que estes provêm dos crimes antecedentes previstos na Lei. O dolo deve estar dirigido a esta conduta, ou seja, o autor atua porque conhece a origem criminosa dos bens e porque quer lhes dar aparência de licitude.[3] Portanto, num primeiro momento esta hipótese não se aplica ao agente financeiro, pois, a toda evidência, não parece que seja esta a sua intenção. Dito de outro modo, sua operação financeira não é movida com este fim, ou seja, de dar aparência de licitude a valores obtidos de forma ilícita. Assim, seu âmbito de competência é realizar o seu trabalho e é isso o que faz, nem mais, nem menos. Não lhe compete o resto.

(2) CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 71 *et seq.*

(3) CALLEGARI, André Luís. Op. cit., p. 165; No mesmo sentido: TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de dinheiro.* São Paulo: Malheiros, 1999. p. 86.

3. Limitação da responsabilidade por meio da adequação social

Por meio da adequação social da conduta também é possível que se limite a participação criminal. É que na função dos tipos de apresentar o "modelo" da conduta proibida se põe de manifesto que as formas de conduta selecionadas por eles tem, por um lado, um caráter social, é dizer, estão referidos à vida social, mas, por outro lado, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos se faz patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do direito penal: assinalam as formas de conduta que se afastam gravemente das ordens históricas da vida social.[4]

Para Welzel isso repercute na compreensão e interpretação dos tipos, que por influência da doutrina da ação causal eram demasiado restringidas, enquanto se via a essência do tipo em lesões causais dos bens jurídicos.[5]

Ademais, são socialmente adequados os negócios que se mantêm dentro dos limites de uma gestão ordenada, mesmo que logo resultem desvantajosos; não ficam compreendidas, assim, algumas condutas que poderiam inserir-se em determinados tipos penais.[6]

As condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, senão condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social. Este marco não é sempre fácil de determinar nem de expressá-lo.[7]

A adequação social constitui em certo modo a direção dos tipos penais: é o estado "normal" de liberdade social de ação, que lhes serve de base e é suposto (tacitamente) por eles. Por isso, ficam também excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas, ainda em todos aqueles casos que puderam ser subsumidos neles, por exemplo, de acordo a critérios causais.[8]

De acordo com a adequação social, a conduta daquele que se mantém dentro do socialmente permitido, por exemplo, cumpre sua respectiva função dentro de um marco de organização, não preenche nenhum tipo penal. Esta idéia poderia ser transportada para a intervenção do agente financeiro que se mantém dentro de sua perspectiva de trabalho, ou seja, limita-se a exercer sua função e, assim, não cometeria nenhum tipo de delito inserto na Lei de Lavagem de Dinheiro.

O problema aqui é que o conceito de adequação social é demasiado indeterminado e teríamos que verificar sempre o que é socialmente adequado, apesar da concreta possibilidade da conseqüência danosa.[9]

(4) WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993. p. 66.

(5) Idem, ibidem, p. 66.

(6) Nesse sentido, idem, p. 67.

(7) Idem, p. 67.

(8) Idem, p. 68.

(9) JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 842.

De acordo com Jakobs, é possível que se constate com bastante rapidez que a solução não se encontra na adequação social dos comportamentos. É impossível determinar quais são as "modalidades de comportamento" que rompem gravemente o marco das ordens historicamente geradas da vida social sem fixar a medida na qual se deve levar em conta o respectivo contexto ao interpretar o comportamento.[10] Se o comportamento se contempla de forma isolada, na maioria dos casos deverá ser considerado socialmente adequado, pela simples razão de que no âmbito dos delitos de resultado, o comportamento, quando privado de sua referência ao resultado, carece de toda vinculação a algo delitivo, isto é, não resulta possível constatar que esteja proibido, e também é completamente insípido em relação com o critério das "ordens historicamente geradas".[11] Se, ao contrário, amplia-se o contexto que se leva em conta ao menos para as circunstâncias cuja presença cabe deduzir a produção do resultado (e só então tem interesse jurídico-penal o conceito de adequação social), nos casos que não estão estereotipados (e portanto não podem ser resolvidos por meio do risco permitido) falta toda concreção minimamente clara de dita ordem, de modo que o contexto de adequação social não aporta nada na averiguação dos princípios da imputação, mas tampouco impede chegar a uma determinada conclusão.[12]

4. Limitação de responsabilidade criminal por meio da proibição de regresso

Por meio da teoria da imputação objetiva, desenvolvida, entre outros, por Jakobs, buscamos algumas soluções para os problemas de participação criminal, isto é, para a limitação da intervenção delitiva. Os conteúdos normativos da teoria da imputação objetiva desenvolvidos por Jakobs se encontram vinculados à idéia de que o sistema da teoria do delito deve tomar como ponto de referência a esfera da administração autônoma que corresponde ao cidadão, à pessoa.[13] Nesse sentido, a teoria da imputação objetiva é para *Jakobs* um primeiro grande mecanismo de determinação de âmbitos de responsabilidade dentro da teoria do delito: "(...) é necessário fixar de modo objetivo o que significa um comportamento, se significa uma infração da norma ou algo inócuo.[14] Portanto, há que se desenvolver um padrão conforme ao qual possa mostrar-se o significado vinculante de qualquer comportamento. E se se quer que esse padrão estabeleça ordem, este não pode assumir o caos da massa de peculiaridades subjetivas, e sim que se oriente sobre

(10) JAKOBS, Günther. *Fundamentos del derecho penal.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. p. 129.

(11) Idem, ibidem, p. 129.

(12) Idem, p. 130.

(13) PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZALES, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal.* Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 82.

(14) Ver a respeito: REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva.* Bogotá: Temis, 1996. p. 50 *et seq.*

a base de modelos, funções e de estruturas objetivas. Dito de outro modo, os autores e os demais intervenientes não se tomam como indivíduos com intenções e preferências altamente diversas, mas como aquilo que devem ser do ponto de vista do direito: como pessoas. É entre estas que se determina a quem compete um curso lesivo: a um autor, a um terceiro, ou a vítima".[15]

Dentro da doutrina da imputação objetiva de *Jakobs*, uma das instituições mais originais é a proibição de regresso, onde se começa a discutir a necessidade de limitar o âmbito do comportamento punível, tanto para os comportamentos culposos como dolosos, com base em critérios objetivo-normativos, necessidade resumida numa frase já bem conhecida de Jakobs: "nem tudo é assunto de todos".[16]

Para Jakobs, a proibição de regresso refere-se àqueles casos em que um comportamento que favorece a prática de um delito por parte de outro sujeito não pertence, em seu significado objetivo, a esse delito, quer dizer, que pode ser "distanciado" dele. Opera quando o sujeito que realiza a atividade que facilita o comportamento delitivo não tem de aceitar como algo comum o delito cometido. Dessa ótica, a proibição de regresso configura o âmbito de intervenção não-delitiva no acontecimento e determina o campo da "não-participação (punível)".[17]

É que existe um âmbito de atuação conjunta dolosa ou culposa com o comportamento de outras pessoas, que realiza objetivamente o tipo, sem responsabilidade por esta "intervenção" em sentido amplo. Este âmbito se caracteriza pelo fato de que o "interveniente" realiza uma aportação que em si é inócua e quotidiana e que só mediante a colocação em prática de planos de outras pessoas se converte num curso causal danoso.[18] Assim, trata-se de distinguir entre intervenções *próprias* e criação de uma situação na qual *outros* realizam um tipo.[19]

Diante da teoria de Jakobs e, dentro da qual trabalharemos, necessário que fique esclarecido que a responsabilidade penal sempre tem como fundamento a violação de um papel (rol), ou seja, a imputação objetiva do comportamento é regida pelo papel que se lhe atribui a cada cidadão. Assim, não são decisivas as *capacidades de quem atua*, mas as *capacidades do portador de um papel*, referindo-se a denominação *papel* a um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas.[20] As expectativas dirigidas ao portador de um papel

(15) PEÑARANDA RAMOS; SUÁREZ GÓNZALES; CANCIO MELIÁ. Op. cit., p. 83.

(16) Idem, ibidem, p. 89.

(17) Idem, p. 91.

(18) JAKOBS, Günther. *Derecho penal...*, cit., p. 842. Para reforçar a questão, Jakobs faz a seguinte indagação: "Alguém paga, como estava obrigado, sua dívida a um credor, sabendo que o credor, com este dinheiro, vai em busca da comissão de um delito. Existe cumplicidade do devedor?".

(19) Idem, ibidem, p. 842.

(20) JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal.* Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000. p. 20.

configuram o esquema de interpretação cujo concurso é imprescindível para que as ações individuais possam adquirir um significado socialmente vinculante.[21]

Nesse sentido, a teoria da imputação objetiva do comportamento aporta o material com cuja ajuda se pode interpretar o resultado posto em marcha por uma pessoa como um acontecer socialmente relevante ou irrelevante, como um acontecer socialmente estranho ou adaptado, como que, socialmente, se considerou mérito ou, especialmente, como que se destaca de modo negativo o resultado.[22]

Porém, como se trata de analisarmos a participação delitiva, não abordaremos todos os pilares de sustentação da teoria da imputação objetiva construída por Jakobs. Na realidade, o que nos interessa é a sua construção sobre a delimitação da participação criminal, mais conhecida como *proibição de regresso*. A participação consiste, em termos simplificados, na intervenção dolosa num fato alheio doloso típico e antijurídico, ou, também, numa divisão de tarefas[23] para que se logre êxito na empreitada criminosa. Ocorre uma divisão de trabalho: o trabalho para obter *uma obra única* divide-se entre as várias pessoas que contribuíram cada qual com a sua parte.[24] Mas o que delimita essa "participação" delitiva? A simples contribuição causal torna o sujeito partícipe, ainda que tenha conhecimento? As respostas negativas seguem com os argumentos da teoria agora estudada.

O ponto fundamental da responsabilidade delitiva está centrado no sentido do comportamento e, aqui, entra a questão se o empregado do sistema financeiro deve responder pela lavagem ou não, ainda que suspeite da procedência ilícita dos fundos que serão manipulados por ele. Nesse aspecto, funda-se a questão sobre quando uma organização se encontra estabelecida de tal modo que sua configuração tenha sentido para alcançar conseqüências delitivas.[25] Portanto, quando se participa de um contexto de ação? E a resposta aqui não é sempre que a organização dá causa à execução de um delito ou, ao menos, causa-o dolosamente ou culposamente. Desse modo, a concorrência de um comportamento evitável não basta para atribuir a uma organização um sentido delitivo, assim como no âmbito da omissão, a capacidade de evitar o resultado não é suficiente para definir como garante a quem tem essa capacidade. Ocorre que a evitabilidade, por si só, é puramente cognitiva, alguém pode evitar algo se assim o deseja; a evitabilidade carece *per se* de sentido social: mas por que haveria que evitar? Tratando-se da colaboração causal de várias pessoas, a resposta só pode ser está: existe a obrigação de evitar quando faz parte do papel de quem atua em primeiro lugar velar pelo comportamento de quem atua em continuação.[26] Jakobs divide a punibi-

(21) JAKOBS, Günther. *A imputação...*, cit., p. 20.

(22) Idem, ibidem, p. 22.

(23) CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva...*, cit., p. 91 *et seq.*

(24) JAKOBS, Günther. *A imputação...*, cit., p. 57.

(25) Idem, ibidem, p. 61.

(26) Idem.

lidade da participação em quatro hipóteses distintas, porém, mencionaremos somente a que interessa ao nosso estudo, é dizer, intervenção delitiva do agente financeiro do delito de lavagem.

Os casos aqui mencionados por *Jakobs* são aqueles em que entre o autor e a outra pessoa existe algo em comum, mas o que há de comum se limita a uma prestação que se pode obter em qualquer parte, e que não implica risco pessoal algum, não obstante o autor faça uso precisamente dessa prestação para cometer um delito. Nesses casos, é certo que a outra pessoa já não pode alegar que simplesmente nada tenha em comum com o autor – pois referida pessoa consentiu em transferir a prestação ao autor –, não obstante isso, o que de comum há no caso carece de todo e qualquer significado delitivo; daí o sujeito ter violado seu papel é irrelevante.[27]

Aqui se encontra o âmbito relevante de nosso estudo e da aplicação da proibição de regresso, isto é, da proibição de recorrer, no marco da imputação, a pessoas que física e psiquicamente podiam ter evitado o curso lesivo – bastando ter a vontade de fazê-lo –, apesar da não-evitação, não violarem seu papel de cidadãos que se comportam legalmente. Segundo Jakobs, numa sociedade organizada em regime de divisão de tarefas, com um intercâmbio de informação e de bens extremamente complexos, deve diferenciar-se de maneira rigorosa o que é o sentido objetivo de um *contato social* e o que os intervenientes pretendem com esse *contato* sob o ponto de vista subjetivo. Como caráter geral, unicamente se deve ter em conta o sentido objetivo; este é o sentido socialmente válido do *contato*. Ao não se objetivar, ao menos não nesse contexto, o sentido que subjetivamente se persegue em nada implica a outra pessoa.[28]

Neste grupo estão englobados os negócios usuais da vida quotidiana, unilaterais ou bilaterais, independentemente de que se transfiram prestações consistentes na entrega de bens, na realização de serviços e, especialmente, de informações. Assim, por exemplo, se um empregado de um banco e, seguindo as instruções recebidas para a transferência de dinheiro e, apesar de suspeitar da procedência ilícita dos valores acaba por transferi-los, não comete um delito de lavagem se não faz parte de seu papel controlar a origem ilícita do dinheiro que recebe; num caso como este, seu comportamento – independentemente do que saiba além da sua incumbência – só tem por significado o de realizar uma tarefa limitada dentro da empresa.[29] Não faz parte do papel do empregado dito controle, pois não há violação do papel quando o autor une sua atuação de modo arbitrário à de outro ou quando a comunhão existente entre autor e o outro só abarca uma transferência de prestações social e invariavelmente consideradas como adequadas.[30]

(27) JAKOBS, Günther. *A imputação...*, cit., p. 62.

(28) Idem, ibidem, p. 62-63.

(29) Em sentido similar: JAKOBS, Günther. *A imputação...*, cit., p. 60.

(30) Idem, ibidem, p. 71-72.

Por isso, se a conduta tem um sentido social próprio, não estaremos ante uma conduta desvalorada pelo direito penal.[31]

Assim, nos casos de participação a impunidade é mais evidente quando quem favorece o delito cumpre com as suas obrigações ou com as normas que regulam uma determinada atividade.[32] Isso pode ajudar no caso concreto, ou seja, na verificação da conduta do agente financeiro, mais precisamente, na verificação da conduta típica, pois, se as normas não regulam o âmbito social onde se desenvolve a atividade favorecedora, a conduta é impune. Portanto, um comportamento que de modo estereotipado é inócuo não constitui participação numa organização não permitida, inclusive naqueles casos em que quem realiza dita conduta conhece as intenções do sujeito com o qual interaciona.[33]

5. Negócios *standard* (do agente financeiro) e limitação da responsabilidade

Ainda que não se tenha uma solução concreta para todos os casos, é certo que nem sempre a realização de determinados negócios, ou, de determinadas condutas que, em princípio preencham o tipo objetivo de lavagem de dinheiro, podem ser vistas como condutas delitivas.

É que existem casos em que a solução não parece tão evidente quando a aportação de um sujeito à atividade de lavagem consiste na mera prestação dos serviços próprios de sua profissão, é dizer, na realização daquelas atividades que, em princípio, são oferecidas a qualquer cliente que as solicite (negócios ou condutas *standard*). As dúvidas sobre se estas atividades são objetivamente idôneas para integrar o tipo de lavagem se estendem, inclusive, para aqueles casos nos quais o autor conhece ou suspeita que os bens com os quais será retribuído provêm da comissão de um delito.[34]

Ragués I Vallés propõe uma linha de pensamento para que se possa decidir em quais casos uma conduta está subsumível formalmente ao tipo de lavagem e, de forma mais concreta, para resolver se a realização de negócios *standard* com o conhecimento da origem delitiva da contraprestação econômica pode integrar este tipo delitivo. Portanto, o critério delimitador é o seguinte: só está justificado que uma conduta se castigue como constitutiva de lavagem se, para um potencial infrator, a possibilidade de contar com ela *ex post* pode valorar-se como um incentivo para realizar o delito prévio que diminua de forma relevante a capacidade dissuasória da pena prevista para dito delito.[35]

(31) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Limites de la participación criminal*. Granada, Espanha: Comares, 1999, p. 59.

(32) Idem, ibidem, p. 79.

(33) JAKOBS, Günther. *A imputação...*, cit., p. 67.

(34) RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. "Blanqueo de capitales y negócios standard". *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais* 7/163-164, Porto Alegre, ano 3, set.-dez. 2002.

(35) Idem, ibidem, p. 186.

De acordo com isso, no momento de realizar o anterior juízo deve partir-se da figura do denominado "homem médio", sem levar-se em conta as peculiaridades pessoais que alguns potenciais infratores possam manifestar. A tal efeito, não importam as concretas preferências do autor do delito prévio – dito delito já foi cometido e não tem remédio –, senão que interessam as preferências da maioria dos potenciais delinqüentes já que destinatários da mensagem que se dirige com o castigo dos atos de lavagem. Isso obriga a introduzir na análise critérios de racionalidade econômica média, que, em princípio, considerar-se-ão apropriados para se referir a um infrator que atua movido pelo ânimo de lucro. Trata-se de determinar quais condutas podem considerar-se tão atrativas em termos lucrativos para dito "homem médio" que a possibilidade de contar com elas diminua de forma relevante o efeito desincentivador da pena dos delitos graves.[36]

É que no delito de lavagem se parte sempre de uma situação em que a comissão do delito prévio redundou num incremento da capacidade econômica do autor, ainda que os ganhos obtidos corram o perigo de jogar-se fora se se descobre qual é a procedência dos bens. Neste contexto, resulta sumamente útil ao autor do delito prévio *aquelas condutas que contribuem para uma consolidação da capacidade econômica conseguida*. Este efeito de consolidação se alcança com as ações que tendem a manutenção dos ganhos alcançados desvinculando-os de sua origem delitiva (*atos de ocultação*). Neste grupo de condutas pode incluir-se aquelas que, ainda que comportando uma perda parcial da capacidade econômica inicialmente conseguida, logram preservá-la substancialmente, pois, dado que a possibilidade de vincular certos bens a um delito comporta uma sensível diminuição de seu valor, os atos de desvinculação exitosos, ainda que gerem determinados custos, supõe, em geral, um aumento de sua valoração.[37]

Assim, de acordo com as razões expostas por Ragués I Vallés, as condutas idôneas para gerar este efeito de "consolidação por meio da ocultação da origem" realizam o tipo de lavagem de dinheiro. Logo, para o potencial autor de delitos graves seria um importante incentivo *ex ante* ao saber que, uma vez consumada sua infração, poderia recorrer livremente à colaboração de terceiras pessoas que, sem restrição alguma lhe ajudaram a manter ou, inclusive, a incrementar as riquezas obtidas com a comissão do delito prévio, eliminando ou reduzindo o perigo de perda que pesa sobre elas. Castigando como lavagem de dinheiro estas condutas de asseguramento se consegue reduzir o número de pessoas dispostas a realizá-las e, deste modo, diminuem as expectativas do autor do fato principal de acabar desfrutando pacificamente dos benefícios que seu delito lhe possa proporcionar. Transladando esta idéia às condutas de aquisição pode sustentar-se a necessidade de castigar *aquelas aquisições que, comportando um efeito de ocultação da origem dos bens, revertam numa consolidação das vantagens econômicas conseguidas pelo autor do delito prévio*.[38]

(36) RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. Op. cit., p. 186.

(37) Idem, ibidem, p. 186.

(38) Idem, p. 186-187.

De acordo com as idéias expostas e no que diz respeito às condutas *standard*, os anteriores critérios levam a limitar a idoneidade para realizar o tipo de lavagem àquelas prestações de serviços que geram objetivamente um efeito de ocultação e, portanto, consolidação dos ganhos do delito. Em câmbio, a tipicidade deverá ser negada quando o ato de consumo, ainda supondo uma transformação dos objetos que provem da infração prévia, não gere dito efeito de ocultação. Neste último caso, a possibilidade de contar *ex ante* com estas condutas de transformação não afeta de forma relevante a efeitos de ameaça penal, pois em nada ajudam a que o autor afiance a capacidade econômica conseguida com o delito prévio. O mesmo tratamento merecem aqueles casos em que os atos de ocultação contribuem de maneira quantitativamente insignificante para a consolidação da riqueza alcançada.[39]

Assim, o problema da relevância penal do que se denomina *ações ou comportamentos neutros* tem sua sede de discussão sistemática precisamente na configuração do desvalor da ação dos partícipes e a determinação dos critérios de imputação objetiva do comportamento do cúmplice.

O tipo de cumplicidade encontra-se submetido a controvérsia na delimitação de seu limite mínimo a respeito de condutas aparentemente neutras que se caracterizam, num primeiro momento, por desenvolver-se em âmbitos de trabalho como ações *standard*. Sua "habitualidade" (atuações da "vida diária", "quotidiana") e repetição algorítmica numa sociedade pós-industrial e pós-moderna, muitas vezes integrando serviços ou negócios de intercâmbio, obriga a apresentar critérios de delimitação idôneos para discriminar o comportamento criminal do neutro.[40]

Do contrário, os riscos que se expõe a intervenção penal apontam a uma possível paralisação da vida social, caracterizada por uma crescente inter-relação e interdependência das pessoas, ante a ameaça de que terceiros se vejam implicados em responsabilidades penais de fatos alheios por sua participação no tráfico. Dito de forma mais simples: a questão do limite mínimo do tipo de cumplicidade é, desde o outro lado, a fronteira de liberdade do cidadão que deve poder orientar-se normativamente sobre se sua contribuição ultrapassa a barreira do permitido por contribuir para um delito alheio ou se, pelo contrário, sua atuação – neutra – acaba sem motivo onde começa a pura e inteira responsabilidade alheia.[41]

O fato de que quem se dispõe a realizar uma prestação ou intercâmbio comercial se coloca a possibilidade – conhecimento eventual – de que sua contribuição pode servir a fins delitivos é um pressuposto que de assumir-se como argumento suficiente para ativar o tipo de cumplicidade levaria, simples e ingenuamente, à paralisação da vida social e a um recorte insustentável da liberdade de atuação do cidadão de um Estado que se pretenda Democrático, Social e de Direito.[42]

(39) RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. Op. cit., p. 187.

(40) LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La complicidad delictiva em la actividad laboral "cotidiana"*. Granada, Espanha: Comares, 2002. p. 219-220.

(41) Idem, ibidem, p. 220.

(42) Idem, p. 239.

Várias concepções se apresentam para que se resolva o problema da intervenção de terceiros que realizam seu trabalho quotidiano (agentes financeiros) como punível ou não. O legislador brasileiro não foi tão longe a ponto de estabelecer a punibilidade da comissão culposa do delito de lavagem de dinheiro, mais destinado ao empregados de bancos ou instituições financeiras, como o fez o legislador espanhol. Em tese, resolver-se-ia alguns problemas.

6. Inserção na lei de lavagem de um tipo culposo para penalizar o agente financeiro?

Uma das possibilidades de penalizar o agente financeiro, seria a tipificação culposa do delito de lavagem, pois, conforme a doutrina dominante na Espanha, os destinatários naturais do tipo culposo de lavagem são os diretores e empregados de entidades financeiras.[43]

A crítica que se faz a tipificação culposa do delito de lavagem, endereçada aos empregados de instituições financeiras, é que tal fato pode distorcer a atividade econômica, em particular a atuação dos intermediários financeiros nos mercados de crédito, pois as transações de lavagem não se diferenciam externamente das legais já que o dinheiro não mostra a forma pela qual foi adquirido, *pecunia non olet*. Portanto, nas operações bancárias é difícil descobrir uma operação de lavagem, porque se camufla entre a imensidão de movimentos de capital legal que se realiza diariamente, o que permite uma aparência legal a ditas operações. Ademais, há uma série de técnicas de lavagem de dinheiro que se modificam continuamente, o que permite que não seja detectável este delito.[44]

Como já foi dito, o dinheiro não manifesta exteriormente a sua origem. Assim, é muito difícil para o empregado de uma entidade financeira que trata diariamente com numerosos clientes determinar se um ingresso constitui um negócio normal ou uma tentativa de lavagem. Recordemos que o dinheiro entregue pode ter atrás de si vários processos de ocultação, o que permite que sua origem não seja detectável. Noutros casos, o empregado da instituição não tem contato com o dinheiro já que se ocupa só de operações abstratas de caráter contábil, o que impossibilita qualquer desconfiança sobre a origem dos bens.[45]

(43) CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 336; GOMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*. Barcelona: Cedecs, 1996. p. 59-60; ZARAGOZA AGUADO, Javier. "El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos, su investigación". *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 1, p. 127, 1994.

(44) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 278.

(45) BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Granada: Comares, 1999. p. 189.

De acordo com isso, com a tipificação culposa do delito de lavagem de dinheiro, existiria a obrigação do empregado da instituição financeira de analisar aquelas operações que pudessem estar vinculadas à lavagem e, portanto, deveria denunciar suas suspeitas aos órgãos de persecução. Ocorre que não se tem um catálogo preciso ou específico de todas as operações que devem ser consideras como indiciárias de lavagem. Além disso, com a crescente tecnologia, muitos contatos ou transações são de caráter anônimo, o que impossibilita o empregado de conhecer ou suspeitar de ditas operações.[46]

Nesse sentido é que se critica a tipificação culposa do delito de lavagem, pois o empregado da entidade financeira suportaria um risco muito grande de realização de um comportamento punível. É que o tipo levaria à penalização não só das condutas em que o empregado fecha os olhos diante das transações delitivas, mas também nos casos em que a aceitação de dinheiro delitivo lhe fosse imputado como um comportamento descuidado. O problema principal da comissão culposa reside na necessidade de estabelecer normativamente obrigações de cuidado, já que para a comissão deste tipo de delitos se exige um comportamento contrário ao dever objetivo de cuidado.[47]

Portanto, não acreditamos que a inserção de um tipo culposo na atual lei de lavagem de dinheiro resolva o problema de responsabilidade dos agentes financeiros, pois, de acordo com as idéias expostas, seria muito difícil a realização e a concretização do dever de cuidado, exigível para a adequação dos delitos culposos. Como o dinheiro não manifesta exteriormente a sua procedência, os empregados ficariam limitados a valorar fatos estranhos que se derivassem do conjunto global das circunstâncias das operações realizadas, o que tornaria inviável o seu trabalho.

7. Conclusão

Depois deste breve estudo, conclui-se que só nos casos de dolo do agente financeiro, ou seja, conhecimento da procedência ilícita dos bens advindos de determinados delitos e vontade de participar no crime de lavagem é que haverá a possibilidade de punição.

O primeiro motivo desta conclusão é que o delito de lavagem exige que se conheça a procedência ilícita dos valores que serão lavados e o momento do conhecimento deve ocorrer, a nosso juízo, quando da consumação do delito previsto na lei, ou seja, no momento em que o sujeito atua para realizar uma das atividades típicas descritas nos verbos do tipo, porque ele tem que saber que os bens procedem de um dos delitos expressamente enumerados na Lei e, ainda, que saiba antes da realização do delito prévio.[48]

(46) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. Op. cit., p. 279.

(47) BLANCO CORDEIRO, Isidoro. Op. cit., p. 200.

(48) CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico...*, cit., p. 166.

O outro motivo é que além do conhecimento absoluto da procedência dos bens, conhecendo com exatidão que estes tiveram sua origem num dos delitos expressamente previstos na lei, sua finalidade deve estar dirigida para este fim, é dizer, de lavagem. Se o sujeito na comissão do delito não tem certeza absoluta, senão que só se representa como provável que os bens têm uma origem delitiva, não se pode condenar pela comissão do delito de lavagem. É que os tipos penais exigem que o autor atue com uma das finalidades específicas, previstas legalmente, é dizer, seja a de ocultar ou dissimular a origem criminosa dos bens.[49]

Portanto, nos casos dos agentes financeiros, ou seja, pessoas que trabalham em entidades deste tipo, não haverá conduta típica se o sujeito, quando da realização do seu trabalho, não agir com a finalidade de ocultar ou dissimular a origem dos bens. Além disso, como já foi dito, deverá também conhecer a origem delitiva da qual procede o bem. Sem estes pressupostos, não há que se falar em conduta punível.

[49] Nesse sentido, André Luís Callegari, *Direito penal econômico...*, cit., p. 166.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.3

O BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS EM PORTUGAL

JOÃO JOSÉ DAVIN NEVES DOS SANTOS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Enquadramento normativo – 3. Deveres que incumbem às entidades financeiras e não financeiras: 3.1 Identificação do cliente; 3.2 Dever de comunicação/sinalização: 3.2.1 Entidades financeiras; 3.2.2 Entidades não financeiras – 4. A questão do concurso: 4.1 Na doutrina; 4.2 Na jurisprudência – 5. Comunicações – Breve informação estatística – 6. Apreciação global – Propostas – Bibliografia.

Resumo: A punição do branqueamento de capitais na ordem jurídica portuguesa surge com o advento do Dec.-lei 15, de 22.01.1993, por força da ratificação da Convenção de Viena de 1988. Nesse primeiro momento, a lei portuguesa restringiu a incriminação do branqueamento de capitais limitando-a aos bens e/ou produtos provenientes do tráfico de estupefacientes. Posteriormente, ocorreram diversas alterações legislativas que se traduziram numa ampliação da incriminação do branqueamento de capitais a bens e/ou produtos provenientes da prática dos crimes expressamente elencados na lei bem como aqueles que sejam punidos com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 5 anos. Porém, não obstante a "armadura legal" implementada pelo legislador português, os resultados obtidos ainda são escassos.

Palavras-chave: Branqueamento – Capitais – Tráfico –Estupefacientes – Convenção – Branqueamento de capitais – Tráfico de estupefacientes – Convenção de Viena – União Europeia – Criminalidade organizada.

> *"La utilización del sistema bancario e financiero para reciclar los beneficios que se obtienen de distintas actividades delictivas ha sido práctica extendida e impune durante muchos años, prácticamente en todo el mundo. Partiendo de cierta complicidad del sistema financiero, se ha utilizado dicho sistema para la transformación de capitales de origen ilícito, provenientes de la comisión de delitos gravas, en dinero libre de sospecha. Sin duda, todo ello no hubiera sido posible si las entidades bancarias e intermediarios financieros hubieran puesto un poco de diligencia y colaboración, detectando las transacciones de origen poco claro."*
> – JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ. "Corrupción, crimen organizado y 'blanqueo' de capitales en el mercado financiero". *Comunicação em Grotius*. Lisboa, abr. 2002. vol. II, p. 2.

1. Introdução

Na matéria em apreço, a legislação portuguesa reflecte a evolução que se verificou no âmbito internacional muito por força da recepção no direito interno

das Convenções celebradas sobre a égide das Nações Unidas, do Conselho da Europa e as directivas da União Europeia.

Nesse particular, saliência para a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas de 20.12.1988 (também conhecida por "Convenção de Viena").[1]

Essa Convenção foi ratificada por numerosos países.[2]

Outro diploma fundamental sobre esta matéria é a Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime, aberta para assinatura em 08.11.1990 e que entrou em vigor em setembro de 1993 após três ratificações.

Essa Convenção foi aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República 70/97, de 09.10.1997, publicada no *DR* I.ª série-A de 13.12.1997.[3-4]

(1) Assinada por Portugal, em Nova York, em 13.12.1989, e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República 29, de 20.06.1991, publicada no *DR* I.ª série-A, de 06.09.1991.

(2) Ratificaram a Convenção: Áustria (11.07.1997), Bélgica (25.10.1995), Dinamarca (19.12.1991), Finlândia (15.02.1994), França (31.12.1990), Alemanha (30.11.1993), Grécia (28.01.1992), Irlanda (03.09.1996), Itália (31.12.1990), Luxemburgo (29.04.1992), Holanda (08.09.1993), Portugal (03.12.1991), Espanha (13.08.1990), Suécia (22.07.1991), Reino Unido (28.06.1991), Argentina (13.09.1993), Brasil (17.07.1991), Colômbia (10.06.1994), Chile (13.03.1990), Equador (23.03.1990) e Venezuela (16.07.1991), *International Narcotics Control Strategy Report 1999*, Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs, US Department of State – Washington, march 2000, p. 27-34. Disponível em: <http://www.state.gov/www/global/narcotics_law/1999_narc-report/policy99.html> (acesso/consulta em 26.06.2002).

O Reino Unido estendeu a aplicação da Convenção a Anguilla, Bermudas, Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Caimão, Monserrat e Ilhas de Turks and Caicos. Esta extensão produziu efeitos a partir de 08.02.1995. O Reino Unido também estendeu a aplicação da Convenção à Bailiwick of Jersey. Esta extensão produziu efeitos a partir de 07.07.1997.

(3) A Convenção foi ratificada pelos seguintes países europeus, tendo entrado em vigor nas seguintes datas: Áustria (07.07.1997 – 1.º.11.1997), Bélgica (28.01.1998 – 1.º.05.1998), Dinamarca (19.11.1996 – 1.º.03.1997), Finlândia (08.10.1996 – 1.º.02.1997), França (08.10.1996 – 1.º.02.1997), Alemanha (16.09.1998 – 1.º.01.1999), Grécia (22.06.1999 – 1.º.10.1999), Irlanda (28.11.1996 – 1.º.03.1997), Itália (20.01.1994 – 1.º.05.1994), Luxemburgo (12.09.2001 – 1.º.01.2002), Holanda (10.05.1993 – 1.º.09.1993), Portugal (19.10.1998 – 1.º.02.1999), Espanha (06.08.1998 – 1.º.12.1998), Suécia (15.07.1996 – 1.º.11.1996) e Reino Unido (28.09.1992 – 1.º.09.1993), cf. com interesse lista completa das Convenções no âmbito do Conselho da Europa, in <http://conventions.coe.int/Treaty/EN> (contendo texto completo das Convenções, data de assinatura, da ratificação e da entrada em vigor, bem como de reservas).

(4) Portugal formulou, nos termos previstos na Convenção, as seguintes declarações:

a) Para efeitos do art. 6.º da Convenção, o âmbito da punição da infracção de branqueamento é restrita aos casos de prática dos crimes de tráfico de droga e outras actividades

Esta Convenção incidiu, primordialmente, no desenvolvimento da cooperação internacional, tendo-lhe consagrado o Capítulo III (arts. 7.º a 35.º) abrangendo aspectos de ordem prática relevantes (correspondência directa, art. 24.º) o recurso à telecópia (art. 25.º, n. 1), dispensa de qualquer formalidade de legalização (art. 26.º), conteúdo do pedido (art. 27.º) e informação de retorno (art. 31.º).

Finalmente, importa salientar pela sua importância a Directiva 91/308/CEE, de 10.06.1991,[5-6-7] transposta para a ordem jurídica interna pelo Dec.-lei 313, de 15.09.1993, que estabeleceu determinadas medidas de prevenção do branqueamento de capitais.

Em 04.12.2001, o Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram a Directiva 2001/97/CE[8] que altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais.[9]

ilícitas relacionadas, terrorismo, tráfico de armas, extorsão de fundos, rapto, lenocínio, corrupção, peculato e participação económica em negócio, administração danosa em unidade económica do sector público, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada com recurso à tecnologia informática e infracções económico-financeiras de dimensão internacional, quando cometidas sob qualquer forma de comparticipação, tal como definidos na legislação;

b) A aplicação do disposto no art. 21.º da Convenção é subordinada à existência de convenções bilaterais ou multilaterais de auxílio judiciário mútuo entre Portugal e a Parte requerente;

c) Para efeitos do disposto no art. 25.º da Convenção, Portugal declara que a autoridade central é a Procuradoria-Geral da República, Rua da Escola Politécnica 140 – 1200 Lisboa;

d) Para efeitos do disposto no art. 25.º da Convenção, Portugal declara que os pedidos e peças anexas que lhe sejam dirigidos devem ser acompanhados da respectiva tradução para português ou francês;

e) Para efeitos do disposto no art. 32.º da Convenção, Portugal declara que as informações ou elementos de prova prestados pelo Estado português não podem, sem o seu consentimento, ser utilizados ou transmitidos pelas autoridades da Parte requerente para fins de investigação ou procedimentos diferentes dos especificados no pedido.

(5) Publ. *JOCE* L 166, de 28.06.1991, p. 77-82, também disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/lif/dat/1991/pt-391LO308.html>.

(6) A implementação da directiva teve por objectivo não só a criminalização do branqueamento de capitais (reconhecendo que o combate ao branqueamento de capitais constitui um dos meios mais eficazes para lutar contra essa forma de actividade criminosa, que representa uma especial ameaça para as sociedades dos Estados-membros – Considerando 3.º), como a harmonização do sistema financeiro da União, a adopção de regras de procedimento gerais tendo em vista credibilizar o próprio sistema e, em última análise, potenciar a realização do mercado único (Considerandos 1.º, 2.º e 4.º).

(7) Com interesse sobre esta matéria consultar: SAVONA, Ernesto Ugo. *La direttiva antiriciclaggio dell Unione Europea.* Transcrime, Working Papers, n. 4, marzo 1996.

(8) Publ. *JO* L, de 28.12.2001, p. 76.

(9) Ainda não transposta para o direito interno.

2. Enquadramento normativo

A recepção na ordem jurídica interna destes diplomas processou-se em diversos momentos históricos.

As descrições das condutas típicas de branqueamento relacionadas com o tráfico de estupefacientes foram plasmadas no art. 23.º do Dec.-lei 15, de 22.01.1993,[10] também conhecida por "Lei da Droga", por força da ratificação por Portugal da Convenção de Viena.

Nesse primeiro momento, a incriminação do branqueamento de capitais foi limitada aos bens e/ou produtos provenientes do tráfico de estupefacientes.

Numa segunda fase,[11] abrangeu bens e/ou produtos provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, de crimes de:

- terrorismo;
- tráfico de armas;
- extorsão de fundos;
- rapto;
- lenocínio;

(10) Pelo interesse, transcreve-se na íntegra o disposto no art. 23.º do Dec.-lei 15, de 22.01.1993, conforme Declaração de rectificação 20, de 20.02.1993 (onde para além da correcção das inexactidões é republicado integralmente o diploma em apreço).

"1. Quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, da infracção prevista nos arts. 21.º, 22.º, 24.º e 25.º:

a) Converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência desses bens ou produtos, no todo ou em parte, directa ou indirectamente, com o fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita ou de auxiliar uma pessoa implicada na prática de qualquer dessas infracções a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos, é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos;

b) Ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedades desses bens ou produtos ou direitos a eles relativos, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos;

c) Os adquirir ou receber a qualquer título, utilizar, deter ou conservar é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2. A punição pelos crimes previstos no número anterior não excederá a aplicável às correspondentes infracções dos arts. 21.º, 22.º, 24.º e 25.º.

3. A punição pelos crimes previstos no n. 1 tem lugar ainda que os factos referidos nos arts. 21.º, 22.º, 24.º e 25.º hajam sido praticados fora do território nacional".

(11) Por meio do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, no seu preâmbulo reconheceu-se que a generalidade dos países da União Europeia tem alargado a incriminação do branqueamento para além dos delitos da droga. Este diploma legal seguiu, de perto, o Real Dec. 925, *BOE* 160, de 06.07.1995 (a cujo texto tivemos acesso em: CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998. p. 478 *et seq.*).

– corrupção;[12]

– corrupção, peculato e participação económica em negócio;

– administração danosa em unidade económica do sector público;

– fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito;

– infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática;

– infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional.[13]

Numa terceira fase, estendeu-se a bens ou produtos provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, de crimes de:

– lenocínio e tráfico de menores;

– tráfico de pessoas.[14]

Finalmente, numa quarta fase,[15] a incriminação do branqueamento abrangeu bens e/ou produtos provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, de crimes de:

– tráfico de produtos nucleares;

– tráfico de órgãos ou tecidos humanos;

– pornografia envolvendo menores;

– tráfico de espécies protegidas;

– fraude fiscal;

– e demais crimes punidos por lei com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 5 anos.[16]

(12) Ver art. 1.°, n. 1, da Lei 36, de 29.09.1994.

(13) Art. 1.°, n. 1, da Lei 36, de 29.09.1994 (cinco últimos itens).

(14) Alteração do art. 2.° do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, pelo art. 5.° da Lei 65, de 02.09.1998 (que alterou o Código Penal).

(15) Redacção dada ao art. 2.° do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, pela Lei 10, de 11.02.2002.

(16) Pelo interesse e actualidade, transcreve-se, na íntegra, o disposto no art. 2.° do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei 65, de 02.09.1998, e pela Lei 10, de 11.02.2002.

Art. 2.° do Dec.-lei 325, de 02.12.1995 (redacção dada pela Lei 10, de 11.02.2002):

"1. Quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, de crimes de terrorismo, tráfico de armas, tráfico de produtos nucleares, extorsão de fundos, rapto, lenocínio, tráfico de pessoas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, pornografia envolvendo menores, tráfico de espécies protegidas, corrupção e demais infracções referidas no n. 1 do art. 1.° da Lei 36, de 29.09.1994, fraude fiscal, e demais crimes punidos por lei com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 5 anos:

Como já se deixou aflorado, num primeiro momento, Portugal optou por manter limitada ao sector financeiro a aplicação das obrigações contidas na directiva.[17]

Porém, num segundo momento,[18] com o advento do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, Portugal estendeu a entidades não financeiras (casinos – art. 4.º, n. 1, alínea *f*,[19] mediação imobiliária – art. 5.º, n. 1, alínea *c*, compra e revenda de imóveis – art. 6.º, n. 1, alínea *d*, bilhetes ou títulos ao portador – art. 7.º,[20] bens de elevado valor unitário – art. 8.º[21]) a aplicação das obrigações contidas na directiva,

a) Converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência desses bens ou produtos, no todo ou em parte, directa ou indirectamente, com o fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita ou de ajudar uma pessoa implicada na prática de qualquer dessas infracções a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos, é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos;

b) Ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedades desses bens ou produtos ou direitos a eles relativos, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos;

c) Adquirir ou receber tais bens ou produtos a qualquer título, os utilizar, detiver ou conservar, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2. A punição pelos crimes mencionados no número anterior não deve exceder os limites mínimo e máximo previstos para as correspondentes infracções principais.

3. A punição pelos crimes previstos no n. 1 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção principal tenham sido praticados fora do território nacional".

(17) Conforme resulta do disposto no n. 1 do art. 2.º do Dec.-lei 313, de 15.09.1993, em que se consagra: o presente diploma aplica-se às instituições de crédito, sociedades financeiras, empresas seguradoras, na medida em que exerçam actividades no âmbito do ramo "vida", e sociedades gestoras de fundos de pensões, que tenham a sua sede no território português.

(18) Por força da entrada em vigor do Dec.-lei 325, de 02.12.1995.

(19) Dispõe o art. 4.º, n. 1, alínea *f*, do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, que as empresas concessionárias de exploração de jogo em casinos ficam sujeitas às seguintes obrigações: "Comunicar à entidade judiciária competente operações que, nomeadamente pelos valores envolvidos ou pela sua repetição, façam suspeitar da prática de actividades de branqueamento de capitais, outros bens ou produtos, logo que delas tenham conhecimento".

(20) Em que se consagra: "as entidades que procedam a pagamentos a ganhadores de prémios de apostas ou lotarias, de montante igual ou superior a € 4.987,98 – redacção dada pelo Dec.-lei 323, de 17.12.2001, devem proceder à identificação a que se refere o n. 2 do art. 4.º, cujos dados conservarão pelo período de 10 anos".

(21) Em que se consagra: "1. As entidades que comercializem pedras e metais preciosos, antiguidades, obras de arte, aeronaves, barcos ou automóveis devem proceder: a) À identificação dos clientes e das respectivas operações sempre que o montante pago em numerário seja igual ou superior a € 2.493,99 – redacção dada pelo Dec.-lei 323, de 17.12.2001); b) À conservação de cópia ou referência dos documentos comprovativos da identificação pelo período de 10 anos; c) À comunicação à entidade judiciária competente de operações que, nomeadamente pelos valores envolvidos ou pela sua repetição, pela situação económico-financeira dos intervenientes, ou pelos meios de paga-

acompanhando a tendência que se verificava na Europa, nomeadamente em Espanha.[22]

Num terceiro momento,[23] passa a incumbir também aos técnicos de contas, auditores externos e transportadores de fundos[24] a comunicação à autoridade judiciária competente daquelas operações suspeitas de envolver a prática de actividades de branqueamento de capitais, outros bens ou produtos, logo que delas tenham conhecimento.

Esta obrigação impende, hoje em dia, também quanto aos notários, conservadores de registos ou quaisquer outras entidades constantes no art. 8-B do Dec.-lei 325, de 02.12.1995.[25]

A estrutura do sistema das disposições legais relativas ao branqueamento de capitais encontra-se desta forma sistematizada:

i) Medidas de prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos do branqueamento de capitais – Dec.-lei 313, de 15.09.1993 (que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de julho[26]).

ii) Medidas de prevenção da utilização de entidades não financeiras para efeitos do branqueamento de capitais – Dec.-lei 325, de 02.12.1995 (maxime arts. 4.º a 8.º-D, com alterações introduzidas pelo Dec.-lei 323, de 17.12.2001, e Lei 10, de 11.02.2002).

iii) Incriminação do branqueamento de bens ou produtos provenientes de tráfico de estupefacientes – art. 23.º do Dec.-lei 15, de 22.01.1993.

iv) Incriminação do branqueamento de bens ou produtos provenientes da prática de outros crimes – art. 2.º do Dec.-lei 325, de 02.12.1995 (na redacção que lhe foi dada pela Lei 10, de 11.02.2002).

As normas previstas no Dec.-lei 313, de 15.09.1993, de índole essencialmente administrativa, destinam-se, em primeira linha, a impedir a prática de actos de branqueamento por meio do sistema financeiro.

As violações das normas constantes neste diploma legal são sancionadas como contra-ordenações aplicadas pelo Ministro das Finanças.[27]

mento utilizados, façam suspeitar da prática de actividades de branqueamento de capitais, outros bens ou produtos, logo que delas tenham conhecimento".

(22) Real Dec. 925, 09.06.1995, em *BOE* 160, de 6 de julho (a cujo texto tivemos acesso em Eduardo Fabián Caparrós, op. cit., p. 478 *et seq.*), que aprovou o regulamento da Lei 19, de 28.12.1993, sobre determinadas medidas de prevenção do branqueamento de capitais.

(23) Alteração ao Dec.-lei 325, de 02.12.1995, pela Lei 10, de 11.02.2002, que, nesta matéria, aditou os arts. 8-A, 8-B, 8-C e 8-D.

(24) Art. 8-A do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, aditado pela Lei 10, de 11.02.2002.

(25) Aditado pela Lei 10, de 11.02.2002.

(26) Com significativo atraso, já que o art. 16.º da Directiva estipulava que a directiva devia ser transposta, "(...) o mais tardar, até 1 de janeiro de 1993".

(27) Art. 28.º, n. 2, do Dec.-lei 313, de 15.09.1993.

Porém, deve atender-se ao disposto nos arts. 3.º e 11.º do Dec.-lei 325, de 02.12.1995.

O incumprimento das obrigações impostas às entidades não financeiras elencadas no art. 12.º do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, constitui contra-ordenação punível com coima de € 2.493,99 a € 249.398,95.[28]

As sanções penais para a prática de actos de branqueamento estão previstas nos arts. 23.º do Dec.-lei 15, de 22.01.1993, e no art. 2.º do Dec.-lei 325, de 02.12.1995 (na redacção que lhe foi dada pela Lei 10, de 11.02.2002).[29]

3. Deveres que incumbem às entidades financeiras e não financeiras

3.1 Identificação do cliente

A legislação portuguesa consagra o princípio da "identificação do cliente".[30]

Este princípio tem como corolários:

– a apresentação de documento comprovativo válido (art. 3.º, n. 1, 1.ª parte – Dec.-lei 313, de 15.09.1993).

Identificação do cliente sempre que estejam em causa transacções ocasionais, cujo montante (isolada ou em conjunto) atinja ou ultrapasse € 12.469,95 ou PTE. 2.500.000$00.[31]

Identificação do cliente nas seguintes situações:

– previstas na alínea *a* do n. 1 do art. 4.º;

– previstas na alínea *a* do n. 1 do art. 5.º;

– previstas na alínea *i* do n. 1 do art. 6.º;

– previstas no art. 7.º;

– previstas na alínea *a* do n. 1 do art. 8.º;

– previstas na alínea *a* do art. 8-A;

(28) Conforme resulta do disposto no art. 12.º do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, com a redacção que lhe foi dada pelo Dec.-lei 323, de 17.12.2001.

(29) O legislador, ao contrário do que sucede em Espanha, não colocou no Código Penal a previsão e o sancionamento deste tipo de condutas.

(30) Arts. 3.º, 4.º, n. 2, 5.º, 6.º e 8.º, n. 2, do Dec.-lei 313, de 15.09.1993 (na redacção que lhe foi dada pelo Dec.-lei 323, de 17.02.2001), bem como os arts. 4.º, n. 1, 5.º, n. 1, alínea *a*, 6.º, n. 1, alíneas *b*, *i*, 7.º, 8.º, n. 1, alínea *a*, e 8-A do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, com as alterações do Dec.-lei 323, de 17.12.2001, e Lei 10, de 11.02.2002.

(31) Conforme resulta do disposto no art. 13.º do Dec.-lei 323, de 17.12.2001.

– previstas na alínea *a* do art. 8-B;

– previstas no art. 8-C, todos do Dec.-lei 325, de 02.091995, com a redacção que lhe foi dada pelo Dec.-lei 323, de 17.12.2001, e os aditamentos da Lei 10, de 11.02.2002.

3.2 Dever de comunicação/sinalização

3.2.1 Entidades financeiras

Encontra-se previsto no quadro legal o princípio da comunicação/sinalização das operações que, pela sua natureza, complexidade, volume ou carácter inabitual, relativamente à actividade do cliente, se revelem susceptíveis de integrar o crime de branqueamento, mesmo de montante inferior a € 12.469,95 ou PTE. 2.500.000$00.

Para tanto, a entidade financeira em apreço deve examinar com *especial atenção* estas operações "suspeitas" cuja detecção, nesta fase, é fundamental para prevenir o fenómeno do branqueamento.

Caso a operação proposta exceda o enunciado montante, as entidades financeiras devem, em particular, obter do cliente informação escrita sobre a origem e o destino dos fundos, bem como a identificação dos beneficiários e a justificação das operações em causa.[32]

Entroncando com este dever especial de diligência, há o (duplo) dever abstenção/comunicação à autoridade judiciária, que impende sobre as entidades financeiras que se devem abster de realizar quaisquer operações que fundadamente suspeitem estar relacionadas com a prática do crime de branqueamento de capitais, bem como informar, pela via mais expedita, o pedido de realização das mesmas o Procurador-Geral da República ou quem ele designar.

A autoridade judiciária pode, em face dos elementos disponíveis, ordenar, em despacho fundamentado, a suspensão da respectiva execução.[33]

A suspensão da operação carece de confirmação pelo juiz de instrução criminal[34] no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sendo esse prazo alargado para 48 horas, em face das circunstâncias excepcionais e relativamente a operações que ultrapassem um montante definido em portaria do Ministro das Finanças.

A autoridade judiciária competente pode, em face dos elementos disponíveis, ordenar o prosseguimento da operação, devendo a entidade financeira envolvida fornecer, de imediato, àquela autoridade todas as informações a ela relativa.[35]

(32) Art. 8.º, ns. 1 e 2, do Dec.-lei 313, de 15.09.1993.

(33) Art. 11.º, n. 1, parte final, do Dec.-lei 313, de 15.09.1993.

(34) Art. 11.º, n. 2, do Dec.-lei 313, de 15.09.1993.

(35) Art. 11.º, n. 3, do Dec.-lei 313, de 15.09.1993.

O art. 10.º do Dec.-lei 313, de 15.09.1993, estabelece o princípio do "dever especial de informação" bem como o "dever de colaboração" pelo qual as entidades financeiras devem informar a autoridade judiciária competente logo que saibam ou fundadamente suspeitem que quaisquer somas inscritas nos seus livros são provenientes do tráfico de estupefacientes.

Essas entidades devem, nos termos do disposto no art. 60.º do Dec.-lei 15, de 22.01.1993,[36] prestar toda a colaboração às autoridades judiciárias competentes.

Relativamente aos crimes elencados no art. 1.º da Lei 5, de 11.01.2002, e quanto ao segredo profissional dos membros dos órgãos sociais das instituições de crédito e sociedades financeiras, dos seus empregados e de pessoas que a elas prestem serviço, bem como o segredo dos funcionários da administração fiscal, cedem, se houver razões para crer que as respectivas informações têm interesse para a descoberta da verdade.[37]

(36) Com a redacção que lhe foi dada pela Lei 45, de 03.09.1996.

(37) Conforme resulta do disposto no art. 2.º da Lei 5, de 11.01.2002.

Atento o interesse a seguir se transcreve os arts. 1.º e 2.º da Lei 5, de 11.01.2002:

Art. 1.º (transcrição integral já tendo em conta a Declaração de Rectificação 5/2002, *DR* I.ª-A, 06.02.2002).

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

a) Tráfico de estupefacientes, nos termos dos arts. 21.º a 23.º e 28.º do Dec.-lei 15, de 22.01.1993;

b) Terrorismo e organização terrorista;

c) Tráfico de armas;

d) Corrupção passiva e peculato;

e) Branqueamento de capitais;

f) Associação criminosa;

g) Contrabando;

h) Tráfico e viciação de veículos furtados;

i) Lenocínio e lenocínio e tráfico de menores;

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

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

3 – O disposto nos Capítulos II e III é ainda aplicável aos demais crimes referidos no n. 1 do art. 1.º da Lei 36, de 29.09.1994".

Art. 2.º (unicamente se transcrevem os ns. 1 e 2).

"1 – Nas fases de inquérito, instrução e julgamento de processos relativos aos crimes previstos no art. 1.º, o segredo profissional dos membros dos órgãos sociais das instituições de crédito e sociedades financeiras, dos seus empregados e de pessoas que a elas prestem serviço, bem como o segredo dos funcionários da administração fiscal,

Conforme resulta do disposto no art. 10.°, n. 3, do Dec.-lei 313, de 15.09.1993, as informações fornecidas pelas entidades bancárias às autoridades judiciárias *apenas* podem ser utilizadas para a investigação dos crimes previstos nos arts. 21.° a 23.°, 25.° e 28.° do Dec.-lei 15, de 22.01.1993, não podendo ser revelada a identidade de quem forneceu a informação inicial.

Como já se deixou aflorado, a Lei 5, de 11.01.2002, veio a consagrar quanto aqueles crimes do catálogo e no que tange às instituições de crédito, sociedades financeiras e à administração fiscal a obrigatoriedade de fornecerem informações, desde que haja razões para crer que elas têm interesse para a descoberta da verdade.

Nesta matéria, há duas disposições legais sobre o fornecimento de informações.

Assim:

a) *Art. 60.° do Dec.-lei 15, de 22.01.1993* ("Lei da Droga"), com a redacção que lhe foi dada pela Lei 45, de 03.09.1996, no que tange ao tráfico de menor gravidade (art. 25.° do Dec.-lei 15, de 22.01.1995).

b) *Art. 2.° da Lei 5, de 11.01.2002*, quanto aos crimes do catálogo – tráfico de estupefacientes, nos termos dos arts. 21.° a 23.° e 28.° do Dec.-lei 15, de 22.01.1993, terrorismo e organização terrorista, tráfico de armas, corrupção passiva e peculato, branqueamento de capitais, associação criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e lenocínio e tráfico de menores, contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda, bem como aos demais crimes referidos no n. 1 do art. 1.° da Lei 36, de 29.09.1994.[38-39]

cedem, se houver razões para crer que as respectivas informações têm interesse para a descoberta da verdade.

2 – Para efeitos da presente lei, o disposto no número anterior depende unicamente de ordem da autoridade judiciária titular da direcção do processo, em despacho fundamentado".

(38) A revogação expressa do disposto no art. 19.° do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, pela Lei 5, de 11.01.2002 (art. 15.°, *b*), pode vir a levantar questões melindrosas no que tange ao fornecimento de informações.

O art. 19.° do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, consagrava que: "Para efeitos de inquérito, instrução e julgamento das infracções previstas no art. 2.°, é aplicável o regime previsto no art. 60.° da Lei (há lapso do legislador, já que o diploma a que se quer referir é um decreto-lei) 15, de 22.01.1993, respeitante a prestação de informações e apresentação de documentos não só por parte das entidades aí mencionadas, como pelas restantes a que se refere o art. 2.° do Dec.-lei 313, de 15.01.1993".

O art. 60 do Dec.-lei 15, de 22.01.1993, consagrava que: "1 – Podem ser pedidas informações e solicitada a apresentação de documentos respeitantes a bens, depósitos ou quaisquer outros valores pertencentes a indivíduos suspeitos ou arguidos da prática de crimes previstos nos arts. 22.°, 23.°, 24.°, 26.° e 28.°, com vista à sua apreensão e perda para o Estado.

Por outro lado, conforme decorre do disposto no art. 10.º, n. 4, parte final, do Dec.-lei 313, de 15.09.1993, as entidades financeiras não podem revelar ao cliente ou a terceiros a comunicação de informações nos termos dos números anteriores, nem que se encontra em curso uma investigação criminal.

O legislador consagrou, de forma expressa, o princípio da não-utilização da informação para fins diversos dos referidos na lei.[40]

2 – A prestação de tais informações ou apresentação dos documentos, quer se encontrem em suporte manual ou informático, *não podem ser recusados por quaisquer entidades, públicas ou privadas, nomeadamente pelas instituições bancárias, financeiras ou equiparadas, por sociedades civis ou comerciais, bem como por quaisquer repartições de registo ou fiscais, desde que o pedido se mostre individualizado e suficientemente concretizado.*

3 – O pedido a que se referem os números anteriores é formulado pela autoridade judiciária competente".

A Lei 45, de 03.09.1996, veio a dar nova redacção ao n. 3 e aditar um n. 4.

Assim:

"3 – O pedido a que se referem os números anteriores é formulado pela autoridade judiciária competente, devendo, se respeitar a instituições bancárias, financeiras ou equiparadas, ser formulado através do Banco de Portugal.

4 – A individualização e a concretização a que alude o n. 2 podem bastar-se com a identificação do suspeito ou do arguido".

Porém, o art. 2.º da Lei 5, de 11.01.2002, é, em nosso entendimento, mais limitativo, conforme resulta do disposto nos seus ns. 1 e 2 que dispõem:

"1 – Nas fases de inquérito, instrução e julgamento de processos relativos aos crimes previstos no art. 1.º, o segredo profissional dos membros dos órgãos sociais das instituições de crédito e sociedades financeiras, dos seus empregados e de pessoas que a elas prestem serviço, bem como o segredo dos funcionários da administração fiscal, cedem, se houver razões para crer que as respectivas informações têm interesse para a descoberta da verdade.

2 – Para efeitos da presente lei, o disposto no número anterior depende unicamente de ordem da autoridade judiciária titular da direcção do processo, em despacho fundamentado".

Pode argumentar-se que a obtenção dos elementos/informações existentes noutras entidades (que não as elencadas no art. 2.º da Lei 5, de 11.01.2002) segue o regime geral previsto no Código de Processo Penal, já que sobre nessas entidades não se colocam questões relacionadas com o segredo profissional.

Olvida-se a questão dos técnicos de contas, contabilistas, empresas de consultadoria fiscal que podem ter na sua posse relevantes elementos para a investigação.

(39) Os crimes referidos no art. 1.º, n. 1, da Lei 36, de 29.09.1994, são os seguintes: corrupção, peculato e participação económica em negócio; administração danosa em unidade económica do sector público; fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito; infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática; infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional.

(40) Conforme resulta do disposto no art. 10.º, n. 3, do Dec.-lei 313, de 15.09.1993, em que se consagra: "As informações fornecidas nos termos dos números anteriores só podem

Trata-se de uma enumeração taxativa e fechada por meio da qual se procurou limitar a intervenção do Estado (autoridades judiciárias e policiais) de forma a não colocar em crise relações de carácter eminentemente privado que necessariamente se estabelecem entre o cliente e a sua instituição bancária.

Visou-se, deste modo, a assegurar a segurança da comunicação, garantindo o sigilo da informação na sua dupla perspectiva, ou seja, instituição (emissor material da comunicação) / funcionário (emissor funcional da referida comunicação).

No reverso, o dever de reserva imposto pelo n. 4 da citada disposição legal procura salvaguardar, primordialmente, o interesse público na realização da justiça, nomeadamente o bom êxito da investigação criminal que podia ser severamente comprometida, caso as diligências policiais fossem do conhecimento do visado ou de terceiros.

As informações prestadas de boa-fé, nos termos legais (arts. 10.°, 11.° e 12.°), não constituem violação de qualquer dever de segredo, nem implicam, para quem as preste, responsabilidade de qualquer tipo.[41]

A violação das disposições legais, nomeadamente o não cumprimento da obrigação de identificar (art. 3.°), da obrigação (especial) de identificar (arts. 4.°, n. 2, e 5.°), não obtenção sobre a identificação do real titular da conta (art. 6.°), do dever de (especial) diligência (art. 8.°, n. 1) e de não conservação dos documentos (art. 9.°), implica a aplicação de uma sanção pecuniária.

Nessa matéria, o legislador português seguiu a tradição dita continental já que idêntica medida é prevista em Espanha, França, Itália e Alemanha.

O legislador português consagra uma cláusula recomendatória, seguindo o disposto no art. 11.° da Directiva e que consiste na preparação/formação dos dirigentes e dos empregados das entidades financeiras nesta área.[42]

3.2.2 Entidades não financeiras

Encontra-se previsto na alínea *f* do n. 1 do art. 4.° do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, o princípio da comunicação/sinalização das operações que, pelos valores envolvidos ou pela sua repetição, façam suspeitar da prática de actividades de branqueamento de capitais, outros bens ou produtos, logo que delas tenham conhecimento.[43]

ser utilizadas para investigação e punição dos crimes previstos nos arts. 21.° a 23.°, 25.° e 28.° do Dec.-lei 15, de 22.01.1993, não podendo ser revelada a identidade quem as forneceu".

(41) Art. 13.° do Dec.-lei 313, de 15.09.1993.

(42) Art. 14.°, n. 2.

(43) Essa obrigação de comunicação/sinalização também decorre do disposto na alínea *c* do n. 1 do art. 5.°, alínea *d* do n. 1 do art. 6.°, alínea *c* do n. 1 do art. 8.°, alínea *c* do art. 8-

Como decorre do exposto, o legislador português estabeleceu à semelhança dos seus congéneres europeus a obrigação de comunicação/sinalização à autoridade judiciária de numerosas operações de índole financeira/ou não financeira que, pelos seus montantes, inabitualidade, meios de pagamento utilizados, situação económico-financeira dos intervenientes, é, de molde, a fazer suspeitar da prática de actividades de branqueamento.

4. A questão do concurso

4.1 Na doutrina

A questão do concurso pode colocar-se de forma singela, ou seja, se o agente do crime precedente (*v.g.* tráfico de estupefacientes) pode ser punido pela prática do crime de branqueamento de capitais.

Sobre esta matéria tem interesse ainda que limitado atender ao art. 6.º da Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa, assinada por Portugal em 08.11.1990.[44]

Porém, como certeiramente anota Jorge Godinho,[45] a tradução desse dispositivo legal enferma de dois erros. Estes alteram de forma total o sentido da norma original,[46] já que ficou a constar que "pode ser previsto que as infracções *enumeradas no presente número apenas se aplicam aos autores da infracção principal*".

Porém, como resulta do texto (original), o sentido é precisamente o contrário conforme resulta do seguinte segmento da norma: "(...) *do not apply* to the persons who committed the predicated offence (...)".[47]

A, alínea *c* do art. 8-B e art. 8-D, todos do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, com as alterações do Dec.-lei 323/2001 e dos aditamentos da Lei 10, de 11.02.2002.

(44) Aprovada, para ratificação pela Resolução da AR 70, de 13.12.1997, publicada no *DR* I.ª série de 13.12.1997.

(45) *Do crime de "branqueamento" de capitais* – Introdução e tipicidade. Coimbra, 2001. p. 237.

(46) O art. 6.º da Convenção (versão inglesa – disponível para consulta em <http://conventions.coe.int/treaty>) sob a epígrafe Laundering offences consagra no seu n. 1 "Each party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as offences under its domestic law, when committed intentionally"; no seu n. 2 "For the purposes of implementing or applying paragraph 1 of this article:

It may be provided that the offences set forth in that paragraph do not apply *to the persons who committed the predicated offence*" (grifos nossos).

(47) A cuja redacção tivemos acesso em <http://conventions.coe.int/treaty>.

Ultrapassada a questão da (infeliz) tradução do preceito, constata-se que esta disposição não toma, intencionalmente, posição sobre a questão em apreço.[48-49]

Em nosso entender, uma das vias para a resposta e superação da questão em apreço pode encontrar-se na análise do bem jurídico tutelado pelo crime de branqueamento de capitais.

Como já se deixou sumariamente exposto, o legislador português restringiu a incriminação do branqueamento limitando-a, num primeiro momento, aos bens e produtos provenientes do tráfico de estupefacientes.

Porém, veio a alargar tal incriminação abrangendo, para além dos crimes expressamente elencados no art. 2.º do Dec.-lei 325, de 02.12.1995, os crimes punidos por lei com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 5 anos.

Este movimento legislativo para além de acompanhar a evolução do direito internacional sobre a matéria reflecte a percepção, nomeadamente nos meios judiciários e universitários, de que as grandes fortunas em cuja génese se encontrava a prática de actos ilícitos maioritariamente relacionados com o tráfico (internacional) de estupefacientes, mas também com a prática de outros crimes graves, permaneciam incólumes,[50] permitindo aos seus detentores expandir a sua influência social e económica.

Por outro lado, reconheceu-se que a criminalidade tinha dado um "salto em frente", quer do ponto de vista organizativo, quer do ponto de vista económico.

(48) A solução ao nível europeu é variável. A esse propósito, Enzo Musco, *Il riciclaggio nel diritto penale italiano*, Conferência, Lisboa, p. 4 (no prelo) refere: "La legislazione italiana, come del resto quella tedesca e a differenza del sistema penale nordamericano, esclude la punibilità per i delitti di riciclaggio e reimpiego in capo all 'autore o al concorrente nel delitto presupposto. Infatti, se il soggetto prima commette il delitto e poi provvede personalmente a riciclarne i proventi sarà punito solo per il delitto presupposto, *in quando il successivo delitto di money laundering costituisce un post-factum non punibile*" (grifos nossos).

(49) Não obstante: DIAS DUARTE, Jorge. *Branqueamento de capitais*. Porto: UCP, 2002. p. 109-110. Refere que: "(...) a tal acresce, ainda, que, resultando do próprio art. 6.º, n. 2, *b*, da Convenção de Estrasburgo, a possibilidade de cada uma das partes contratantes prever que o crime de branqueamento não se aplica aos autores da infracção principal, *mal se compreenderia que o legislador nacional, ao tipificar tal tipo ilícito, não tivesse expressamente manifestado essa eventual ressalva, caso pretendesse isentar de tal responsabilização o autor do crime-base* (...)" (grifos nossos).

(50) No preâmbulo da Convenção de Viena (vide *DR* – I.ª série-A, n. 205, de 06.09.1991), é referido, de forma expressa, que: "(...) o tráfico ilícito é fonte de rendimentos e fortunas consideráveis que permitem às organizações criminosas transnacionais *invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as actividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis*; Decididas a privar as pessoas que se dedicam ao tráfico ilícito dos produtos das suas actividades criminosas e a eliminar assim o seu principal incentivo para tal actividade; (...)".

Com efeito, começaram a surgir em cada vez maior número organizações criminais que abandonaram as fronteiras do seu país de origem para passarem a actuar, de forma concertada, noutras jurisdições.[51]

Paulatinamente, ao longo do século XX, veio a reconhecer-se que a utilização/introdução do dinheiro "sujo" na economia (lícita) podia acarretar estrangulamentos, desvios e factores condicionantes que, em casos extremos, colocavam em crise a estabilidade económica, política e social.[52]

A progressiva liberalização dos mercados financeiros criada (e pensada) para fomentar a liberdade de movimentos de capitais[53] e, dessa forma, potenciar o desenvolvimento económico-social mundial foi rapidamente utilizada pela criminalidade organizada para maximizar os lucros obtidos com as suas actividades ilícitas.

Traçado este quadro de fundo, pode concluir-se com apreciável segurança que no caso do branqueamento o bem jurídico tutelado não é a concorrência ou a credibilidade e confiança nas instituições financeiras,[54] mas a protecção da transparência e a integridade do sistema económico/financeiro numa dupla vertente, nacional e internacional.[55]

(51) Estas organizações souberam explorar, de forma particularmente eficaz, os mercados globais, as economias de escala e, principalmente, a falta de harmonização existente entre os diversos Estados ao nível das políticas preventivas e de controle. Cf. nesse sentido Ernesto Ugo Savona e Michael Defeo, *Money trails: international money laundering trends and prevention/control policies*, Conferencia Internacional, Courmayeur, 1994, resumo em Prevención del delito y justicia penal, *Boletín de información*, ns. 24 y 25, enero de 1996, disponível em <www.ifs.univie.ac.at/~uncjin/news24s.htm> ou em Responding to money laundering – International perspectives – edited by Ernesto Savona, Harwood Academic Publishers, Amesterdam, p. 9 *et seq.*

(52) DUPUIS, Marie-Christine. *Finance crimenelle*. Paris: PUF, 1998. p. 17. Interroga-se (assim como diversos peritos financeiros e economistas) se a crise financeira do México em 1994 e da Tailândia em agosto de 1997 não estão (intimamente) relacionadas com a relevância do tráfico de estupefacientes e do branqueamento de capitais nesses dois países.

(53) Na Europa, essa progressiva liberalização visava, fundamentalmente, a promover a realização do mercado único, conforme resulta do preâmbulo da Directiva 91/308/CEE do Conselho de 10.06.1991.

(54) Não obstante se reconhecer a razão que assiste a Eduardo Fabián Caparrós, op. cit., p. 215, quando se refere: "(...) por todo ello, la eventual conexión – ya sea consciente o inconsciente – entre la gran criminalidad y quienes participan como profesionales en el ámbito de las relaciones económicas lícitas – especialmente, en el mundo de la oferta, la demanda y la intermediación de dinero: bancos, cajas de ahorro, gestores de fondos de inversión y de pensiones, entidades emisoras de tarjetas de crédito, aseguradoras etc. – genera un clima de incertidumbre y de desconfianza entre el público que puede llegar a afectar gravemente a la estabilidad que requiere el mercado de capitales para su adecuado funcionamiento (...)", parece-nos que o bem tutelado (e carente) de protecção é mais vasto.

(55) Cf., nesse sentido, Michael Defeo e Ernesto Ugo Savona, "International money laundering trands and prevention/control policies", *Responding to money laundering*

Assim sendo, a conduta de branqueamento de capitais lesa um outro bem jurídico autónomo e diverso daquele que é protegido pelo crime precedente, pelo que se justifica, desta forma, a sua punibilidade em concurso efectivo.[56-57-58-59-60]

– International Perspectives. Amesterdão: Harwood Academic Publishers, 1997, p. 47, onde se refere: "(...) defending the transparency of economic/financial systems – *the second goal is defensive, the protection of the transparency and integrity of domestic and international economic/financial systems*. Those who control criminal wealth have unfair competitive advantages over legitimate investors whose money has been earned at a lower profit margin than is possible in illegal enterprises and on which taxes must be paid. Criminal money also creates a risk to political as well economic / financial systems because of the advantages to be derived from corrupting officials and influencing electoral systems and situations (...)" (grifos nossos).

(56) Nesse sentido, Eduardo Fabián Caparrós, op. cit., p. 369, onde refere: "(...) nos alineamos con quienes creen que el blanqueo merece ser castigado en todo caso, *debiendo resultar irrelevante el hecho de que el agente sea el mismo que haya participado en la comisión del previo delito*. Desde nuestro punto de vista, *esa posible identidad subjetiva en nada perjudica al juicio autónomo de desvalor que merece el reciclaje*, lesivo per se para el buen orden del mercado (...)".

No mesmo sentido, Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 501, onde se refere: "(...) desde una interpretación alternativa, que coincide con la perspectiva político-criminal, consideramos que *se ha de admitir la sanción del autor y de los partícipes en el hecho previo previo como posteriores blanqueadores*. Los grandes capos de droga blanquean a su vez los fondos obtenidos y lesionan gravemente el bien jurídico que entendemos que ha de proteger el delito de blanqueo de capitales: el orden económico".

(57) Em sentido contrário, pronuncia-se Jorge Godinho, op. cit., p. 240, onde se refere: "(...) o branqueador terá pois de ser pessoa diversa da que cometeu a infracção geradora dos lucros. Pelo que não é punível o branqueamento de capitais obtidos pelo próprio através das infracções precedentes. Para esta conclusão pode-se também aduzir um argumento de ordem literal: na alínea *a* a conduta consiste em 'auxiliar uma pessoa', o que só pode significar 'auxiliar outra pessoa', pois não fazia muito sentido dizer que uma pessoa se auxilia a si própria".

Não obstante o seu valor, este argumento não nos impressiona, já que apenas aborda um segmento da norma em apreço que, em bom rigor, se divide em quatro segmentos, ou seja, 1.ª parte da alínea *a*, 2.ª parte da alínea *a*, alínea *b* e alínea *c* do n. 1 do art. 23 do Dec.-lei 15, de 22.01.1993.

(58) O Ac. do STJ de 23.03.2000 (Processo 972/99), in CJ Ano VIII (STJ), t. I, p. 227, sustenta posição diversa.

Com efeito, aí se entendeu que os agentes do crime do art. 23 do Dec.-lei 15, de 22.01.1993, – conversão de bens provenientes da prática de crimes de tráfico de estupefacientes – não podem ser os próprios traficantes, mas aqueles que, com os propósitos normativamente definidos, convertem, transferem ou dissimulam bens ou produtos provenientes da prática de tráfico, o que envolve uma conivência ou um aproveitamento *a posteriori*.

(59) Nesse sentido, António Henriques Gaspar, *Droga e sociedade* – O novo enquadramento legal, Lisboa: GPCCD, 1994, p. 133, ao afirmar que: "(...) sendo

Em defesa da tese ora proposta, há três elementos adjuvantes de carácter literal que se encontram:

a) Ponto i da alínea *b* do art. 3.º da Convenção de Viena, onde se refere: "a conversão ou a transferência de bens, com o conhecimento de que os mesmos provêm de qualquer das infracções estabelecidas de acordo com a alínea *a* do n. 1 deste artigo, ou da participação nessa ou nessas infracções, com o objectivo de ocultar ou dissimular a origem ilícita (...)".[61]

b) Ponto ii da alínea *b* do art. 3.º da Convenção de Viena, onde se refere: "(...) ou de actos de participação nessa ou nessas infracções (...)".[62]

c) A 1.ª parte do n. 1 do art. 23.º da Lei 15, de 22.01.1993, onde se refere: "Quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, *sob qualquer forma de comparticipação, de infracção* (...)".

Não suscita dúvidas que a expressão: "sob qualquer forma de comparticipação"[63] abrange (obviamente) a autoria do crime precedente. Assim sendo, quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão pode ser condenado pela prática do crime subsequente, ainda que autor do crime precedente.

Aqui chegados, não é ousado afirmar-se que esta tese é a que melhor se coaduna com a essência e os objectivos defendidos pelas Nações Unidas e que se encontram plasmados na Convenção de Viena de 1988.

A este propósito, adianta-se que o argumento da não-exigibilidade de outra conduta por parte do agente olvida o desvalor autónomo que merece o branqueamento.

estruturalmente autónomos e protegendo bens jurídicos diversos, os crimes de tráfico e branqueamento concorrem em acumulação real quando praticados pelo mesmo agente (...)".

(60) Nesse sentido, Jorge Dias Duarte, op. cit., p. 109, onde refere, de forma expressa: "(...) o autor do crime de tráfico pode cometer, em concurso efectivo com o crime-base, o crime de branqueamento de capitais (...)".

(61) Cujo texto (original) em inglês dispõe: "The conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from any offence or offences established in accordance with subparagraph (a) of this paragraph, *or from an act of participation in such offence or offences*, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin (...)", em <www.incb.org/e/conv/1988/articles.htm>.

(62) Cujo texto (original) em inglês dispõe: "The concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of property, knowing that such property is derived from an offence or offences established in accordance with subparagraph (a) of this paragraph or from an act or participation in such an offence or offences", em <www.incb.org/e/conv/1988.articles.htm>.

(63) MARTINS, Lourenço. *Droga e direito*. Lisboa, 1994. p. 138. Refere: "(...) só quem participa na infracção do tráfico pode cometer o crime de branqueamento (...)".

4.2 Na jurisprudência[64]

O STJ não tem mantido sobre esta matéria uma posição uniforme.

Nos Processos 344/98 e 356/97, pronunciou-se no sentido de que o autor do crime de tráfico de estupefacientes deve ser punido simultaneamente como autor do crime de conversão/transferência ou dissimulação de bens.

O Supremo Tribunal entendeu que é possível encontrar nos crimes de branqueamento um bem jurídico autónomo relativamente ao tráfico de estupefacientes.

Nessa esteira aduziu-se ser essa a interpretação que melhor se ajusta ao texto fonte, isto é, à Convenção das Nações Unidas de 1988.

Porém, nos Processos 593/98 e 972/99, o Supremo Tribunal defendeu posição contrária.

Sustentou que "os agentes do crime de branqueamento de capitais têm de ser pessoas diferentes dos traficantes e que, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática do crime de tráfico, cometem qualquer um dos actos elencados na disposição legal aplicável (art. 23.º do Dec.-lei 15, de 22.01.1993), em seu proveito próprio ou em benefício do próprio traficante".

A questão ao nível jurisprudencial encontra-se longe de ser resolvida, aguardando-se decisão uniformizadora sobre esta matéria.

5. Comunicações – Breve informação estatística

Em Portugal, a entidade competente para receber estas comunicações/participações é a Procuradoria-Geral da República, que as envia à Polícia Judiciária (DCITE – Direcção Central de Investigação do Tráfico de Estupefacientes, mais concretamente para a Secção Central de Investigação de Branqueamento – SCIB) para tratamento e recolha de informação.

Em caso positivo, a polícia judiciária remete o expediente ao Ministério Público para ser registado e autuado como inquérito.

Conforme resulta do anexo I, o número de comunicações efectuadas à autoridade judiciária não atingiu as 4 (quatro) centenas.

Assim sendo, tem de reconhecer-se, pela magreza dos resultados apresentados, que algo continua a não funcionar, não obstante se reconhecerem as enormes disparidades apresentadas pelos diferentes países da União Europeia, em termos de comunicações efectuadas às autoridades competentes das denominadas "operações suspeitas".[65]

(64) Seguiu-se, de perto, a comunicação apresentada pelos juízes portugueses Drs. José Reis e Renato Barroso, *Projecto Grotius II Penal*, Lisboa, 18-21.04.2002.

(65) Matéria que por si só justificaria um debate e um estudo aprofundado e, se calhar, num horizonte não muito longínquo, a adopção de uma directiva ou decisão-quadro.

Relativamente a esta matéria e no que se refere às entidades financeiras, anota-se pela sua relevância a Declaração de Basileia de 12.12.1988, aprovada pelos Bancos Centrais do "Grupo dos 10", que estabeleceu como princípios fundamentais:

a) Identificação dos clientes, traduzida na expressão anglo-saxónica de "KIC" (*Know-your-customer*).[66]

b) Respeito pelas leis, observação de elevados padrões éticos na condução dos negócios.[67]

c) Cooperação com as autoridades judiciárias e policiais encarregues de combater o branqueamento de capitais.[68]

d) Formação de pessoal e a implementação de sistemas internos de controle.[69]

No caso português, há um manifesto *deficit* em todas estas áreas, especialmente na que alude a alínea *d* antecedente.

O número de comunicações à autoridade judiciária está num nível baixo, tendo em atenção os dados disponíveis.

Em conformidade com esta realidade, é escasso o número de inquéritos registados em que se investiga o branqueamento de capitais (39).[70]

Em termos de condenações (transitadas em julgado e proferidas no ano de 1999), os números apresentam os seguintes valores:

	Total de processos	Total de arguidos	Total de condenados
a) Branqueamento	02	03	01[71]

6. Apreciação global – Propostas

a) Formação permanente dos magistrados judiciais, do Ministério Público e dos órgãos de polícia criminal nas áreas do branqueamento de capitais e da corrupção.

(66) Para tanto, ficou consagrado que, "with a view to ensuring that the financial system is not used as a channel for criminal funds, banks should make reasonable efforts to determine the true identity of all customers requesting the institution's services".

(67) Ficou consagrado que: "bank's management should ensure that business is conducted in conformity with high ethical standards and that laws and regulations pertaining to financial transactions are adhered to".

(68) Aí ficou consagrado que: "banks should cooperate fully with national law enforcement authorities to the extent permitted by specific local regulations relating to the customer confidentiality".

(69) Nessa esteira, deixou-se expresso que: "Attention should be given to staff training in matters covered by the statement. Arrangements for internal audit may need to be extended in order to establish an effective means of testing for general compliance with the Statement".

(70) "Últimos dados estatísticos disponíveis". *Estatísticas da justiça*. GEPMJ, 1999. p. 235.

(71) *Estatísticas da justiça*. GEPMJ, 1999. p. 168.

b) A criação de equipas conjuntas de investigação (não só no âmbito exclusivamente nacional, mas também de cariz internacional)[72] apoiadas, em permanência, por peritos económicos, financeiros e contabilísticos.

c) Paralelamente, devem promover-se (de forma intensiva) acções de formação e sensibilização junto das entidades obrigadas a sinalizar as "operações suspeitas", dotando-as de conhecimentos específicos, a fim de as ajudar a reconhecer, de forma precoce, qualquer operação que possa envolver acções de branqueamento.[73]

d) Desenvolvimento de relações e contactos entre os diversos Estados-membros da União Europeia, bem como dos países de expressão portuguesa nesta área, para, de forma conjunta, se superarem os problemas/estrangulamentos identificados nesta matéria que podia passar pela utilização mais frequente da Interpol, magistrados de ligação, a Europol e, num estádio diverso, pela Eurojust.

Bibliografia

ADAMOLI, Sabrina. *Organized crime and money laundering trends and countermeasures:* a comparison between western and eastern Europe. Transcrime, Università di Trento, 1999. 22p.

_____; SAVONA, Ernesto Ugo; NICOLA, Andrea di. *Organized crime around the world.* Helsinki: Heuni, 1998. 177p.

AGUADO, Javier Zaragoza. "Análisis sustantivo del delito". *Prevención y represión del blanqueo de capitales.* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n. 28, p. 289-327, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. "Branqueamento de capitais: reacção criminal". *Estudos de direito bancário.* Coimbra: Ed. Coimbra, [s.d.]

ANTUNES, Manuel Ferreira. *Conferência internacional sobre o branqueamento de capitais* – Combater as novas e crescentes ameaças do crime económico organizado internacional. Sumário e conclusões. Instituto Nacional de Polícia e Ciências Criminais, abr. 1996. 27p.

_____. *A investigação criminal e a criminalidade económica organizada.* Apontamentos para uso dos auditores do curso de pós-graduação em direito penal económico e europeu de 2002. Coimbra, 3p.

(72) É consabido que a criminalidade ligada ao branqueamento de capitais tem um vincado cariz de transnacionalidade, pelo que para um combate eficaz é necessário implementar, de forma sistematizada, uma ampla colaboração e cooperação internacional.

(73) Concorda-se, plenamente, com Gabriel González, "Prevención y represión del blanqueo de capitales", *Consejo general del Poder Judicial*, n. 28, p. 34, Madrid, 2000, ao referir-se que: "(...) el blanqueo no solo se realiza a través de operaciones que involucran grandes cantidades de dinero a través de complicados artificios de movimientos internacionales de capital. El blanqueo también se produce a través de operaciones *modestas,* en cantidades pequeñas, con procedimientos poco sofisticados y al margen de los movimientos internacionales de capital".

_____. "Polícia criminal e criminalidade económica – subsídios para uma perspectiva sistêmica". *Polícia e Justiça*, n. 5, p. 65-87, 1990.

BUFFA, Francesco. *Internet e criminalità*. Milano: Guiffrè, 2001. 340p.

CAEIRO, Pedro. *Direito penal e integração europeia*. Sumários e bibliografia para uso dos auditores do curso de pós-graduação em direito penal económico e europeu de 2002. Coimbra, 23p.

CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998. 521p.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1997. 597p.

_____. *Responsabilidad de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Granada: Comares, 1999. 267p.

COSTA, José de Faria. "O branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal)". *Direito penal económico e europeu:* textos doutrinários. Problemas especiais. Coimbra: Ed. Coimbra, [s.d.]. vol. II.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "As 'associações criminosas' no Código Penal português de 1982 (arts. 287 e 288)". Separata de: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra: Ed. Coimbra, ns. 3751 a 3760, 82p., 1988.

DOMÍNGUEZ, Fernando Rosado. "El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas internacionales de riesgo". *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n. 28, p. 158-178, 2000.

DUARTE, Jorge Manuel. *Branqueamento de capitais: o regime do Dec.-lei 15, 22.01.1993, e a normativa internacional*. Porto: UCP, 2002. 207p.

DUPUIS, Marie-Christine. *Finance criminelle*. Paris: PUF, 1998. 230p.

FRANCO, Alberto Silva. "Globalização e criminalidade dos poderosos". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, IDPEE*, Coimbra: Ed. Coimbra, ano 10, fascículo 2, p. 183-228, abr.-jun. 2000.

GARZÓN, Baltasar. "Cooperación jurídica internacional en el ámbito del blanqueo de dinero y espacio de seguridad, libertad y justicia en la unión europea". *Prevención y represión del blanqueo de capitales*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n. 28, p. 419-444, 2000.

GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de branqueamento de capitais* – Introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001. 279p.

MARTINS, Lourenço. "Branqueamento de capitais: contra-medidas a nível internacional e nacional". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, IDPEE*, Coimbra: Ed. Coimbra, ano 9, fascículo 3, p. 449-487.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferre; BORALLO, Enrique Anarte (Eds.). *Delincuencia organizada:* aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999. 405p.

QUIROJA, Jacobo López Barja. "Posición de la unión europea sobre el crimen organizado". *La criminalidad organizada*. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001.

RAUFER, Xavier; QUÉRÉ, Stéphane. *Le crime organisé*. 2. ed. Paris: PUF, 2001. 125p.

RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes. *Para uma política criminal europeia*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002. 872p.

ROLDÁN, José Maria. "La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional: el Gafi (Grupo de Acción Financiera Internacional)". *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n. 28, p. 203-212, 2000.

SAVONA, Ernesto Ugo. *La direttiva anti-riciclaggio dell Unione Europea*. Transcrime, Working Papers, n. 4, marzo 1996.

_____; NICOLA, Andrea di. *Processi di globalizzazione e criminalità organizzata transnazionale*. Trancrime, Università di Trento, Working papers, dicembre 1998, n. 29, 31p.

SIMÕES, Euclides Damaso. "Cooperação judiciária em matéria penal no seio da União Europeia". *RMP*, n. 86, p. 99-106, 2001.

ANEXO I
Comunicações

ANO	NÚMERO
1993	02
1994	13
1995	18
1996	20
1997	40
1998	19
1999	37
2000	41
2001	139
2002	37
TOTAL	371[74]

Abreviaturas e siglas

AR – Assembleia da República
BOE – Boletin Oficial del Estado (Espanha)
CJ – Colectânea de Jurisprudência

[74] Dados recolhidos até 08.04.2002, por gentileza do Exmo. Sr. Chefe de Gabinete de Sua Excelência Conselheiro Procurador-Geral da República (entidade competente para o recebimento das comunicações), a quem publicamente se agradece a disponibilidade demonstrada.

CP – Código Penal
CPP – Código Processo Penal
DR – Diário da República
JOCE ou JO – Jornal Oficial da Comunidade Europeia
MP – Ministério Público
PGR – Procuradoria-Geral da República
PJ – Polícia Judiciária
RAR – Resolução da Assembleia da República
RMP – Revista do Ministério Público
RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
TUE – Tratado da União Europeia
UCP – Universidade Católica Porto
EU – União Europeia

4. CRIMINOLOGIA

4.1

CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE A IMPORTÂNCIA DA PSICANÁLISE PARA O JUÍZO DE IMPUTABILIDADE

JOE TENNYSON VELO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Depois de Pinel, a biologia – 3. Dependência histórica do saber jurídico em relação ao saber psiquiátrico – 4. A função cultural do livre-arbítrio – 5. A loucura como perda da liberdade – 6. A loucura como liberdade – 7. O exemplo de Lacan – 8. O problema jurídico – 9. Algumas conclusões – Bibliografia.

Resumo: O trabalho tem por objeto particular aspecto do relacionamento entre o saber jurídico e o saber psiquiátrico, com enfoque no juízo de imputabilidade criminal (pressuposto da responsabilidade). Atenta para o fato de que a concepção biológica em psiquiatria favorece o entendimento, de regra presente no âmbito jurídico, de que a doença mental pode ser reconhecida como uma doença orgânica e significa a perda do livre arbítrio. De conseqüência, o jurista tende a supor que o saber psiquiátrico tem condições de precisar a imputabilidade criminal, ou seja, constatar quando alguém agiu ilicitamente com ou sem capacidade de entender a ilicitude ou de autodeterminar-se segundo tal entendimento, bem como tende a julgar incapaz e perigoso o doente mental que realiza conduta ilícita. Com apoio no pensamento de Lacan, em especial o desenvolvido em sua tese *Da psicose paranóica em suas relações com a personalidade*, de 1932, propõe-se valorizar a pertinência do conceito psicodinâmico de personalidade para o juízo de imputabilidade, ocasião em que é suporte a mentalidade filosófica do tipo existencialista.

Palavras-chave: Direito criminal – Imputabilidade – Psiquiatria – Psicanálise – Lacan.

1. Introdução

Por se tratar de estudo eminentemente teórico, como, amiúde, se caracterizam os textos jurídicos, ainda que relacionado com tema da psicanálise, a metodologia empregada neste estudo é a histórica e a crítica. Histórica, porque a abordagem de um instituto jurídico-criminal, como o da imputabilidade, pressupõe a identificação de uma prática vinculada ao exercício do poder. Não há como identificar o poder senão por meio de sua condição histórica. Afinal, o direito criminal é pura expressão do poder, seja como exercício, seja como disciplina dele. Crítica, porque é fundamental que o pensamento acadêmico sempre procure o aperfeiçoamento de uma idéia e, para tanto, deve ser questiona-

dor, revisionista, hermenêutico, porém sempre otimista, mesmo que precise se aproximar da utopia.

O relativo apoio em considerações de ordem psicanalítica também faz parte do fundamento do próprio texto. Este estudo encontra sua justificativa numa problemática que é ao mesmo tempo jurídica e psiquiátrica. Procurei empreender certo aperfeiçoamento do pensamento jurídico referente à imputabilidade criminal por meio de considerações oriundas do pensamento psicológico psicodinâmico. Também considero que o texto assumiu caráter misto e espero sirva de arrimo aos preocupados com a cultura jurídico-criminal.

2. Depois de Pinel, a biologia

Wilhelm Griesinger (1817-1868) venceu Philippe Pinel (1745-1826). Em que aspectos esse fato faz-se importante consiste o tema deste ensaio, que tem por objeto o relacionamento entre a psiquiatria e o direito criminal. Foi a metodologia médica voltada ao diagnóstico ou à compreensão da doença que esteve no centro do debate entre os dois pesquisadores. Como se sabe, o médico alemão fez prevalecer o pensamento que valoriza o lugar da doença mental, qual seja, o cérebro. Com Griesinger, a psiquiatria alemã conquistou a França após a confirmação de que o diagnóstico estruturado por meio do método anátomo-clínico seria qualitativamente superior ao clínico ou funcional. A vitória foi consolidada com a tradução para o francês da obra fundamental de Griesinger, *Tratado das doenças mentais* (1843), por Jules Baillarger (1809-1890), fazendo com que a ideologia do organicismo – *antes de tudo, nas doenças mentais deve-se ver uma afecção do cérebro* – sintética e desumana, como à primeira olhada nos parece, fincasse raízes no pensamento ocidental. Tal ideologia acolhe as aspirações vagas e difusas de uma aspiração médico-psiquiátrica muito necessitada de lógica causal. Pode-se dizer que a psiquiatria biológica de hoje é herdeira legítima do método anátomo-clínico. Tornou-se impossível imaginar uma Psiquiatria que dispense o conhecimento da biologia e da fisiologia do cérebro. O elo com Griesinger é mantido devido à mentalidade reducionista pró-organicismo que caracteriza seu pensamento. Mas trata-se de uma psiquiatria que desconta a existência da alma. À parte prováveis vantagens que isto possa proporcionar, desde que os resultados terapêuticos do organicismo não são desprezíveis, é fato que a orientação psicanalítica, de igual modo, reúne conhecimentos e práticas dignos de consideração em muitas áreas do conhecimento, principalmente quando em questão estão problemas e ideais sociais, coisas do espírito, portanto.

Aparentemente, a vitória de Griesinger pouco significa e não passa de historieta, desde que o importante na medicina, para relevante parte dos estudiosos, é aliviar sintomas indesejáveis, enquanto a manipulação do cérebro (por meio da química) é capaz de produzir esse efeito. Se o local da doença é descoberto, bem como seu desenvolvimento compreendido, os fatores existenciais interligados às exigências de um inconsciente psicodinâmico são irrelevantes, sendo somente

importantes para ilustrar teorias de apoio secundário no tratamento. Jaspers (1883-1969) (2000) tentou amenizar a desconsideração da alma na construção do saber psiquiátrico,[1] mas, em termos práticos, não conseguiu inovar as bases do edifício epistemológico da psiquiatria, que continua, como sempre, identificada à concepção organicista ortodoxa.[2]

3. Dependência histórica do saber jurídico em relação ao saber psiquiátrico

Mas importa agora considerar que a frase inicial deste trabalho é sentença de real interesse para um outro espaço de saber, envolvido com coisas do espírito humano: o saber jurídico-criminal. A vitória de Griesinger bem resume as causas intelectuais do atual estágio dos problemas relacionados a importante instituto de direito criminal, tal qual o da imputabilidade, ou da responsabilidade criminal do doente mental. O debate entre Griesinger e Pinel não afetou apenas o campo reservado à metodologia médica; também proporcionou efeitos de grande alcance no pensamento e na prática do direito criminal. Aliás, o saber médico-psiquiátrico, como ilustram as investigações arqueológicas típicas de Michel Foucault (1926-1984), tem como característica repercutir poderosamente sobre centros de organização social, condicionando as principais táticas de poder vinculados a micro ou macropolíticas. Na medida em que as ciências jurídico-penais nunca escaparam à necessidade de dar atenção a estruturas lógico-objetivas para salvaguardar um mínimo de naturalismo e de coerência interna, o que é indispensável para que apresentem respostas às questões que justificam o conhecimento de seu objeto – o comportamento humano –, não podem descartar os movimentos que estabeleceram os instrumentos de ação e os fundamentos do saber psiquiátrico, de seu sentido político, de sua lógica e dos movimentos que determinaram sua evolução, portanto de sua história. Como previu Lacan (1901-1981) (1998), "não seria a busca da verdade o que constitui o objeto da criminologia na ordem das coisas judiciárias, e também o que unifica suas duas faces: a verdade do crime em sua face policial, a verdade do criminoso em sua face antropológica?".[3]

(1) As considerações de Jaspers jamais deixaram de ser pertinentes: "Como é que os gens são capazes de produzir fenômenos psíquicos que se inserem, entretanto, em sua totalidade, no contexto da tradição e da educação, da existência cultural e histórica (...). Não há quem duvide, certamente, de que a realidade mental se enraíze até suas derradeiras ramificações em fundamentos biológicos; mas estes jamais explicam o que é em si mental, ainda que seja clara sua relação com a psique e a mente (...). A mente, é alguma coisa transcendente à natureza, serve-se do corpo para realizar-se através dêle, para através dêle falar e desenvolver-se no mundo" *(Psicopatologia geral*, vol. 2, p. 902).

(2) Como exemplo de uma tal postura científica, cita-se, entre outros de semelhante prestígio, o pensamento de Eric R. Kandel ("A new intellectual framework for psychiatry". *American Journal Psychiatry* 155/457-469, 1998).

(3) "Introdução teórica às funções da psicanálise em criminologia". *Escritos*, p. 127.

Lembro o seguinte aspecto: para reforçar a dependência histórica do saber criminal em relação ao psiquiátrico, ao pesquisar o aparecimento das noções de "normal" e de "anormal" a partir da história da medicina do final do século XVIII, Foucault descobriu que a idéia de "norma" não é construção exclusiva da ciência jurídica, pois os cientistas médicos, quando se referem ao funcionamento do organismo, também impõem considerações de notável implicação axiológica e dogmática. Então, a partir de certa ocasião, a mentalidade jurídica dominante, que fazia uso dos suplícios para castigar os criminalmente responsáveis, decidiu que o poder poderia ser melhor recuperado por meio da normalização, isto é, da transformação das personalidades segundo os valores e as intenções da classe predominante, decisão que elegeu o saber médico sobre o comportamento à condição de centro estratégico de *biopoder* ou *biopolítica*. Não só o direito seria ferramenta importante para a conservação do poder político, pois a medicina com os sanitaristas, com os alienistas, depois psiquiatras, com seus métodos de normalizar e talvez com mais eficazes argumentos, reúnem conhecimentos e práticas capazes de justificar métodos impostos pela censura e produzir suas conseqüências. Os apontamentos de Foucault quanto a isto foram apresentados com maior ênfase em *O nascimento da clínica* (1963) e em *Vigiar e punir* (1975), bem como em sucessivos cursos ministrados no Collége de France (*O poder psiquiátrico*, 1973-1974, *Os anormais*, 1974-1975 etc.). São esclarecimentos convergentes para o ponto que agora pretendo destacar: a ciência penal não abandonou a técnica do castigo, porém abriu mão de sua supremacia para recuperar as almas que, mais ou menos, optaram pela maldade. Preferiu acolher a idéia de transformar pessoas más em seres que respeitem as normas, ou seja, em indivíduos *normais*. Conforme essa política, o indivíduo que resistisse à ordem deixaria de ser agredido, não apenas por uma questão de humanidade ou de justiça, a bem ver ele deveria ser recuperado; seria possível transformá-lo em alguém *dócil*, uma vez conhecida sua essência, suas disposições, tendências, idolatrias, dinâmicas, enfim, as forças que tendem a moldar e conduzir sua personalidade. O ato terapêutico, tática assemelhada a uma ação de guerra contra o mal (doença), deverá inspirar as medidas penais; o campo de batalha, como foi reconhecido o hospital do final do século XVIII, local onde se desenrola a luta entre a doença e o médico, estender-se-á às penitenciárias. O sistema panóptico, modelo para a política transformacionista que caracterizou aquele tempo, ainda hoje fundamenta opiniões e impera como política penitenciária. Seus efeitos são sutis, inquestionáveis, e no início contaram muito com a inteligência e a influência de Pinel. Idêntico reconhecimento reserva-se às medidas de segurança. Mas como será observado, a política transformacionista da personalidade encontrou na vitória da psiquiatria alemã do tempo de Griesinger nova dimensão e canais de interferência no pensamento jurídico-criminal.

O estudo de como se desenrolou a transposição do poder psiquiátrico para as instituições jurídico-criminais, por meio da "psiquiatrização do criminoso", exigência da política de transformar personalidades, sem dúvida é mérito de Fou-

cault. Como esclarece Fonseca (2001),[4] a noção de "desenvolvimento" foi fundamental para esse processo. Todos os indivíduos sujeitam-se ao desenvolvimento, todos têm de se realizar como personalidade. Em síntese, a personalidade seria o conjunto de características e qualidades adquiridas de uma pessoa, dinamicamente suscetíveis, cujo progresso pode ser mais lento em alguns ou interrompido em outros. O *desenvolvimento da personalidade* consiste em idéia básica, tanto para as conclusões teóricas da psiquiatria biológica, quanto para a psicologia em geral. A psiquiatria, a seu turno, tomou a idéia de personalidade como critério para reconhecer o estágio mental de alguém. Atendendo aos fundamentos reducionistas que auxiliavam sua *praxis*, os psiquiatras reconheceram na personalidade um dinamismo, porém comandado por fatores biológicos puros, que nada mais representam do que escorregões de substâncias químicas no território do cérebro, epifenômenos deste órgão por excelência. Com essa concepção foi possível fundamentar as políticas que têm como campo de análise o desenvolvimento da personalidade, e o direito criminal, por certo, não deixou de ser influenciado. A personalidade é tema médico e como tal sempre teve de ser abordada.

Importante constatação de Foucault, ainda segundo palavras de Fonseca (2001), foi de que "o princípio de difusão do poder psiquiátrico para as outras instâncias da sociedade foi justamente a confiscação da categoria da anomalia pela medicina, foi a psiquiatrização dessa categoria (...). O poder psiquiátrico estava em vias de se tornar um poder que se exerce sobre a figura do anormal, um poder com o papel de definir e de controlar o indivíduo anormal", podendo, assim, "se ligar a toda uma série de regimes disciplinares que existirão em torno dela, em função do princípio de que ela representa, ao mesmo tempo, a ciência e o poder sobre o anormal".[5] Tenho aqui o primeiro estágio do raciocínio que será seguido. O direito criminal e a medicina, a psiquiátrica em especial, aliaram-se e se fortaleceram como instâncias formais de controle social. Seus discursos acerca do comportamento humano, da essência do homem e de seu dinamismo, de como reagir contra as condutas indisciplinadas, revelam, a partir do final do século XVIII, uma forma de poder normalizador. Em face dessa aliança, a criminologia exemplar, por exemplo, só pôde nascer *determinista.* Seu aparecimento como antropologia criminal, primeiramente com as pesquisas de Cesare Lombroso (1835-1909), visou explicar alguns crimes como eventos "socialmente patológicos" determinados por atitudes "primitivas", biológicas, propensas à anti-socialização. Com o nascimento da criminologia etiológica projetaram-se correlatas "ideologias do tratamento", cuja influência em muitos Códigos Penais ocidentais são visíveis até hoje. Foi assim que a Constituição italiana, promulgada logo após o fim da Segunda Grande Guerra, previu em seu art. 27 que *as penas devem tender à reeducação do condenado.* A política que defendia a reeducação, naturalmente,

[4] "Cura ou castigo? Uma aproximação do tema da normalização da saúde mental em Michel Foucault", *Extensão*, n. 35-36, vol. 11, p. 92.

[5] Texto citado, p. 93.

voltou-se não apenas aos declarados inimputáveis, mas também aos condenados e capazes de pena. No sistema penal brasileiro também vigora aspiração dessa ordem, mas já amenizada pelas doutrinas que alertam sobre as inconveniências do "mito da reeducação", cujas vozes mais salientes (desde Bettiol e Alf Ross)[6] passaram a ser ouvidas a partir dos anos setenta do século XX. A política preventiva que pretende orientar a execução penal no Brasil não é sistematizada conforme a ideologia da reeducação, considerada utópica e até mesmo ilegítima se aplicada segundo suas premissas iniciais. Prevalece por aqui a mentalidade retributiva, permeada pelo senso de readaptação social do delinqüente por meio da disciplina carcerária. Por certo que a retribuição criminal não é um fim em si mesma, mas felizmente não há autorização constitucional ao Poder do Estado para tentar reeducar o criminoso por meio de critérios científicos capazes de interferir na configuração de seu caráter. Em última análise, ao Estado não é permitido pretender impor valores ao condenado por meio de qualquer projeto pedagógico, mas apenas deixar claro quais são os valores que, acaso respeitados, não há autorização para se punir. Resta, entretanto, o problema do doente mental que realiza um ato típico penal.

4. A função cultural do livre-arbítrio

O jurista depende do saber psiquiátrico para julgar o doente mental; ele divide competências com o médico. O desenrolar de aspectos referentes à doutrina do tratamento, compatível com o positivismo criminológico (determinismo), jamais deixou os juristas totalmente à vontade para abdicar de alguns fundamentos ligados à hipótese do *livre-arbítrio*. Por que todo o progresso da Ciência e da Filosofia não puderam até hoje libertar completamente o espírito jurídico da idéia de liberdade, mesmo relativa, que distingue o ser humano de qualquer outro ser? Pode-se dizer que, como filosofia e política, o direito criminal, mesmo orientado pela criminologia e dependente da psiquiatria, sempre precisou do livre-arbítrio e é precisamente essa necessidade lógica que o atormenta por meio dos tempos, pois enquanto o jurista sente que não consegue deixar de ser romântico e crer na liberdade humana (até por necessidade político-criminal), a psiquiatria e a filosofia que a acompanham afirmam diariamente não existir liberdade. Negando-a, falam psiquiatras influentes que processos bioquímicos ditam os comportamentos a partir do cérebro. Para a filosofia da psiquiatria clássica ou para a psiquiatria biológica o ser humano seria um ser *reativo*, ele atua segundo complexas combinações que, por vezes, estão distantes de seu controle intencional. De qualquer modo, mesmo que superada a controvérsia que ainda possa existir entre concepções deterministas e não-deterministas, hodiernamente os problemas epistemológicos da psiquiatria interessam ao jurista no que diz respeito à metodologia que

[6] De Giuseppe Bettiol destacam-se os textos "Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze constituzionali" (1953) e "Il mito della reeducazione" (1963), ambos presentes em *Scritti giuridici*, 1966, vol. II, p. 839 *et seq.* e 995 *et seq.*, respectivamente, enquanto a doutrina de Alf Ross está principalmente em *Skyld, ansvar og straf.*

convém seguir, não exatamente porque a suspeita de que não houve liberdade é mais forte, mas sim para que a credibilidade no sistema jurídico permaneça íntegra quando foi o doente mental que realizou a conduta ilícita.

Daí por que, na modernidade, a doença mental ou o inconsciente psicodinâmico são preciosas categorias, respectivamente, da medicina psiquiátrica e da psicanálise, que podem servir de álibis quase perfeitos para se descrever o que apaixonadamente foi a razão de tantos esforços de filósofos e cientistas da mente: a essência da liberdade humana. Todavia, se o livre arbítrio tem importante significado na cultura jurídica, por outro lado, a vitória de Griesinger sobre a hipótese funcionalista de Pinel fez com que fossem privilegiados os aspectos espaciais da doença, aqueles tocáveis quimicamente e localizáveis por meio da visão, das cores, enfim, os aspectos relacionados a transformações fisiológicas. Nesse contexto, na prática, resta obscurecido o valor da psicanálise ou da psicologia analítica. A sinistra hipótese de que a doença mental é tão-somente a alteração anormal que acontece no cérebro, além de favorecer a redução da clínica psiquiátrica à neurobiologia molecular, induz peculiar política criminal sobre o conceito de imputabilidade e de responsabilidade criminal exatamente porque mexe com a hipótese da liberdade. Queiramos ou não, o direito criminal, como sistema de princípios e de normas, precisa contar com a liberdade, mesmo que ela assuma o perfil de postulado político-criminal. É preciso insistir no problema da liberdade de um ponto de vista não só filosófico, mas sobretudo prático. O jurista não sabe responsabilizar alguém senão em face da vontade livre. Mesmo as ponderações funcionalistas, que preferem ver na conservação da credibilidade do sistema normativo o fundamento das técnicas punitivas, não ultrapassa completamente os problemas metafísicos inerentes à liberdade humana e à necessidade prática e jurídica de só se condenar o sujeito imputável, ou seja, aquele que está com suas faculdades psicológicas rigorosamente plenas. Não se quer aqui revitalizar o clássico dilema entre livre-arbítrio e determinismo, mas sim insistir sobre uma necessidade político-criminal ainda contemporânea que, mesmo na ausência de hipóteses fecundadas pela experiência, faz com que o jurista não possa abrir mão do postulado da liberdade para manejar o instituto da responsabilidade criminal. Como, a partir disto, poderá agir o jurista diante do dilema, em que a psiquiatria biológica repele o livre arbítrio mas também é sentida a necessidade de manter-se viva a cultura que acolhe a liberdade de decisão?

É certo que os psiquiatras jamais encontraram o sinal anátomo-patológico da doença mental como imaginaram ser possível a partir da vitória de Griesinger. O defeito no cérebro permaneceu tão hipotético quanto a realidade do inconsciente psicodinâmico. A exemplo da liberdade de vontade em relação ao direito criminal, o sinal anátomo-patológico tem cumprido o papel de postulado da psiquiatria, pois raros são os casos em que pode ser provado por meio de investigação empírica. Para os médicos, argumenta Barreto (1999), o material de análise quase sempre foi a linguagem, como fala ou comportamento.[7] São as

[7] *Reforma psiquiátrica e movimento lacaniano*, p. 106.

expressões do doente mental, seu modo de ser e de pensar, que revelam a presença da patologia.

Talvez a principal conquista da psiquiatria, no campo experimental, tenha sido a organização de sua fenomenologia, de modo que a descrição das manifestações dos pacientes permita que o diagnóstico psiquiátrico seja coerente, o que representa valioso caminho para a identificação uniforme dos estados alterados de ânimo e, de resto, para o alívio dos sintomas. Nem por isso fechou-se o problema da causalidade dos distúrbios e de sua compreensão. Por isso o jurista se ilude ao ter a psicopatologia e a nosologia modernas como meios para a solução de problemas relacionados à imputabilidade. Percebo haver um certo apego à catalogação das doenças mentais, uma espécie de código comportamental para fundamentar os julgamentos. A lei penal brasileira não autoriza a punição da pessoa que, como conseqüência de doença mental, agiu sem a capacidade de entender o caráter ilícito da conduta, ou agiu com déficit da capacidade de autodeterminar-se de acordo com um tal conhecimento. Como o simples diagnóstico não basta para a solução de seus problemas, é preciso que o jurista se conscientize do seguinte: o juiz criminal, quando diante da dificuldade prática de julgar se o doente mental deve ser responsabilizado criminalmente, não deve apenas levar em consideração as alterações contingentes orgânicas (por vezes reduzida a distúrbios funcionais) que podem haver interferido na conduta ilícita. Tais fatores estarão bem delineados pelo psiquiatra perito previamente convocado para falar sobre o caso. Outrossim, não convém permanecer passivo e satisfeito com o diagnóstico realizado com apoio nas classificações nosográficas (DMS ou CID, por exemplo). Tais classificações marcam a vitória do olhar médico-psiquiátrico, representam o que há de mais moderno a respeito da fenomenologia da doença mental. Todavia, a Psicopatologia não conseguiu e, acredita-se, nunca o conseguirá, dirimir todos os conflitos de opiniões acerca do que realmente deva ser considerado patologia, conflitos estes marcados pelo preconceito e pontos de vista próximos da ética, do moralismo e que, por isso, induzem juízos falíveis. O jurista não deve ignorar serem inseguros os critérios acadêmicos que orientam a eleição das situações a serem consideradas patológicas; ele deve investigar os erros mais freqüentes dessa eleição, a instabilidade de seus valores, desde que seja seu mister julgar a ação ilícita e catalogada como patológica a partir da classificação nosológica. É emblemático o estudo desenvolvido pela jurista inglesa Wootton (1897-1988) (1959) quando coletou, entre várias obras de psicopatologia, mais de 20 conceitos diferentes de saúde mental, concluindo, segundo tais conceitos, serem de natureza moral as mais freqüentes qualidades da mente saudável. Assim, a saúde mental corresponde à felicidade e à adequação às exigências e regras da cultura, de modo que o sujeito inclinado à tristeza e que não consegue ser economicamente produtivo ou capaz de estabelecer relacionamentos amistosos, está vulnerável ao diagnóstico de doença mental, bastando que preencha outros sinais previamente catalogados.[8]

[8] Entre conceitos transcritos por Wootton tem-se o seguinte: "The well-adjusted personality, which characterizes a happy and efficient man ou woman, is a harmonious

Lacan (1987), por sua vez, quando alertou sobre o peso da nosologia psiquiátrica do início do século XX, escreveu que "os quadros se distinguem com muita freqüência pela arbitrariedade de sua delimitação, por suas imbricações recíprocas, fontes de incessantes confusões, sem falar daqueles que são puros mitos. A história da psiquiatria demonstra suficientemente seu caráter vão e efêmero".[9] Na verdade, como ainda preconiza Wootton (1959), é impossível definir doença mental sem lançar mão de valores morais ou sociais, fazendo dessa categoria uma expressão cultural ou ética.

Se o conceito de doença mental não é unívoco, convém ao jurista atender à consideração que vê a gênese dos problemas psiquiátricos e jurídicos como relacionado a um distúrbio evolutivo da personalidade existencial. A hipótese do inconsciente psicodinâmico vem à tona. Quando escreveu, há mais de meio século, sua tese de doutorado em medicina sobre a psicose paranóica, recomendando ao médico para que dê atenção à psicanálise e esta a enfrentar a psicose, Lacan (1987) ainda alertou "ser possível que não se reconheça à psicose nenhum elo unívoco com uma disposição caracterológica definível, e que, no entanto, predominem em seu determinismo os mecanismos da "personalidade", a saber: desenvolvimento, experiências e tendências de ordem pessoal. Inversamente, a existência de uma correlação da psicose com uma certa predisposição constitucional não demonstra, por si mesma, uma determinação "psicogênica". A "constituição", com efeito, pode traduzir apenas uma fragilidade orgânica em relação a uma causa patogênica externa à personalidade, isto é, em relação a um "processo" psíquico, para empregar o conceito geral elaborado por Jaspers".[10] Este sucinto parecer de Lacan serve para exemplificar a direção que pode ser atendida para que não apenas o clássico psiquiatra seja ouvido pelo jurista. Com igual atenção, deve ser questionado o profissional psicólogo ou psiquiatra versado em psicanálise para que, com apoio em seus comentários, o magistrado decida o futuro do doente mental que se envolveu com o sistema punitivo. É preciso que, além do cérebro, a alma seja apresentada ao teatro jurídico com idêntico respeito. Desse modo, a necessidade espiritual de valorizar o postulado do livre arbítrio continuará atendida.

5. A loucura como perda da liberdade

De fato, o parecer da psiquiatria clássica é de perfil biológico e organicista, mas impregnado pelo discurso moral, tal qual identificou Foucault principalmente em *História da loucura na idade clássica* (1961). Ouvindo apenas o psiquiatra *clássico*, o jurista corre o risco de acolher opiniões moralistas sob o disfarce de científicas. Outrossim, caso o parecer psiquiátrico clássico seja exclusivo, haverá

bleing of theses varied emotions and caracter traits, resulting in self-control and habits of conformit" (*Social science and social pathology*, p. 212).

(9) *Da psicose paranóica em suas relações com a personalidade*, p. 267.

(10) Idem, ibidem, p. 43.

considerável perda de conteúdo argumentativo no juízo de imputabilidade. Mas não apenas isto. A tendência da reação jurídica, sendo o réu absolvido em face da doença mental diagnosticada ao modo clássico, será considerá-lo como ser dividido, ou seja, dotado, por um lado, de uma personalidade potencialmente boa e coerente, capaz de voltar a ser dominante e, de outro, como representante de personalidade má, perversa, doente, que impôs seus desejos e aventuras incompatíveis com a ordem social. A dissociação entre saúde e doença, liberdade e não liberdade, empreende importantes conseqüências na mentalidade jurídica no tocante ao juízo de imputabilidade e à execução das medidas de segurança. Se o doente mental é alguém que perdeu a liberdade porque fatores endógenos avançaram sobre seu potencial reflexivo, fazendo-o não apenas imoral, mas alguém *amoral* (destituído da representação da moral), noutras palavras, se prevalecer o aforismo de Henri Ey (1900-1997), no sentido de que *as doenças mentais são insultos ou empecilhos à liberdade* e cuja mentalidade é compatível com a vitória de Griesinger, ao doente que realiza o tipo penal apenas um destino está reservado: o manicômico, como verdadeiro campo de batalha para que a personalidade amoral seja domada e volte a ser submissa àquela outra, dócil, prudente e moral, que tem sido dominada. Entende-se que a mentalidade que reconhece na doença mental pura biologia, desvinculada de contingências existenciais relacionadas ao conceito de inconsciente psicodinâmico, favorece a interpretação de que o efeito primeiro e inevitável da doença mental é a perda da liberdade, bem como a imaginação irresistível de o doente ser perigoso, irresponsável e que tem de ser sobretudo contido. Para o doente mental, neste caso, a punição consolida-se como transformação da personalidade; há o deslocamento da responsabilidade que exige o aprisionamento em estabelecimento penitenciário, para outra espécie de tratamento, que pressupõe o aprisionamento no manicômio judiciário. Em ambas as situações impera a ideologia do tratamento, da transformação da personalidade por meio da imposição de novos indicadores de seu curso e desenvolvimento. Enfim, para o pensamento psiquiátrico clássico, atualmente próximo da psiquiatria biológica ortodoxa, a loucura é a perda de liberdade e isto dificulta a compreensão de que seu discurso está muito próximo do discurso moralista e político. Os manicômios ficam lotados e os juízes privados de argumentos úteis para a realização da justiça. Se a opinião médica em psiquiatria forense reduzir os referenciais de suas explicações sobre a doença mental à causalidade orgânica, se for esquecido que a experiência da linguagem obedece a princípios e causalidades próprios, que não podem ser reduzidos a essa causalidade, a disposição de considerar a doença mental como perda da liberdade cria problemas ao espírito do doente, haja vista que a imperiosa necessidade de conter o mal para que sobreviva o bem sepulta a identidade da pessoa. A existencialidade humana é incompatível com este tipo de dissociação.

6. A loucura como liberdade

A proposta terapêutica da psicanálise não é compatível com a mera supressão do sintoma por meio de instrumentos químicos. A meu juízo esta postura científi-

ca tem implicações mais profundas, a ponto de adentrar o espaço reservado às proposições político-criminais que versam sobre a responsabilidade. Assim, decisões sobre como administrar a responsabilidade criminal do doente mental, ao contrário da orientação tradicional que vê o manicômio como o lugar seguro de aprisionamento e tratamento da doença ou, como diria Lacan (1998), o que podemos designar como *uma concepção sanitária da penologia*,[11] terão como fundamento novas abordagens sobre o dinamismo da liberdade humana. Acredito que mesmo a experiência do juízo de imputabilidade adquirirá novos contornos. Por outro lado, o princípio de a doença mental ser sinônimo de perda da liberdade como resultado de alteração bioquímica que ocorre no cérebro enfraquece o raciocínio médico e, via de conseqüência, impõe limites ao próprio raciocínio jurídico.

A visão psicanalítica ensina que a personalidade continua a ser configurada e a vencer obstáculos por meio ou apesar da patologia. Lacan enfrentou o lema de Henri Ey, supra-referido, no clássico texto *Formulações sobre a causalidade psíquica* de 1946, com o objetivo de divulgar a necessidade de se ampliar as possibilidades de compreensão da personalidade humana para além do organicismo, atribuindo ao fenômeno psíquico possibilidades de significado que, por vezes, são incompatíveis com a mentalidade biológico-causalista. Nesse escrito foi mostrado que a psicanálise também está comprometida com outra verdade, diversa da realidade do corpo, em que os fenômenos psíquicos patológicos não implicam necessariamente perda da liberdade em termos de mutações apreendidas pela dedução. A não visibilidade da loucura faz com que sua compreensão se realize por um viés menos categórico e mais contraditório, menos exato e mais intuitivo ou reflexivo. Se isto é problemático no exercício do juízo de censura penal é outro aspecto a ser enfrentado. Todavia, a problemática em si, como colocada, não deve ser relegada a segundo plano na órbita do trabalho do pensador jurista. Como profissional cauteloso, ele tem de assumir essa angústia e compartilhá-la com os psicólogos. Descobrirá ser a contradição da existência humana, o paradoxo que lhe é peculiar e assustador, as verdadeiras circunstâncias que permitem ao homem discursar sobre a liberdade, o que pressupõe humildade e auto-análise, pois não é possível investigar ou julgar a liberdade do outro sem analisar as próprias possibilidades de agir. Amparado pela lógica da psicanálise, Lacan teria dito ser a marginalização do significado dos fatos o que compromete a concepção de Henri Ey em sua essência. Há aquela síntese lacaniana, um tanto famosa, que julgo importante ao jurista: "longe de a loucura ser um fato contingente das fragilidades de seu organismo, ela é a virtualidade permanente de uma falha aberta em sua essência. Longe de ser para a liberdade 'um insulto', ela é sua mais fiel companheira, e acompanha seu movimento como uma sombra".[12]

O manicômio, do modo como é organizado atualmente, simboliza a eliminação (aprisionamento) dos sintomas. Para tanto, estes são a característica indisfar-

(11) "Introdução teórica às funções da psicanálise em criminologia". *Escritos*, p. 139.

(12) "Formulações sobre a causalidade psíquica". *Escritos*, p. 177.

çada do que se imagina como manifestações de outra personalidade. Porém, para muitas ocasiões, outra ética é recomendada e que propõe a interação por meio da palavra, a reconciliação com os sintomas, sem perder de vista que a loucura pode ser expressão da liberdade e de que o ser humano, embora marcado pelas diferenças sociais, somente pode ser visto em sua individualidade, como personalidade única, que não mede esforços – mesmo inconscientes – para atualizar potenciais inatos e que jamais deixarão de reclamar atenção. Tais argumentos devem necessariamente afetar a política manicomial.

Ademais, o manicômio não tem sido lugar adequado para a manifestação da personalidade. Em seu âmbito, o sujeito titular de direitos está suspenso para que outra personalidade seja tratada ou domada, o que implica supor a sua eliminação pura e simples. Utopia de graves conseqüências ético-jurídicas. Se a liberdade do doente mental é assunto que diz respeito ao direito criminal, a compreensão jurídica da imputabilidade e seus efeitos depende da consideração desse jogo cultural e científico em que estão envolvidos a psiquiatria e a psicologia.

As dificuldades relacionadas ao juízo de imputabilidade podem constelar a interpretação da loucura a partir de dois caminhos alternativos: ou como perda da liberdade, tal qual assume a psiquiatria biológica, ou como manifestação típica da própria liberdade humana, segundo propõe a psicanálise ou as psicologias de linha psicodinâmica. Preponderando o primeiro projeto, a constatação pelo perito da presença de doença mental, segundo as bases que fundamentam a psiquiatria clássica, fará prevalecer a opinião de que o periciado, porque agiu sem liberdade, deve ser julgado inimputável, portanto irresponsável criminalmente. Nesse caso, mesmo contribuindo para o juízo de irresponsabilidade, o parecer médico poderá sugerir o internamento do doente, situação que fatalmente determinará quase o fim da personalidade e da dignidade do sujeito, uma vez que, como referido, o manicômio, lugar do isolamento e da esperada mutação no curso do desenvolvimento da personalidade, será seu inexorável e definitivo destino. Cumpre lembrar que o atual Código Penal prevê o internamento em hospital de custódia, por prazo indeterminado, para os inimputáveis que realizaram delitos cuja sanção é a reclusão.[13] As medidas de contenção do furor da patologia mental ainda designam pelo nome (medidas de segurança) a mentalidade sanitária desenvolvida após a cultura iluminista se espalhar pelo Ocidente. Outrossim, não sem motivos, questiona-se cada vez mais a própria capacidade do saber psiquiátrico dizer quando houve ou não liberdade.[14]

(13) Art. 97 do CP: "Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial". A medida de segurança indeterminada talvez esteja com seus dias contados, pois os atuais estudos de reforma do Código Penal têm o entendimento de que o máximo de tempo de aplicação da medida deve ser o correspondente à pena máxima prevista em abstrato para o tipo realizado.

(14) Quanto à possibilidade real do perito precisar concretamente se o sujeito doente mental, no momento em que realizou a conduta ilícita, estava dotado de capacidade de entender a ilicitude ou de autodeterminar-se segundo esse entendimento, escreve-

Em rápida análise, suponho que abalos de grande repercussão no desenvolvimento da personalidade interferem sobre o dinamismo de dons inatos interagentes com o mundo externo. Tais dinamismos são inconscientes. Porém, trata-se de interferências ou abalos que não precisam ser compreendidos como obstáculos patológicos que afetam a personalidade e sua dignidade. A liberdade pode encontrar expressão autêntica mesmo na doença. As considerações metapsicológicas de Jorge de Figueiredo Dias são pertinentes. O jurista português concluiu que a doença mental não causa total supressão da personalidade como dinamismo voltado ao *existir*, apreendido de um ponto de vista antropológico. Dias (1983) considera a influência da *tendência* humana ao *existir* (pulsão), de maneira que a existência – "a existência que eu sou – é-me tão própria que eu 'tenho que' a realizar, por mais que o meu 'poder-ser' seja dependente, condicionado, previamente dado e limitado pelas minhas possibilidades materiais. Se, pois, o existir se me apresenta como tarefa própria, a sua execução fáctica não é um mero 'decurso' exterior, mas a 'minha' realização 'pessoal'. O que significa que a 'pulsão' para a realização, segundo um sentido, do próprio existir, porque ligado ao campo dos 'impulsos' condicionantes do agir humano – apela para um *modus* característico de realização: a realização pessoal ou 'pela liberdade'".[15] Este aporte indica ser a liberdade a expressão – potencialidade para a ação – por meio da qual o homem se realiza como ser humano. Ele é "pulsionado" a agir, contudo não o realiza senão livremente, pois o realizar-se depende, em grande medida, da decisão, da opção, da escolha dos possíveis papéis, do querer ser alguém. Sem liberdade não há realização, mas tão-somente vibração inconsciente, de pouco valor existencial. Por isso a liberdade é fundamento da responsabilidade criminal, é o modo de existir do homem. Para a opinião de Figueiredo Dias, portanto nitidamente de cunho existencialista, com a qual neste ponto compactuo inteiramente, a "responsabilidade do homem é o ter de responder pelo seu comportamento no fundamento do seu existir, cuja essência é o ser-livre". Neste contexto é possível inferir o fundamento que faz possível cogitar da culpa jurídico-penal: "o existir, visto primariamente, é ser-livre, e portanto responsável, e portanto capaz de culpa".[16] Como "expressão atualizada de uma decisão do homem", segundo visão de Guardini, ainda é possível concordar com Figueiredo Dias que a personalidade é objetivação de decisões ético-existenciais, objetivação vista aqui não de uma perspectiva naturalística, mas sim filosófico-antropológica, como o substrato espiritual que fundamenta o juízo de censura penal.[17]

Segundo esta ordem de idéias a doença mental não obstaculizaria completamente o existir. Digamos que a doença é real interferência sobre a personalidade,

ram, entre outros, Gianluigi Ponti e Isabella Merzagora (*Questioni sulla imputabilità*. Padova: Cedam, 1994).

(15) *Liberdade, culpa, direito penal*, p. 141-142.

(16) Figueiredo Dias. Op. cit., p. 152-153.

(17) Idem, ibidem, p. 171.

a ponto de modificá-la substancialmente, mas, como dinamismo, a personalidade não é interrompida, nem é anulado seu principal combustível, que é a liberdade. Ao contrário, a configuração patológica representa um modo de ser livre, uma atitude heróica de luta pela liberdade de existir, por vezes uma necessidade procurada de todas as maneiras pela subjetivação inconsciente, o que não suprime o significado íntimo da existência. O modo de ser patológico é expressão do sujeito que *opta* por um outro caminho. O caráter do sujeito, aspecto vinculado à sua dimensão biológica (talvez melhor seria chamá-lo de temperamento), é afetado sobremaneira com a doença mental. Mas não a personalidade. Dias (1983) entende que esta circunstância favorece a opinião de que não há responsabilidade criminal nos atos do doente mental porque a patologia impede a compreensão da personalidade, ela ficaria como que obscurecida pela diversidade dos sintomas. Segundo palavras do citado autor: "a anomalia psíquica – nos casos mais graves – torna a total personalidade completamente invisível à compreensão estranha e exclui, com isto, toda a possibilidade de sobre ela se emitir um juízo de valor. Nesta impossibilidade de 'compreensão' da personalidade que se exprime no facto se baseia o juízo de inimputabilidade jurídico-penal".[18] Essa circunstância é significativa no que concerne a seu valor jurídico e poderá estabelecer um critério válido, seja científico ou filosófico, para a realização de juízos de imputabilidade. Entretanto, embora o critério de Figueiredo Dias seja importante heuristicamente, entendo que ele nesse ponto não é o melhor. Outra vez, procura-se destacar a pertinência da ordenação oriunda de pesquisas psicanalíticas para o aperfeiçoamento do juízo de censura penal, pesquisas capazes de afastar o jurista, por um momento, da mentalidade médica que sempre vê na doença mental a ausência da liberdade ou o obstáculo à compreensão da personalidade.

Entendo que o primeiro passo para se aventurar nesse tema, que é médico e jurídico, consiste em assumir uma postura filosófica pessoal em relação à vida e à pessoa humana. Figueiredo Dias nos dá um bom exemplo disso. O segundo passo é tentar adequar tal postura aos desafios do dia-a-dia. O sucesso não é garantido, mas ao menos haverá uma luz a seguir e estará mantida a esperança de em algum momento se atingir *insight* capaz de convencer a maioria.

7. O exemplo de Lacan

A psicanálise ou a psicologia analítica tem um particular compromisso com a ciência médica, que é o de dissertar sobre a dimensão não exclusivamente biológica da personalidade, compromisso com a demonstração do caráter teleológico do inconsciente. Entendo que no juízo de imputabilidade as intempéries do inconsciente psicodinâmico também estão em questão. Diante do perito e do juiz haverá uma personalidade que se expressou como conduta que ao mesmo tempo é definida ilícito-criminal e psicopatologicamente. A decisão sobre a responsa-

(18) Figueiredo Dias. Op. cit., p. 188.

bilidade, sem abandonar o alcance ético que deve permear decisões de qualquer natureza, não pode desconsiderar as circunstâncias correspondentes à suposta repressão libidinal (seja ela entendida à luz da psicanálise ou como Carl Jung (1875-1961) a apresentou). A doença que se expressou como ilícito penal é o desenvolvimento determinado pelos acontecimentos da vida, pois é sob influência deles que o sujeito configura seu modo de reação pessoal. O desafio tanto do juiz quanto do perito será reunir número expressivo de sinais existenciais do sujeito para que possam compreender a reação ilícita. A questão básica no juízo de imputabilidade – houve diminuição da capacidade de entender o caráter ilícito do ato ou da capacidade de autodeterminar-se segundo esse entendimento – não dispensa o exame filosófico e psicológico da liberdade, estágios que a meu ver se completam e que são estranhos ao freqüentado pelo investigador psiquiatra clássico. Como defendeu Marcuse (1966),[19] a teoria de Sigmund Freud (1856-1939) também sustenta uma metapsicologia ou filosofia que não consigo compreender isoladamente da teoria psicanalítica experimental. A reflexão filosófica deve ocorrer sempre, principalmente quando a ciência ainda não conseguiu estabelecer sua metodologia. Para tanto, o exercício filosófico não promove juízos de realidade como a ciência realiza. Os juízos de valor não são constatações, eles propõem respostas, supõem alternativas, investigam quais tendências de pensamento estão acontecendo, daí por que indagar sobre a liberdade é fazer filosofia e juízos de valor na razão do confronto com o poder. A investigação filosófica não deve estar alheia à ética e à política. Portanto, como crítica a qualquer ideologia, não convém conceber a psicanálise separada de uma correlata filosofia, caso contrário o pensamento não evoluirá e será julgado intransigente.

A *capacidade de querer* é situação psíquica que atualiza a função da liberdade do sujeito em seu meio. A diversidade de opiniões tem sido constante nesse assunto. Desde o conhecido caso *Pierre Rivieri,* bem explorado por Foucault (1984) e de costume lembrado em trabalhos que versam sobre a relação entre direito e psiquiatria, a literatura médica e jurídica tem revelado outras situações exemplares do debate acerca do liame problemático que existe entre a responsabilidade criminal e a patologia mental. O que se pretende mostrar neste momento não é a qualidade científica das teses levantadas por médicos ou juristas, mas tão-somente destacar a riqueza intrínseca da discussão em si mesma, as características de discursos que estiveram calcadas em dados pouco visíveis, apesar de toda a pesquisa que sustentou as opiniões. A demonstração da permanência do debate é importante para que o jurista possa ter consciência do perigo que é confiar desmesuradamente numa orientação psiquiátrica qualquer, bem como da possibilidade e coerência dele dar ouvidos a considerações doutrinárias cuja objetividade não é evidente mas, nem por isso, de menor valor. A intenção é esclarecer outra vez a pertinência da psicologia para se diluir o rigor do raciocínio da psiquiatria biológica cujo prestígio nasceu com a vitória de Griesinger, bem como o efeito disso

(19) *Eros e civilização, uma interpretação filosófica do pensamento de Freud.*

no atual momento político do juízo de imputabilidade. Noutras palavras, com os presentes argumentos pretendo destacar o espaço de interferência da psicologia no processo jurídico. E para tanto, a experiência de Lacan é ilustrativa.

A tese *Da psicose paranóica em suas relações com a personalidade*,[20] de Lacan, é paradigma ainda vivo da tentativa histórica de se acrescentar ao debate médico-legal a doutrina da psicanálise. Inegavelmente, a tese, como referencial teórico, pode iluminar o trabalho dos atores do processo criminal. Sobretudo, marca a pertinência do psicanalista enfrentar a psicose. A meu ver, a tese de Lacan é referência de como o investigador perito pode estudar um caso criminal à luz de princípios psicanalíticos ou psicológicos, sem a necessidade urgente de abandonar ditames da psiquiatria. A partir da crítica ao conceito de personalidade vigente no início do século XX, Lacan não se propõe defini-la segundo a concepção existencialista acima aludida. Contudo, a abordagem crítica dessa categoria psicológica, com atenção à pesquisa sociológica e à investigação psicanalítica, permite compreender que o estudo da personalidade pressupõe atenção ao inconsciente, cujo funcionamento não é estático e sim dinâmico.

Lacan inaugurou um modo de pensar os problemas mentais relacionados à psicose à maneira de Freud, ultrapassou o momento então vivido pelo pensamento organicista em psiquiatria e esclareceu que o sentido e a evidência dos fatos que analisou em sua tese, seu valor científico e metodológico, são compreensíveis à luz do postulado do inconsciente. Nota-se que, ao contrário do que justificou Lacan, suas conclusões superam a simples apresentação de outra hipótese psicológica, que poderia servir de alternativa ao saber médico para a compreensão de um ato de violência. Trata-se de verdadeira tese que coloca em xeque alguns fundamentos da abordagem psiquiátrica clássica e organicista. Ela colide, ademais, com a própria ideologia relacionada ao diagnóstico psiquiátrico, uma vez que defender o pensamento de Freud em qualquer área do conhecimento – e ele pode ser reconhecido em muitos – implica mudança radical de mentalidade. O cientista que vê os fenômenos mentais como se fossem independentes da conduta na vida e da consciência do sujeito que sofre, considerando-os objetos em si, retira da psiquiatria o caráter humano dos fenômenos e se ilude quanto à possibilidade de se exercitar uma psiquiatria sem ideologia. Sendo assim, a tese de Lacan repercute na prática jurídica quanto à responsabilidade criminal, pois o pensamento jurídico sempre confiou e respeitou o saber psiquiátrico clássico e biológico repetidas vezes na história.

Suponho que o advento da psicanálise ofereceu à ciência psiquiátrica a filosofia que ela merecia, para usar de forma breve o comentário de Gaston Bachelard (1884-1962). O aprofundamento de uma abordagem que demarca um sentido à subjetividade humana não é característica da psiquiatra desde a época clássica. Todo o tempo os psiquiatras estiveram ocupados em esclarecer as causas,

[20] *De la psychose paranoïaque dans ses rapports avec la personnalité*, Paris: Le François, 1932.

morais ou biológicas, de alguns comportamentos para fundamentar seus juízos, construtores de uma psicopatologia essencialmente positivista. Ocorre que eles não conseguiram compreender o significado dos fenômenos psíquicos. A psicanálise, em seu sentido de metapsicologia, sinaliza esse significado quando considera que o homem não é apenas criação da necessidade orgânica, mas do *desejo*.[21] A seu turno, a psicologia analítica reconhece no inconsciente o projeto de energias arquetípicas que também pontualizam para um sentido prenhe de significado. Mas o saber psiquiátrico clássico preferiu a superfície dos fenômenos psíquicos, isentando-se de vários riscos, em troca de unilateral objetivação da análise médica.

Fato é que, se a loucura é polissistêmica, cada psicótico é diferente do outro. O modelo de doença mental não pode ser manipulado o tempo todo. Nesse sentido, o pensamento de Lacan, manifestado a partir de sua tese de 1932, tem o condão de sensibilizar a perícia médico-legal com a conclusão de que a psicose não representa apenas alguns sintomas a serem eliminados porque oprimem a razão, confundida com a liberdade de querer. Ao tempo da psiquiatria clássica (Pinel), aqueles cuja razão estava errada precisavam ser internados nos hospícios para recuperá-la por meio da disciplina. A psicanálise ou a psicologia analítica sugerem a escuta, definindo outros critérios de investigação, tratamento e fundamento da loucura que fazem mais rara a opção médica pelo internamento. Ademais, a perigosidade não é sempre efeito da loucura. Enfatiza Corbisier que "a psiquiatria freudiana, se é que podemos nos permitir essa ousada denominação, é a que prioriza a escuta do sofrimento porque entre outras coisas é a que vê o delírio como tentativa de cura. É a que recupera a tradição socrática de que falar é bom e pode provocar alívio da dor psíquica".[22] Porque habitualmente os valores psicanalíticos não têm prioridade no momento do juízo de imputabilidade, é oportuno ressaltá-lo neste momento como fator de sensibilização para os profissionais envolvidos, pois quando eles conhecem os fundamentos de psicanálise estão mais inclinados e habilitados para dar novos contornos ao parecer acerca da liberdade e para ampliar a erudição e persuasão de seus argumentos.

A concepção existencial de Lacan não aperfeiçoa temas que pertencem ao arcabouço hermético da filosófica do Existencialismo, como o mérito da angústia e da liberdade humanas. Ele pretendeu dirigir suas conclusões por meio de discurso médico e não filosófico, embora Spinoza (1632-1677) tenha sido apoio intelectual na epígrafe do trabalho e nas conclusões. Mesmo que o filósofo não tenha

(21) Para adequada análise da história da descoberta do inconsciente, bem como das filosofias que antecederam o pensamento de Freud, indica-se a leitura das obras de Henri Ellenberger e de Lancelot Law Whyte, ambas traduzidas para o italiano, respectivamente *La scoperta dell'inconscio*, Torino: Universale Bollati Boringhieri, 1995, e *L'inconscio prima di Freud*, Roma: Astrolabio, 1970.

(22) A escuta da diferença na emergência psiquiátrica, *Psiquiatria sem hospício* – Contribuições ao estudo da reforma psiquiátrica, organização de Benilton Bezerra Jr. e Paulo Amarante, p. 11.

influenciado em relação aos fundamentos de sua pesquisa,[23] Lacan não pôde abdicar de fazer filosofia da ciência, notadamente quando considera a *compreensão* o método apropriado para conhecer o fenômeno psicótico. É por meio desse método gnoseológico que se reconhece sentido humano nas manifestações psíquicas analisadas na tese. A eleição do "problema" que justificou toda a pesquisa esclarece a inquietude de Lacan diante da necessidade de traçar explicação filosófica ou humanista para o fenômeno psicótico, desde que a idéia de desenvolvimento da personalidade ocupou lugar central na concepção de seu raciocínio.[24] Porque acolhe a doutrina psicanalítica, a perspectiva de Lacan continua exercendo implicações filosóficas que exigem atenção. Em qualquer momento, considerações que apontaram para a necessidade do analista focalizar a história existencial do sujeito, em sua relação com o tempo e o espaço sociológicos, apresenta-se pitoresco para o padrão mental que prepondera no âmbito do direito e força o exercício da reflexão.

Lacan ainda propôs que o problema nosológico, do prognóstico e o terapêutico da psicose paranóica deve ser resolvido por meio de análise psicológica o máximo possível concreta, na tentativa de traçar os principais ou decisivos momentos do desenvolvimento da personalidade do sujeito, ou seja, os acontecimentos de sua história, marcados por progressos de consciência, reações ao meio social e inibições à própria vida. Ao defender a importância do trabalho psiquiátrico dar atenção à história afetiva do doente e às experiências acontecidas em sua infância, Lacan faz do médico autêntico historiador, alguém que investiga fatos imperceptíveis ao olhar médico tradicional, um predestinado não apenas a enxergar aquilo que está na superfície do fenômeno psicótico, mas também as regras que determinam todo o funcionamento do sistema psicológico do sujeito, regras que podem revelar uma anomalia específica da personalidade.[25] Isto foi imperioso para que se apresentasse inteligibilidade ao acontecimento protagonizado por Marguerite Pantaine, nascida na França a 04.07.1892, a protagonista da sua tese.

Lacan conheceu Marguerite (preferiu chamá-la Aimée) quando ela estava com 39 anos de idade, logo após a moça tentar assassinar com uma faca a atriz Huguette Duflos, quando esta chegava ao teatro Saint Georges de Paris, onde iria interpretar papel numa peça de Henri Jeason, intitulada *Tout va bien*. A vítima conseguiu desviar o golpe, ao preço de lesar a mão direita; optou também em não manter acusação contra a Sra. Pantaine. O caso foi escolhido por Lacan para estudo que durou cerca de um ano e meio. Serve de pano de fundo para conclusões médico-psiquiátricas sob um perfil psicanalítico. A situação mental de Margue-

(23) *Da psicose paranóica...*, cit., p. 351.

(24) Eis o "problema" em seu conjunto, que a tese procurou resolver por meio de conclusões críticas, dogmáticas e hipotéticas: "A psicose paranóica, que parece transformar a personalidade, prende-se a seu próprio 'desenvolvimento', e nesse caso, a uma anomalia constitucional ou a deformações reacionais? Ou então será a psicose uma 'doença autônoma' que remaneja a personalidade?" (*Da psicose paranóica...*, cit., p. 353).

(25) *Da psicose paranóica...*, cit., p. 355.

rite (delírio sistematizado de perseguição à base de interpretações com tendências megalomaníacas e substrato erotomaníaco, segundo o relatório médico-legal realizado quando foi internada no Asilo de Sainte-Anne) mostrou-se sugestiva à intenção de Lacan focalizar a fenomenologia psicótica com lentes fornecidas pela psicanálise. Como resultado, não foi possível demonstrar que o método de Freud era mais virtuoso que os tradicionais no tratamento da psicose paranóica, primeiro porque Lacan não chegou a empregá-lo em relação à Marguerite; ela não foi propriamente uma paciente sua. Em segundo lugar, mesmo Freud havia duvidado da eficiência da psicanálise para o tratamento das psicoses. O mérito do trabalho de Lacan reside em demonstrar a pertinência do estudo clínico das *funções da personalidade*. Outrossim, tendo em vista o campo de estudo deste trabalho, entendo que o texto de Lacan é de fundamental importância porque revelou nova inteligibilidade para a psicose ao valorizar o método *compreensivo* para a análise médico-legal, a ponto de, inclusive, oportunizar ao juízo de censura penal novas perspectivas.

Após análise minuciosa da história de Marguerite e, principalmente com base em Emil Kraeplin (1856-1926) e Karl Jaspers (1883-1969),[26] dissertar sobre as características do delírio de interpretação – em que, segundo Lacan, a percepção não está totalmente de acordo com a realidade bem como o juízo está pervertido, embora haja ordem lógica nos pensamentos, nos atos e na vontade.[27] – Lacan relacionou o famoso *caso Aimée* à paranóia de autopunição, tipo de reação que se diferencia da chamada paranóia de reivindicação. Em ambas, prevalecem ações agressivas. Analisadas as contingências históricas da vida do sujeito, tais paranóias se distinguem pela forma e intensidade da energia psíquica manifestante. Lacan supôs que a paranóia de reivindicação seria o inverso da de autopunição, caracterizada por ações mais agressivas e por um delírio menos exuberante. Na paranóia de autopunição, o sujeito inconscientemente busca a punição e, para tanto, pode optar por agredir alguém para que seja punido de alguma forma.[28] Já na paranóia de reivindicação, o sujeito faz cobranças em geral, imputações, julga possuir direitos, fatores que justificariam sua atitude agressiva e vingativa.[29] O

(26) Lacan reconheceu haver encontrado em Jaspers o primeiro modelo de utilização analítica das *relações de compreensão*, que serviram de fundamento para o método de seu estudo e para a doutrina que defendeu. Jaspers (2000) distingue o delírio que se manifesta como o *desenvolvimento da personalidade*, e o que se apresenta como um *processo* psíquico que irrompe e transforma a personalidade (*Psicopatologia...*, cit., vol. 2, p. 343). Na psicose de Marguerite, foi o desenvolvimento de sua personalidade que sofre interferência devido a predisposições estruturais compreendidas a partir de sua história, desde a infância até os dias que sucederam o atentado.

(27) *Da psicose paranóica...*, cit., p. 295.

(28) Freud também teria se referido ao tema no escrito de 1906 chamado *Os delinqüentes por sentimento de culpa*. O trabalho tem pertinência porque estende a pesquisa psicanalítica ao comportamento criminoso.

(29) Ao final da tese, Lacan disserta sobre uma *reivindicadora típica*, que fora internada por tentar matar o esposo, expondo com maiores detalhes a fenomenologia da paranóia de reivindicação (*Da psicose paranóica...*, cit., p. 337 *et seq.*).

que induz a reivindicação ou a punição é uma estrutura inconsciente, espécie de diretriz constitucional pronta para exercer capital influência na construção da personalidade. Aimée teria sido vítima de uma tendência psicótica que encontrou espaço em sua existência.[30] Tal estrutura funcionaria como um protótipo do sujeito, mas seria resultante de complexos fatores, capturados da história de Aimée até o instante em que seus delírios persecutórios abruptamente desapareceram. Foi decisivo o fato de que a prisão da doente, após o atentado, fez desmoronar o enredo delirante, justificando, segundo Lacan, a versão de que houve a busca de autopunição em face dos desejos proibidos de Aimée: "a doente 'realizou' seu castigo".[31] A atitude compreensiva permitiu desvendar que a realidade do comportamento paranóico de Aimée não poderia ser considerado como mero epifenômeno do cérebro, desvinculado da idéia de personalidade dinâmica. Tudo esteve envolvido num ciclo de comportamentos que, tomados isoladamente, seriam

(30) "Com efeito, a integração da função de autopunição realiza-se nos sujeitos por ocasião da fixação genética que é a causa específica da doença; a partir daí, pode-se dizer que nesse momento a personalidade está formada em suas funções cardinais. A repartição fundamental das funções 'intensionais subjetivas' e 'tensionais sociais' fica, então, com efeito, constituída" (*Da psicose...*, cit., p. 336). Conforme Dunker (1996), a noção de estrutura em Lacan surgiu no ambiente estruturalista e existencialista francês pós-guerra: "No que toca à idéia de causalidade uma perspectiva estrutural centrará força na substituição do imperialismo historiográfico por um sobredeterminismo totalizante. Defende-se a idéia de que o acontecimento está prefigurado pela estrutura em que se inclui. A estrutura é atemporalidade sobredeterminante e como tal não possui história, ela é trans-histórica, nela determina a absoluta necessidade lógica" (*Lacan e a clínica da interpretação*, p. 157). Percebo que a idéia de estrutura em Lacan, evidentemente dedutível somente por meio da escuta e não pelo olhar, equivale, não no conteúdo, mas quanto à sua natureza, à concepção junguiana de arquétipo, ou seja, a uma predisposição inconsciente para certas atitudes padronizadas. Enquanto Jung reconheceu um sem número de estruturas por meio do estudo principalmente da Alquimia e da Mitologia, Freud, no mesmo sentido, lançou a hipótese de que a história do indivíduo tende a repetir a história da humanidade (*Totem e tabu*). A diferença é que a doutrina freudiana é, digamos assim, mais concentrada. Em psicanálise seria suficiente dizer que a estrutura clínica se resume a um modo de lidar com a castração (Dunker. Op. cit., p. 164). As estruturas clínicas segundo a Psicanálise podem ser classificadas como *neuroses* (histeria, neurose obsessiva-compulsiva e fobia), *psicoses* (esquizofrenia, paranóia e psicose maníaco-depressiva) e *perversões* (fetichismo, sadismo e masoquismo).

(31) "Tais curas instantâneas do delírio se observam num tipo único de caso, e mesmo assim eventualmente: isto é, nos delirantes ditos 'passionais' após a realização de sua obsessão assassina. O delirante, após o assassinato, sente nesse caso um alívio característico acompanhado pela queda imediata de todo o aparelho da convicção delirante (...). Vê-se o ponto a que chegamos. O que fizemos permaneceria enigmático se um número enorme de fatos objetivos não impusessem, a partir de agora, à ciência médica, a existência e o imenso alcance dos mecanismos psíquicos de 'autopunição' (...) pelo qual são designados ou de 'sentimentos de culpa' que representa a sua atitude subjetiva" (*Da psicose paranóica...*, cit., p. 250-251).

inexplicáveis. Os episódios da vida de Aimée estiveram sob o comando de uma organização inconsciente fundamentada no desejo de autopunição.[32]

O escopo de Lacan foi nítido: reconhecer sentido existencial para o delírio, desvendar a participação do plano inconsciente e assim chegar a um lugar que a psiquiatria de índole organicista não o conseguiria apenas com seu edifício epistemológico e características de pensamento. O foco do problema era a personalidade, entendida não apenas como organismo. Em face da conspiração inconsciente, a personalidade paranóica tem nuances incompreensíveis à primeira vista. A análise cuidadosa da história do sujeito pode ajudar a descoberta de movimentos que somente a realidade do inconsciente desejante justificaria. Este é o ponto que caracteriza o delírio em relação a Aimée. A concepção de Lacan teria relações com a doutrina de Jaspers apresentada na *Psicopatologia geral*, de 1913, segundo comentário de Roudinesco (1994).[33] Jaspers distinguia as *práticas de sentido*, realizadas pela compreensão e as *ciências da causa*, que pertencem ao campo do explicável. Na primeira situação, um estado depende do outro ao qual sucede. Assim como o amante enganado torna-se ciumento por reação, quem ganha na loteria fica alegre. Quando há algum distúrbio, como na paranóia, a sucessão dos eventos psíquicos não pode ser compreendida de forma direta, por meio do senso comum, necessitando o intérprete de outra lógica, diversa da evidência reativa. As vozes ouvidas por um esquizofrênico somente podem ser explicáveis por encadeamento causal, mas neste caso a interpretação depende do conhecimento das estruturas inconscientes. Por este caminho, fica a impressão de que Lacan estaria em condições de privilegiar uma lógica formal da causalidade em detrimento de uma simples compreensão do sentido. Verifico que não foi exatamente esta sua intenção. Lacan teria tido a necessidade acadêmica de reforçar a importância da explicação causal em sua tese; entretanto, a interpretação do *caso Aimée* exigiu que a personalidade também fosse compreendida para que se pudesse descobrir o significado não apenas do delírio, mas da própria personalidade em si. Como Roudinesco (1994) previu, "tendo já assimilado os grandes princípios da descoberta freudiana, [Lacan] não tinha necessidade de estabelecer dicotomia entre o compreensível e o explicável. Sabia que ambos estavam em parte ligados".[34] Ele compreendeu que Aimée viu em Dufflos seu ideal exteriorizado, resumo do que ela desejaria ser (mulher famosa, de letras, atriz), alguém com poder social e reconhecimento público, mas que diante das condições de censura, prescritas em seu inconsciente, esse ideal deveria ser evitado e odiado. Associado a isto, Lacan sinalizou que no delírio de Aimée houvera a transposição do ódio da mesma em relação à irmã mais velha, ódio que ela não queria conhecer, amalgamado que

(32) *Da psicose paranóica...*, cit., p. 317-318. Lacan considerou: "Reconhecer, portanto, nos sintomas mórbidos, um ou vários 'ciclos de comportamento' que, por anômalos que sejam, manifestam uma tendência concreta que se pode definir em 'relações de compreensão', tal é o ponto de vista que trazemos ao estudo das psicoses" (Op. cit., p. 319).

(33) *Jacques Lacan, esboço de uma vida, história de um sistema de pensamento.*

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

estava por sentimentos homossexuais, resultantes de profunda resistência psicológica.[35] Se na base do comportamento autopunitivo estava a ambivalência afetiva de Aimée para com a irmã, a mesma começou a imaginar que a atriz a estava perseguindo. Criado estava o drama delirante que viabilizava um ato a ser punido. Escreveu Lacan: "(...) pelo mesmo golpe que a torna culpada diante da lei, Aimée atinge a si mesma, e, quando ela o compreende, sente então a satisfação do desejo realizado: o delírio, tornado inútil, se desvanece".[36] Noutro texto, quando comentou o crime realizado pelas irmãs Papin, comparando-o ao delito de Aimée, Lacan compreendeu que Aimée transferiu para várias cabeças sucessivas as acusações de seu ódio amoroso como esforço para se libertar da primeira fixação: "cada uma das perseguidoras não é verdadeiramente nada mais que uma nova imagem, sempre inteiramente prisioneira do narcisismo, desta irmã da qual a doente fez seu ideal".[37] Tem-se ainda que as imputações de Aimée em relação a seu marido, à medida que progrediam como parte de seu delírio, seriam as mesmas imputações que seu inconsciente fomentava. A hipótese de Lacan torna-se, assim, provocante, qual seja, a pulsão agressiva, que se resolve na tentativa do assassinato, surge de uma afecção inconsciente que sustenta a psicose, afecção comprometida com exigências sociais integradas pelo sujeito, em que o delírio representa um disfarce de motivos.[38]

Lacan defendeu que a personalidade é postulado científico equivalente à estrutura psíquica que faz do sujeito alguém predisposto a realizar determinadas ações, mas que somente é concretizada caso um estilo de vida seja assumido no contexto de certas contingências sociais disponibilizadas. É, portanto, uma convergência de fatores inatos, sociais e ocasionais que favorece o desencadeamento da personalidade que poderá vir a ser assaltada por alguma forma de psicose paranóica. A junção destes aspectos em que o psíquico e o social estão interligados é de suma importância para a consideração jurídica na medida em que ressalta as circunstâncias sociais e o livre-arbítrio, bem como compromete o juízo de imputabilidade e, de resto, toda espécie de juízo de censura penal.

A causalidade considerada por Lacan não é, digamos assim, relacionada ao tradicional determinismo, intransigente e irredutível à inexorabilidade do nexo causal entre fenômenos de qualquer tipo. A causalidade defendida ainda faz parte de um postulado, mas que reconhece a sucessão de fenômenos como efeito de potencialidades existenciais (determinismo psicogênico) somadas a certas op-

(35) "A doente não hesitou em acusar sua amiga mais querida de ser sua perseguidora, e em seguida a informante principal de seus inimigos. Ela se detém diante de sua irmã, porque ela é sua irmã, sua irmã mais velha, que foi um tempo o substituto de sua mãe (...). Esta mãe, como sabemos, lhe deu sua afeição; nem os anos nem as 'faltas' de nossa doente diminuíram o apego a sua filha" (*Da psicose paranóica...*, cit., p. 285).

(36) *Da psicose paranóica...*, cit., p. 254.

(37) "Motivos do crime paranóico: o crime das irmãs Papin". *Da psicose paranóica...*, cit., p. 389.

(38) *Da psicose paranóica...*, cit., p. 384.

ções do sujeito.[39] A personalidade, além dos fatores causais que são inerentes a todo fenômeno, revela uma significação "humanamente compreensível, que se mostra na dependência exaustiva que demonstram, tanto em sua evolução quanto em seu conteúdo, os sintomas mentais da psicose em relação às experiências vividas da doente".[40] Eis a importância do médico deter-se diante da condição familiar e da infância do doente para a compreensão da psicose.[41] Para o jurista, a afirmação de que o indivíduo, apesar de "estruturado psicoticamente", é livre para configurar-se como personalidade, implica, por mais isto, consideração decisiva para o juízo de censura penal, bem como para o de imputabilidade.

Os delírios de ciúme, descritos por Freud, traduziriam a atração sexual inconsciente pelo cúmplice incriminado, aspecto que para Lacan também se aplicaria ao caso de Aimée.[42] Apesar do trabalho de Lacan conservar a categoria de ser um estudo de psiquiatria, nenhuma conclusão teria sido possível sem que se privilegiasse a história da personalidade como sucessão de fatos e escolhas que caracterizam o eterno conflito entre um *eu* socializado e outro sujeito do desejo. A inclusão do inconsciente no centro de suas conclusões, integra a psicanálise ao saber psiquiátrico.[43]

Como, finalmente, resumir deste comentário algo proveitoso para o assunto ora tratado, referente ao juízo de imputabilidade? Entendo serem duas as vantagens, muito embora reconheça que muitas das palavras utilizadas, tal como *significado*, *subjetividade*, o termo *compreensão* ou *inteligibilidade*, permaneceram imprecisos no contexto em que foram inseridos, talvez necessitando de uma demarcação mais clara cujo débito devo assumir devido a referência apenas sumariada da tese lacaniana. Mesmo assim, a primeira e mais evidente vantagem oferecida pelo texto consiste no fato de a psicanálise reunir conhecimentos que auxiliam a compreensão da personalidade por meio de perspectiva que não convém ao jurista marginalizar no dia-a-dia. E quando se fala em compreender a personalidade tem-se em vista não apenas a de um suposto doente mental envolvido com a Justiça Criminal, mas o próprio jurista como personalidade. Conhecer as tendências mais provocativas do inconsciente é algo oportuno para a condução do pro-

(39) *Da psicose paranóica...*, cit., p. 321.

(40) Idem, ibidem, p. 323-324.

(41) "Uma vez sistematizado, o delírio merece um estudo atento. No caso que descrevemos, ele 'significa', com efeito, de maneira bem legível, não só o 'conflito afetivo' inconsciente que o engendra, mas também a atitude de 'autopunição' que o sujeito adota" (*Da psicose paranóica...*, cit., p. 274).

(42) "(...) além disso, as 'pulsões homossexuais', reveladas pelo delírio, têm um caráter muito sublimado. Tendem, com efeito, a se confundir com o 'ideal do eu' da doente" (*Da psicose paranóica...*, cit., p. 266).

(43) Lacan retoma o assunto referente à paranóia de autopunição no texto de 1950. "Introdução teórica às funções da psicanálise em criminologia", inserto nos *Escritos*, p. 127 *et seq.*

cesso criminal no que concerne às discordâncias de pontos de vista e sintomas do momento existencial de qualquer um de seus personagens. O relacionamento entre os sujeitos do processo criminal responde a um funcionamento padrão fixado pelas leis do desejo, portanto costumeiramente inconscientes, pressupondo que juiz, defensor e acusador estejam sempre alertas quanto a eventuais interferências, prejudiciais aos pronunciamentos decisórios de toda natureza. Isto implica dizer que conhecer o inconsciente e a si mesmo nunca é demais, ao contrário, previne deslizes. A segunda vantagem de dar atenção à psicanálise, ou ainda à psicologia analítica, reside no fato de o exame pericial – e sua interpretação pelo jurista – percorrer lógica diferenciada da utilizada pela psiquiatria clássica ou biológica. O homem, como considerou Lacan, não é o senhor de sua casa, porém devemos considerá-lo livre quando são ou doente. Esta consideração faz da liberdade princípio para a consideração da imputabilidade criminal. O juízo de imputabilidade não terá como desafio definir o alcance da liberdade do analisado, como expressão única de sua personalidade, mas sim o de definir valores de exigibilidade de conduta diversa. A opinião de Figueiredo Dias, supra-referida, que vê a patologia mental como situação existencial que oculta a personalidade, pode viabilizar a cultura do internamento, daí por que prefiro acolhê-la apenas parcialmente. Em meu entender, o juízo de imputabilidade sempre terá por objeto de análise a personalidade, sem hesitar o pensamento filosófico que valoriza a liberdade como realidade inseparável do sujeito na maioria das circunstâncias. O que estará em jogo são critérios de exigibilidade, compatíveis com a indagação de se, juridicamente, era exigível que a personalidade atuante não tivesse superado, em face da sua natural desenvoltura, a vontade de realizar o ilícito. Os internamentos ficariam restritos às hipóteses de comprovada perigosidade da personalidade, mas como medida penal preventiva e até mesmo baseada na culpa e não na irresponsabilidade. Esta, somente seria reconhecida em casos de absoluta gravidade, talvez diagnosticados como anomalias fisiológicas. Enfim, a perda da liberdade é situação absolutamente excepcional, não devendo ser compreendida como efeito básico da patologia mental.

Em sua tese, Lacan não quis abordar a fundo a questão da responsabilidade criminal do psicótico-paranóico, em que o delírio é do tipo de autopunição. Limitou-se em dizer que a repressão penitenciária, atenuada para tais casos, parece possuir valor terapêutico semelhante à profilaxia asilar, *ao mesmo tempo em que assegura de maneira melhor não só os direitos do indivíduo como também as responsabilidades da sociedade.*[44] Com efeito, se no epicentro da psicose está a necessidade inconsciente de autopunição, a censura penal cumpriria papel estratégico. Ao final da tese, Lacan sinalizou que *em muitos casos parece evidente que a atribuição teórica de uma irresponsabilidade total a todos os atos que possam ser cometidos por um delirante é muito pouco satisfatória para o espírito.*[45] Por

(44) *Da psicose paranóica...*, cit., p. 278-279.

(45) Idem, ibidem, p. 350.

outro lado, Lacan revelou acurado senso jurídico quando disse que os direitos individuais, ainda que com reservas, podem ser melhor resguardados na penitenciária que no asilo. A situação de incerteza que prepondera na condição de internado é, como sempre, o ponto mais criticável no cenário jurídico das nações ocidentais. Para os casos em que o delírio não tem a marca de autopunição, persistindo o fenômeno, apesar da conduta agressiva e da censura, Lacan parece ter outra opinião, embora não seja claro quanto a isto. Acredita apenas que sua tese não basta para todos os casos de psicose paranóica. Mostrou-se favorável à censura penal atenuada quando se tratar da situação delirante de autopunição, posição que assumiria sem pestanejar se a vigilância penitenciária e o tratamento psiquiátrico pudessem ser medidas congruentes.[46]

Portanto, imagino que a psicanálise assim como a psicologia analítica reúnem predicados conceituais suficientes para fundamentar conclusões jurídico-criminais como a supradelineada. Por considerarem a personalidade de uma perspectiva, pode-se dizer, existencialista, síntese sempre atualizada de opções, resistências e enigmáticos desejos, a psicanálise não permite que prevaleça a mentalidade reducionista que a veneração ao fator biológico na determinação da personalidade favorece. Com efeito, um problema básico em direito criminal concerne à liberdade humana, como julgá-la e admiti-la presente. Assim a doutrina da psicologia profunda é pertinente e tem servido para a compreensão do poder jurídico, de seu modo de agir e dos problemas que se lhe apresentam.[47]

(46) *Da psicose paranóica...*, cit., p. 308.

(47) Talvez um dos mais coerentes fundamentos metapsicológicos do poder de punir seja elaborado a partir das abordagens da psicanálise. Não é o caso de agora aprofundarmos este ponto. Sobre o assunto são oportunos os trabalhos de Marcuse, já citado (*Eros e civilização*), bem como o texto de Morselli (1987), "A função da pena à luz da moderna criminologia", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 19/39-46. O autor italiano defende a opinião de que a função integradora da sanção criminal advém de sua característica retributiva, razão pela qual, a responsabilidade criminal deve manter o fundamento ontológico da culpa como a *exigibilidade de conduta diversa*. Deste modo, Morselli critica as teses ditas *funcionalistas*, em que a função preventiva-integradora da pena seria a única razão da intervenção punitiva. Segundo suas palavras: "As conclusões a que chegamos são, em síntese, as seguintes: é um erro considerar a consolidação e o reforço dos sentimentos de justiça, de fidelidade à lei e de consciência jurídica coletiva, como objetivos finais da pena na concepção de prevenção geral. Devemos, aliás, considerá-los como efeitos induzidos, ou seja, indiretos, da função retributiva da pena. Sim, esta função deve ser considerada no sentido de satisfação das necessidades emocionais da união; isto, porém, é uma satisfação que não tem a finalidade em si mesma mas que visa ao mais profundo mecanismo de defesa do Eu individual e social. Mais exatamente podemos dizer que é uma exigência de neutralizar, isto é, de remover os efeitos da perturbação do equilíbrio intrapsíquico coletivo, e, conseqüentemente, do alarme social causado pelo fato criminoso na consciência coletiva" (art. cit., p. 45). Também a crítica ao fato de a sanção criminal viabilizar expressão ao mecanismo psíquico do "bode expiatório" pode ser iniciada a partir das considerações de Morselli. Quanto a Lacan, limito-me em dizer que algo foi considerado no texto *Intro-*

8. O problema jurídico

O debate entre juristas e psiquiatras sem dúvida pode ser aperfeiçoado com o discurso psicanalítico. Entretanto, os pontos controvertidos acerca do juízo de imputabilidade são muito difíceis de resumir. A credibilidade do jurista no saber da psiquiatria ainda é muito forte e razões históricas, ditadas por necessidades biopolíticas do tipo daquelas comentadas no início, estão na base desta credibilidade. Isto é um problema associado ao fato de que tem sido constante a sensação incômoda experimentada pelo jurista diante de decisões médicas. Algumas vezes a dificuldade consiste em saber como mensurar a responsabilidade de alguém que realizou um ilícito privado de total estado de saúde mental, noutras é o próprio parecer médico que causa indignação, quando seus discursos relevam tonalidade mais moralista que propriamente científica. A bem ver, atualmente o maior desafio, tanto de juristas quanto de médicos diz respeito ao reconhecimento dos limites das competências do parecer médico-psiquiátrico e do julgador para a aferição da responsabilidade criminal do doente mental. É assunto que deve cativar opiniões de ambos os lados. A tarefa a ser cumprida consiste em diluir a credibilidade jurídica no saber psiquiátrico, para que o juízo de censura penal retome seu aspecto axiológico. A literatura a respeito do assunto indica, significativamente, quais são as dúvidas a serem respondidas, mas continua distante de resolver os problemas.[48] Como exposto acima, imagino que a aproximação dos melhores procedimentos depende da aplicação de princípios teóricos encontrados na filosofia existencialista, bem como na doutrina da psicanálise ou da psicologia analítica. Recusar este caminho para depositar toda a esperança no saber psiquiátrico de cunho biológico não me parece muito promissor. Só para exemplificar, e com um caso que se tornou internacionalmente conhecido, veja-se o debate angustiante que aconteceu nos Estados Unidos após o julgamento de John W. Hinckley Jr., autor do atentado contra o ex-presidente americano Ronald Reagen, em março de 1981. As dúvidas levantadas pela defesa do acusado acerca de sua sanidade mental suscitaram uma discussão judicial que pôs a nu toda a hipocrisia e fragilidade dos discursos psiquiátricos contratados pela acusação e pela defesa. Várias inteligências da psiquiatria americana fizeram declarações controvertidas, somente contribuindo para revelar a natureza heterogênea e imprecisa que cerca o conceito de

dução teórica às funções da psicanálise em criminologia, ocasião em que parece não anuir com o pensamento simplista de se reconhecer em normas jurídicas a mesma função que o superego exerce no âmbito individual: "Nenhuma forma do *supereu*, portanto, é passível de ser inferida do indivíduo para uma dada sociedade. E o único *supereu coletivo* que se pode conceber exigiria uma degradação molecular integral da sociedade" (*Escritos*, p. 138).

(48) Exemplo disto é o conjunto de trabalhos coordenados pelos professores italianos Adolfo Ceretti e Isabella Merzagora, publicados em *Questioni sulla imputabilità*, Padova: Cedam, 1994.

doença mental e de responsabilidade criminal. A hipótese de esquizofrenia lançada pela defesa, por meio do instituto jurídico da *insanity defense*, ao final acolhida pelo júri, causou indignação na sociedade americana, de modo a instaurar uma crise em relação à regra *M'Naghten*, nascida no século XIX na Inglaterra.[49] Rapidamente os críticos foram pesquisar as estatísticas sobre o uso e o sucesso no emprego da *insanity* para se obter absolvições, e perceberam que elas não eram confiáveis, o que não impediu de surgirem projetos legislativos de afogadilho no sentido de se extinguir ou, ao menos, restringir as hipóteses autorizadoras do instituto. A proposta que assumiu maior destaque equivale à hipótese de *semi-imputabilidade*, cuja referência no Direito Penal brasileiro consta no par. ún. do art. 26 do CP.[50] A nova regra viabilizava a decisão de culpabilidade do acusado, mesmo com o reconhecimento dele ser doente mental (*guilt but mentaly ill*) e, segundo os teóricos, também contribuía para desatrelar o diagnóstico de doença mental da decisão de irresponsabilidade do réu. Logo, oito Estados americanos passaram a seguir essa regra após Hinckley Jr. haver sido absolvido no Distrito de Columbia. Entretanto, um sério problema de natureza política continuava sem solução: a categoria da interferência do parecer do perito na decisão dos julgadores. O parecer médico exerce influência sobre o que fazer do futuro do acusado. A decisão sobre o estado de perigosidade quase sempre é objeto de investigação exclusiva do perito, enquanto que na realidade, se trata de aspecto bastante dependente de ponderação jurídica, pois envolve direitos individuais e prognósticos que facilmente extrapolam os limites do saber propriamente científico. O parecer sobre a perigosidade (probabilidade de se reiterar a realização do ato ilícito) por vezes é destituído de senso jurídico ideal, circunstância que, a meu ver, tem sido desprezada devido à habitual confiabilidade do julgador – leigo ou togado – nas palavras do perito, seja por ignorância, falta de informação ou puro comodismo. O debate americano serve de exemplo da condição precária que envolve o relacionamento entre o saber jurídico e o médico-psiquiátrico.

(49) Caplan (1984) escreveu sobre o *caso Hinckley Jr.* em *The insanity defense and the trial of John W. Hinckley Jr.* A *M'Nagthen rules* surgiu após o julgamento de Daniel M'Naghten, ocorrido em 1843. Tratava-se de um escocês que se sentia perseguido pelo Papa, pelos jesuítas e pelo Primeiro Ministro da Inglaterra, Robert Peel. Errou ao tentar matar Sir Robert com um tiro, mas acertou seu secretário. Ao final foi declarado não culpado em face de sua insanidade mental. Nasceu o debate sobre a conveniência da regra sobre a inimputabilidade criminal decorrente de doença mental. A fórmula da *M'Naghten Rules* é bastante semelhante à de nosso Código Penal: "a man is not responsabile for his criminal acts when, because of a 'disease of the mind', he does not know the 'nature and quality' of his acts or does not know they are 'wrong'" (*The insanity defense...*, cit., p. 20).

(50) "A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".

Há semelhanças entre o ilícito realizado por Aimée e o perpetrado por Hinckley. Ambos tentaram matar alguém com prestígio popular para atraírem atenção sobre seus dramas internos. Ambos agiram motivados por uma necessidade absolutamente inconsciente e ambos seguiram um curso psicótico que fora objeto de pronunciamos médicos. Todavia, a tese de Lacan espelha a antítese das considerações psiquiátricas lançadas no processo do rapaz americano. O psicanalista falou sobre a personalidade e seu suposto desenvolvimento, os psiquiatras sobre uma anatomia cerebral e seus conteúdos químicos. No caso Hinckley Jr., a percepção de sulcos mais largos (*widened sulci*) no cérebro do periciado, característica encontrada na maioria dos chamados esquizofrênicos, foi decisiva para o diagnóstico da doença mental e foi isto o que abriu o caminho para a decisão de absolvição. Ao tempo da perícia de Hinckley Jr., estudos apontavam que um terço dos esquizofrênicos possuíam sulcos cerebrais alargados, fator presente em menos do que 2% das pessoas que não demonstravam a fenomenologia da doença.[51] A autorização judicial para a apresentação ao júri do exame *CAT-scan* realizado no cérebro de Hinckley Jr., para assim ser mostrada a tipicidade dos sulcos de seu cérebro, significou, no âmbito cultural judiciário e médico que supervalorizava a biologia, fator crucial para o veredicto. Os médicos contratados pela acusação não concordaram com a associação direta entre fisionomia do cérebro e loucura, porém o mero título da esquizofrenia pesou como poderoso achado e certamente teve influência capital na decisão. Confirmado o diagnóstico, encontrado o sinal da doença, localizado seu lugar no corpo, a conclusão quanto ao acusado ser louco esgotou, naquele julgamento, as expectativas em relação ao discurso médico e ele não poderia ser outro: havendo a esquizofrenia presente está o delírio e ausente a liberdade do réu; seu destino teria de ser o Hospital St. Elizabeths. Passado o ritual, a American Psychiatric Association novamente ressaltou que o problema da liberdade não tem afinidade com a linguagem médica.[52] Não pretendo agora criticar a absolvição de Hinckley Jr. para considerá-lo culpado. Minha crítica tem outro interesse. Viso apenas demonstrar a diferença de perspectivas de análise entre a defendida por Lacan em sua tese e a da psiquiatria biológica, pois já é hora de o jurista entender ser função sua pesquisar e julgar a personalidade, a liberdade existencial e fazer juízo de exigibilidades, em vez de perguntar ao perito se, segundo dados biológicos ou morais, o réu agiu sem liberdade. Mesmo assim, com poucas diferenças fenomenológicas, nas duas perícias o signo era idêntico, ou seja, o delírio (palavra parecida com delito). Um fenômeno é denominado delírio devido a uma arbitrariedade médica, assim como certo comportamento é taxado como delito por razões arbitrárias, são arbitrariedades jurídicas. Daí por que dizer até onde o delírio é também um delito censurável consiste em tarefa que cabe ao jurista realizar.

(51) *The insanity defense...*, cit., p. 80-81.

(52) "The law should not ask psychiatric questions they cannot answer" (*The insanity defense...*, cit., p. 121).

9. Algumas conclusões

As reflexões lançadas anteriormente me fazem pensar agora no que seriam os reais problemas do relacionamento entre o saber psiquiátrico e o saber jurídico e quais seriam as possíveis soluções para amenizá-los. Concluo o seguinte:

1. O prestigiamento acadêmico da psiquiatria alemã a partir do século XIX com Griesinger, à parte os méritos clínicos que lhe são reconhecíveis, ainda contribuiu para que o pensamento médico-psiquiátrico fosse organizado segundo os princípios da biologia e do organicismo. Isto possibilitou a conjectura de que a doença mental não consiste em mera disfunção cerebral, mas numa lesão. A idéia de lesão, por sua vez, conduz à separabilidade entre a cognição e o afeto, ou seja, o médico é o profissional que sobretudo encontra a doença e não aquele que a compreende.

2. Esta disposição cultural condiz com o ponto de vista de que a doença mental é um insulto à liberdade, como preconizou Henri Ey, estendendo seus efeitos no pensamento jurídico. Aliás, o edifício epistemológico do direito criminal apegou-se ao parecer psiquiátrico, principalmente após o desenvolvimento, a partir do século XIX, dos estudos criminológicos de índole etiológica. Estabeleceu-se divisão de competências entre juristas e médicos: os primeiros conservariam o trabalho de julgar a liberdade humana e os segundos a tarefa de dizer quando, na situação real e concreta, haveria a liberdade. Por conseguinte, o diagnóstico da doença mental induziria a opinião de que o sujeito agiu sem liberdade. Se o réu não foi livre, deve ser tratado e não punido. Ao ser internado, consuma-se a dissociação de sua personalidade, ou seja, suprime-se a personalidade boa para que a má, doente e criminosa seja transformada entre os muros do manicômio. O tratamento não tem prazo certo para terminar, pois a perigosidade, por vezes presumida em relação ao doente mental, é de duração imprevisível. O jurista fica na dependência do prognóstico – disfarçadamente científico – do psiquiatra.

3. A experiência de Lacan, no clássico estudo da paranóia de Aimée, é emblema do modo como é possível superar a mentalidade organicista. Ao apresentar o método compreensivo e histórico do desenvolvimento da personalidade para o diagnóstico da psicose, valendo-se da doutrina psicanalítica sobre a estrutura inconsciente, Lacan sinaliza a consideração de que a doença mental não é necessariamente obstáculo à liberdade, mas o contrário, a patologia pode representar uma expressão de extrema liberdade. Inevitavelmente, esta conclusão, mesmo que recheada de imaginação, deve afetar o pensamento jurídico em torno do juízo de imputabilidade criminal. A partir dela as hipóteses em que o réu deve ser internado tenderão a diminuir.

4. Neste contexto, o desenvolvimento de competências promissoras entre jurista e psiquiatra, por ocasião da aferição da imputabilidade de um réu, pressupõe: a) que o médico se encarregue de realizar o diagnóstico, não apenas sob a batuta da cultura psiquiátrica biológica, mas que, diversificando pronunciamentos, tenha em conta a realidade do inconsciente psicodinâmico; b) que o jurista assuma

a função de julgar a liberdade, sabendo da existência das estruturas explicadas pela psicanálise ou pela psicologia analítica, e realize um juízo de exigibilidade de conduta diversa, trabalho que pode ser profícuo se a postura filosófica dominante for de inclinação existencialista.

Bibliografia

BARRETO, Francisco Paes. *Reforma psiquiátrica e movimento lacaniano.* Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

CAPLAN, Lincoln. *The insanity defense and the trial of John W. Hinckley Jr.* Boston: David R. Godine, 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal.* Coimbra: Ed. Coimbra, 1983.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Lacan e a clínica da interpretação.* São Paulo: Hacker, 1996.

FONSECA, Márcio Alves. "Cura ou castigo? Uma aproximação do tema da normalização da saúde mental em Michel Foucault". *Extensão*, Belo Horizonte, n. 35-36, vol. 11, p. 84-99, ago.-dez. 2001.

FOUCAULT, Michel. *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão.* 4. ed. Trad. Denize Lezan de Almeida. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. *História da loucura na idade clássica.* 5. ed. Trad. José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1997.

_____. *O nascimento da clínica.* 5. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. *Os anormais.* Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Vigiar e punir.* 19. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1999.

JASPERS, Karl. *Psicopatologia geral.* 8. ed. Trad. Samuel Penna Reis. São Paulo: Atheneu, 2000. vol. 2.

LACAN, Jacques. *Da psicose paranóica em suas relações com a personalidade.* Trad. Aluísio Antunes, Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

_____. *Escritos.* Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

MARCUSE, Herbert. *Eros e civilização, uma interpretação filosófica do pensamento de Freud.* 8. ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Guanabara Koogan, sem data.

MORSELLI, Élio. "A função da pena à luz da moderna criminologia". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 19, p. 39-46, jul.-set. 1997. Revisão de José Henrique Pierangeli.

ROUDINESCO, Elisabeth. *Jacques Lacan, esboço de uma vida, história de um sistema de pensamento.* Trad. Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

WOOTTON, Barbara. *Social science and social pathology.* London: George Allen & Unwin, 1960.

4.2

MAIS PUNIÇÃO PARA OS PUNIDOS: AS DECISÕES JUDICIAIS DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO*

ALESSANDRA TEIXEIRA
e
ELIANA BLUMER TRINDADE BORDINI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A dinâmica da execução penal – 3. Metodologia: 3.1 O objeto de investigação; 3.2 Definição e seleção da amostra; 3.3 Os processos de execução penal. A Vara das Execuções Criminais (VEC) – 4. Resultados: 4.1 Progressão de regime; 4.2 Livramento condicional – 5. Conclusões.

Resumo: O texto apresenta os resultados da pesquisa desenvolvida pela Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (FSeade) junto aos processos de execução penal do Estado de São Paulo no ano de 2002. Os resultados apontaram, entre outros, para o baixo percentual de presos que obtêm benefícios e o lapso de cumprimento da pena em que se observam estas concessões. As conclusões contrariam amplamente teses do senso comum sobre o funcionamento do sistema e nos permitem debater a crise do modelo repressivo jurídico-penal, a partir da produção de um retrato do funcionamento da execução penal, em seu âmbito jurisdicional.

Palavras-chave: Execução penal – Sistema de justiça criminal – Progressão de regime – Benefícios prisionais – Laudo criminológico.

1. Introdução

As pesquisas desenvolvidas no sentido de investigar um universo tão mistificado quanto o das prisões não têm sido raras, bem como, ao contrário, tornam-se mais abundantes com o passar dos anos e com o agravamento da questão carcerária. A esfera jurisdicional, ou seja, o cotidiano dos processos de execução criminal, presididos por juízes em seus gabinetes, via de regra distantes fisicamente do cárcere e dos encarcerados sobre quem decidem cotidianamente, permanece, no entanto, um universo de escassa investigação, um "campo a ser explorado".

(*) Pesquisa desenvolvida pela FSeade – Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados, com financiamento da Fapesp (Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado de São Paulo). A ficha técnica encontra-se ao final do artigo.

Por esta razão, talvez, e pelo desafio de testar teses difundidas no sentido *de que a ineficácia da pena de prisão e o aumento da criminalidade se deveriam ao fato de o sistema de execução ser por demais "benevolente"*, decidiu-se levar adiante a proposta de investigar esta realidade.

O objeto de investigação desta pesquisa nasceu, em verdade, a partir de um estudo solicitado pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, no ano de 2001, no sentido de aferir o impacto causado no sistema carcerário paulista, em termos especialmente quantitativos, diante de um anteprojeto de reforma da Lei de Execuções Penais que, à época, estava sendo apresentado.

Com vistas a esta solicitação, a Fundação Seade empreendeu estudo a fim de formular um modelo metodológico que contemplasse os principais pontos da reforma legal. As alterações referiam-se fundamentalmente à dinâmica da progressividade prisional, tanto em referência aos requisitos para a concessão da progressão, como ao cumprimento da pena no regime semi-aberto. Outras modificações previstas se referiam ainda à regulação da prescrição às faltas disciplinares e a limitação no período de cumprimento da medida de segurança.

A metodologia foi desenvolvida no sentido de, a partir da investigação da realidade – no caso os processos de execução penal em curso –, aferir se e em que medida as intercorrências[1] previstas na lei se realizavam no universo das execuções criminais. Só assim, portanto, seria possível obter um parâmetro de impacto quantitativo e qualitativo das reformas legais.

Entregue o estudo, incluíram-se ainda conclusões prévias sobre o impacto a partir das hipóteses assumidas pela equipe multidisciplinar. No que se referia ao aspecto quantitativo, concluiu-se que pouca expressividade as reformas trariam, uma vez que os lapsos previstos em lei acabavam por não serem cumpridos, e em regra serem mais extensos para eventuais concessões de benefícios. Já na esfera qualitativa, entendeu-se que as mudanças legais acarretariam impactos na concepção individualizadora e progressiva do sistema de execução penal, uma vez que alteravam a dinâmica da classificação dos condenados e aniquilavam a idéia de progressividade da pena.

Finalizado este estudo prévio, o contexto social e político do País fez superar aquele anteprojeto, ressurgindo no lugar do mesmo uma série de efetivos projetos de lei (hoje em trâmite no Congresso Nacional) propondo o recrudescimento penal, com conseqüências diretas ou reflexas sobre o sistema de execução penal. As propostas de mitigação de direitos e endurecimento para concessão de benefícios intensificaram-se, mas, em sua essência, não se distanciaram do anteprojeto que motivara a metodologia já empreendida.

Com vistas agora a este novo cenário, foi possível, a partir da metodologia já elaborada, uma vez submetendo-a a pequenos ajustes, ir a campo para investigar

(1) Pode se entender por intercorrências os benefícios previstos na Lei de Execuções Penais como a progressão de regime e o livramento condicional, bem como as faltas disciplinares.

esta esfera jurídico-penal tão escassamente explorada e estudada em nosso País: o sistema jurisdicional das execuções criminais.

São os resultados desse empreendimento que o presente artigo apresenta, bem como as principais partes do relatório de pesquisa contendo notas metodológicas e breves conclusões.

2. A dinâmica da execução penal

A Lei de Execuções Penais – LEP (Lei 7.210/84), de edição relativamente recente, regulamentou de forma sistemática o modelo jurisdicionalizado de execução penal em nosso País. Afinada constitucionalmente com princípios como a ressocialização e a individualização da pena, trouxe ainda o corolário da progressividade do sistema – também adotado pela Constituição da República de 1988 – por meio do qual o condenado cumpriria sua pena em fases progressivas e sucessivas de acordo com o tempo e o mérito, de modo a alcançar a liberdade uma vez transcorridas as etapas de cumprimento: regime fechado, semi-aberto, aberto e livramento condicional.[2]

A LEP normatizou ainda a chamada jurisdicionalização na execução criminal, um sistema pelo qual cabe ao juiz das execuções, sobrepondo-se à administração prisional, presidir e fiscalizar o cumprimento da pena. Essa tendência, adotada por países como Alemanha e Portugal, teria finalidade de tornar a execução mais transparente e mais democrática, sujeitando todos os procedimentos ao contraditório e à ampla defesa, em âmbito jurisdicional.

Todo o cumprimento da pena, assim, compreendendo nele também aquilo que denominamos intercorrências, desde fugas, faltas disciplinares, até pedidos de benefícios e autorizações de saída temporária, insere-se na ordem jurídica processual, subordinando-se a procedimentos legais determinados. As decisões, por serem judiciais e não administrativas, se sujeitam a princípios como o acesso à Justiça, o duplo grau de jurisdição, isonomia entre as partes e a necessidade de fundamentação da sentença, além dos já mencionados contraditório e ampla defesa.

Descrito desse modo, é possível compreender que, não obstante a execução da pena ocorrer de modo híbrido – a participação do Poder Executivo se dá pela atuação direta da administração penitenciária, que tem sua competência definida por lei, especialmente ao que se refere à política prisional –, é no âmbito jurisdicional que as questões relativas à finalidade da pena e em especial ao apenado se realizam. Para compreender o funcionamento desta realidade, portanto, foi necessário trabalhar quantitativamente junto a este universo: os processos de execução penal em curso na Vara de Execuções Criminais.

[2] É verdade que a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) aniquilou este corolário ao vedar a progressão aos condenados por estes crimes e assemelhados, para eles permitindo apenas o livramento condicional, cumpridos 2/3 da pena.

3. Metodologia

3.1 O objeto de investigação

O principal objetivo da pesquisa foi obter um retrato do funcionamento do sistema de execução penal, no que toca às decisões judiciais. Para delimitar o objeto de investigação, tomaram-se por base os principais pontos das propostas de mudança da LEP que tramitam no Congresso Nacional.

Os projetos versam essencialmente sobre aumento do lapso para obtenção dos benefícios de progressão de regime e livramento condicional, e ainda a supressão do laudo criminológico que instrui tais pedidos. Assumindo tais alterações como basilares, construiu-se o principal ponto de investigação da pesquisa: *a aferição dos lapsos reais em que os benefícios prisionais seriam concedidos, e a relevância dos laudos elaborados pela Comissão Técnica de Classificação – CTC nas decisões judiciais.*

Definido este objeto, as conclusões nos possibilitaram testar teses difundidas pelo senso comum e por segmentos da sociedade e dos operadores do direito, em função do modelo progressivo de execução criminal e do rol de direitos e garantias das pessoas presas, previstos nos estatutos legais. Segundo essas teses, os presos cumpririam só uma pequena parte de sua pena em regime fechado, o que acarretaria a ineficácia da pena de prisão e o aumento da criminalidade.

Delimitado assim o objeto, passou-se aos critérios para definição e seleção da amostra, à construção do instrumento de coleta e, finalmente, ao trabalho de campo.

3.2 Definição e seleção da amostra

Para delimitar o campo, era preciso partir da totalidade do universo que se pretendia investigar, ou seja, todos os processos de execução sob a competência da Vara de Execuções Criminais da Capital, para então proceder à definição e seleção da amostra.

O universo de investigação foi constituído dos 7.960 processos de execução referentes aos condenados em cumprimento de pena nos estabelecimentos prisionais sob competência da Vara de Execuções Criminais da Capital, em junho de 2002.

A base de dados que serviu de referência para a seleção da amostra foi construída a partir da junção dos Sistemas Coespe e Vara de Execuções Criminais, desenvolvidos pela Empresa de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – Prodesp, fornecidos à Fundação Seade mediante autorização da Secretaria da Administração Penitenciária e do Tribunal de Justiça.

Foram definidos os parâmetros Ps como: a proporção de condenados que tiveram progressão da pena, a proporção de condenados que obtiveram a concessão de livramento condicional e as proporções de presos que solicitaram

cada um dos benefícios, utilizando a hipótese de que os Ps fossem iguais a 10%. Admitiu-se uma margem de erro K = 3% na proporção estimada P e um nível de significância ? = 5%.

Chegou-se, deste modo, inicialmente a uma amostra de 366 processos. A amostra foi selecionada de forma aleatória para o universo, a partir da listagem de presos dos estabelecimentos prisionais sob competência da Vara de Execuções Criminais da Capital. O trabalho de coleta resultou numa amostra final de *339 processos*.

3.3 Os processos de execução penal. A Vara das Execuções Criminais (VEC)

A pesquisa desenvolveu-se, portanto, junto aos processos de execução em curso na VEC da Capital. Primeiramente cabe informar que, à época do estudo, esta VEC compreendia, em sua competência, execuções de presos não só detidos em penitenciárias da Capital, mas também de algumas cidades do interior do Estado, bem como daqueles internados em hospitais de custódia e tratamento.

No que toca à formação de um processo de execução, é importante apontar que o mesmo se refere a indivíduos e não a fatos criminais, diferentemente assim dos processos de conhecimento; daí decorre que um único processo de execução acompanha o indivíduo em toda sua carreira criminosa, ou seja, todas as condenações que o mesmo vier a sofrer serão anexadas e cumpridas por meio daquele processo.

Muito embora isto signifique, em muitos casos, processos volumosos e de difícil manipulação, uma importante conseqüência para o resultado da pesquisa adveio deste fato: foi possível obter um retrato do funcionamento do sistema de execução penal ao longo de décadas e por juízos diversos, que não apenas os da VEC da Capital. Isso porque a competência do juízo se desloca de acordo com o local da prisão, e, pela reincidência penitenciária observada, muitos já haviam cumprido pena em outras comarcas sob a jurisdição de outras VECs.

Assim, pode-se concluir que a investigação alcançou um panorama das execuções penais no Estado de São Paulo e ao longo dos anos, não se restringindo apenas a uma realidade atual e por demais setorizada.

Por outro lado, por ser São Paulo, no que toca à política prisional, o Estado da federação que conta com o referente à metade da população carcerária registrada no País, é verdade que os resultados de uma pesquisa realizada neste Estado são bastante representativos da realidade prisional brasileira.

As peculiaridades do modo de organização dos processos de execução criminal, bem como do próprio funcionamento da VEC da Capital, exigiram da equipe um tratamento especial para o desenvolvimento da pesquisa, provocando ainda algumas interrupções no trabalho de campo.

No que toca ao cargo de juiz da VEC, que acumula as funções de responsável pela Vara e pela Corregedoria dos presídios, é importante registrar que o

mesmo é, na verdade, designado pelo Tribunal de Justiça para coordenar a VEC, não contando com garantias constitucionais como a inamovibilidade, e não atendendo ao princípio do juízo natural, ambos, aliás, direitos do jurisdicionado. Importantes conseqüências advêm deste fato, e talvez a principal delas seja o comprometimento da independência dos julgados, também um dispositivo constitucional.

Desse modo, os juízes que lá atuam, por não contarem com qualquer garantia de permanência no cargo, submetem-se à discricionariedade do Tribunal de Justiça que pode, da mesma maneira como os designou para a VEC, de lá os remover sem motivação e de um dia para outro, como de fato se verificou durante nosso trabalho de campo. Especialistas e operadores da área têm se manifestado já há algum tempo no sentido de que o cargo de juiz titular da VEC de São Paulo seja finalmente suprido por concurso interno, como ocorre com outras varas judiciais, entretanto tal situação não foi regularizada até o momento.[3]

O que se pode concluir, por certo, é que as peculiaridades que o processo de execução traz em si e que são também observadas na organização e na rotina de uma VEC sejam talvez a principal razão para até hoje poucos pesquisadores terem se aventurado a tal empreendimento, ou seja, à realização de uma pesquisa quantitativa junto a este universo.

4. Resultados

4.1 Progressão de regime

O instituto da progressão de regime, previsto na LEP (art. 112), estabelece o direito do condenado progredir do regime mais rigoroso para o menos (fechado para o semi-aberto e deste para o aberto), uma vez cumprido 1/6 da pena e quando o mérito indicar o benefício. O termo mérito é compreendido na acepção das condições indicadas mediante parecer da CTC nos laudos criminológicos e pelo comportamento disciplinar e desempenho carcerário.[4]

Com referência à progressão de regime, foi possível aferir os seguintes resultados:

a) 22,1% de presos obtiveram a progressão de regime (com margem de erro 4%).

Este número revela que é apenas uma pequena parte da população carcerária que logra cumprir sua pena de modo progressivo, muito embora a progressividade seja o modelo geral adotado pela LEP e pela Constituição Federal.

(3) A esse respeito, também o IBCCrim já se posicionou por meio do Editorial do *Boletim*, n. 110, de janeiro de 2002, intitulado "A inamovibilidade e o juízo natural".

(4) A Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) passou a vedar a progressão de regime para os delitos nela previstos.

b) 72,5% das pessoas que obtiveram a progressão haviam cumprido mais de 1/3 da pena.

Por este dado infere-se que, da pequena parte dos presos que obtém a progressão de regime, a maioria só a alcança com o cumprimento do prazo muito acima do legal (1/6), o que demonstra que este não é balizador das decisões dos juízes.

c) 54% dos presos pediram a progressão (com margem de erro 5%).

É importante esclarecer que, na rotina da formulação de benefícios, o preso depende de que o presídio elabore o devido expediente (com os laudos e demais informações) para a instrução e o envio do pedido à VEC. Assim, pela dinâmica, o preso só consegue encaminhar seu pedido uma vez passando pelo crivo do presídio. Este avaliará se o mesmo já tem lapso para a postulação, e, em muitos casos, se não cometeu nenhuma falta disciplinar num período que varia em função de cada estabelecimento, posto não haver previsão legal para tal triagem. Portanto, é possível inferir que esses 54% correspondiam àqueles presos que preenchiam as condições formais para a postulação.

d) 41% dos presos, entre os que pediram o benefício, afinal obtiveram a progressão.

Aqui, o universo considerado é o de presos que formularam pedidos de progressão de regime uma ou mais vezes. Destes, 41% obtiveram a concessão, em algum de seus pedidos.

e) Dos pedidos de progressão, 26,4% foram deferidos (vide Tabela 1).

O universo agora referido é o da totalidade de pedidos de progressão formulados pelos presos. É importante esclarecer que um mesmo preso pode formular vários pedidos de benefícios.[5] Assim, buscou-se trabalhar com os pedidos a fim de aferir o percentual de deferimentos e o cruzamento dos resultados dos laudos com as decisões.

Tabela 1: Pedidos para Progressão, por Conclusão do Laudo Criminológico, segundo a Decisão Judicial

Decisão Judicial	Conclusão do laudo Criminológico			
	Favorável	Não favorável	Não informa	Total
Total	*100,0*	*100,0*	*100,0*	*100,0*
Progressão	45,0	4,9	9,1	26,4
Não Progressão	36,1	87,4	32,5	49,6
Não informa	18,8	7,8	58,4	24,0

Fonte: Vara das Execuções Criminais da Capital – VEC; Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – Seade.

(5) A média de pedidos de progressão por presos é de 2,1.

f) Do total de pedidos de progressão com laudos favoráveis, 45% corresponderam a decisões de progressão e 36,7% de não concessão do benefício; já com relação aos laudos desfavoráveis, 87,4% corresponderam a decisões de não progressão e apenas 4,9% a de progressão (vide Tabela 1).

Este dado traz à tona uma importante e atual discussão: o papel desempenhado pelos laudos criminológicos e sua validade. Há, em tramitação no Congresso Nacional, alguns projetos de lei visando a sua extinção sob diversos argumentos, como a má elaboração dos mesmos e sua ineficácia no processo individualizador da pena; tanto os mais conservadores como aqueles que se filiam ao direito penal mínimo têm defendido esta idéia.

Pelos dados apresentados, é possível discutir não a qualidade dos laudos, mas sua utilização ideológica pelos operadores do direito (juízes, especialmente). Observe-se que, quando os laudos apontam a conclusões desfavoráveis, são quase inteiramente acompanhados pelos juízes com decisões de indeferimento (87,4%). Já quando suas conclusões são opostas, ou seja, favoráveis à progressão pelo condenado, apenas 45% das decisões os acompanham.

4.2 Livramento condicional

O livramento condicional é um instituto previsto no Código Penal e na LEP, pelo qual o condenado cumpre o restante de sua pena em liberdade, mediante certas condições a serem fixadas na sentença. O lapso temporal exigido por lei varia de acordo com a natureza do crime da condenação e com a reincidência.[6]

Assim como na progressão de regime, a apresentação dos laudos criminológicos indica o "mérito" do preso à concessão do benefício, bem como o comportamento carcerário e o parecer do Conselho Penitenciário.

O livramento condicional foi idealizado, na sistemática de execução penal, como o último estágio do modelo progressivo de cumprimento da pena, no qual o condenado, uma vez tendo já obtido a progressão para regimes menos gravosos, cumpriria o restante de sua pena em liberdade condicional, apresentando-se regularmente ao Poder Público, como encerramento de um processo de reinserção social, iniciado com a primeira etapa de execução de sua pena.

Os resultados aferidos estão a seguir:

a) 8% de presos ganharam livramento condicional (margem de erro 3%).

Não obstante o erro relativo apresentado por esta estimativa seja alto (36,1%), este dado aponta para uma parcela muito pouco significativa da massa carcerária que realmente chega a alcançar o benefício. Observe-se que seu percentual é ainda inferior àquele dos que obtêm a progressão de regime.

[6] Para os primários é exigido o cumprimento de 1/3 da pena, para os reincidentes 1/2 e àqueles que foram condenados por crimes hediondos e assemelhados 2/3 da pena. Aos reincidentes em delitos dessa espécie é vedado o benefício.

b) 24% de presos pediram o livramento condicional (margem de erro 5%).

Cabem aí as mesmas observações já tecidas em relação à progressão. Note-se que o percentual é inferior à metade dos que formulam pedidos de progressão de regime.

c) 33% dos presos, entre os que pediram o benefício, obtiveram a concessão do livramento condicional.

Observe-se que, bem como nos demais resultados, os dados referentes ao livramento condicional apontam um menor requerimento e deferimento frente aos de progressão.

d) Dos pedidos de livramento condicional, 31,1% foram deferidos (vide Tabela 2).

Tal como foi já exposto, procurou-se trabalhar com o universo de pedidos formulados.[7] No que toca aos resultados, é possível observar um percentual ligeiramente maior de deferimentos de pedidos em relação à progressão. Acredita-se que isso se dê porque, como já exposto, o livramento condicional seria a última fase do cumprimento da pena, deduzindo-se que aqueles que o requerem se encontram em regimes mais brandos como o semi-aberto e o aberto, o que favoreceria o deferimento do benefício.

Tabela 2: Pedidos para Livramento Condicional, por Conclusão do Laudo Criminológico, segundo a Decisão Judicial

Decisão Judicial	Conclusão do laudo Criminológico			
	Favorável	Não favorável	Não informa	Total
Total	*100,0*	*100,0*	*100,0*	*100,0*
Deferimento	47,5	8,0	10,5	31,1
Indeferimento	27,1	68,0	26,3	36,9
Não informa	25,4	24,0	63,2	32,0

Fonte: Vara das Execuções Criminais da Capital – VEC; Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – Seade.

e) Do total de pedidos de livramento condicional com laudos favoráveis, 47,5% corresponderam a decisões de concessão do benefício e 27,1% a decisões de não concessão; do total de laudos desfavoráveis, 68% corresponderam a decisões de não concessão do benefício e apenas 10,5% decisões de concessão.

Cabem também aí as mesmas considerações já feitas com relação aos laudos em pedidos de progressão de regime.

(7) A média de pedidos de LC por preso é de 1,3.

5. Conclusões

Pelos resultados apresentados, é possível afirmar que o Judiciário, ao contrário do discurso que tem tomado conta da mídia e se cristalizado pelos atuais projetos de lei, apresenta um comportamento refratário aos dispositivos da LEP, notadamente no que toca aos chamados benefícios nela previstos.

Pode-se dizer que, para além dos ditames legais e constitucionais, o Judiciário tem politizado suas decisões, assumindo, por certo, um discurso altamente repressivo ao extrapolar estas prescrições legais.[8] Assim, o quase ínfimo percentual de presos que alcança a concessão de benefícios reflete a atuação do sistema de justiça na esfera de execução penal, no papel de aplicador de um *plus* punitivo, ao relativizar ao máximo os direitos previstos na LEP.

Os laudos criminológicos aparecem, neste cenário, como instrumentos aproveitáveis pelos juízes, na medida em que impliquem em negação dos benefícios; mais uma vez percebe-se a utilização política, pelo Judiciário, das disposições jurídicas do universo criminal e carcerário.

É sabido, no entanto, que tais medidas não vêm conseguindo frear a criminalidade. Ao contrário, ao aumentar o contingente das prisões,[9] diante do não "escoamento" de grande parte desta população confinada, elas vêm contribuindo para aumentar os efeitos criminógenos do cárcere, o que certamente pode ser corroborado por estudos científicos e pela reincidência observada.

Desse modo, os projetos de lei em trâmite no Congresso, ao estabelecerem o foco de suas propostas no endurecimento legal, responsabilizam o que consideram "modelo legal permissivo" pela falência do sistema, demonstrando assim um grande desconhecimento da realidade.

Acredita-se, portanto, que a divulgação de um trabalho como o presente possa contribuir no debate e no aprimoramento da discussão, transformando opiniões e hipóteses em dados concretos, a fim de serem utilizados como instrumentos para a formulação de políticas públicas eficazes, sem perder de vista a ordem democrática estabelecida.

(8) Nesse sentido, cabe citar a recente pesquisa realizada junto aos juízes federais e estaduais, pela Associação dos Magistrados do Brasil, divulgada em 2003. Os dados revelaram que metade dos consultados acredita que as penas arbitradas deveriam ser mais elevadas, e 45% acreditam que as leis é que deveriam prever punições mais severas. O curioso é que, como medida de diminuição da violência, sugeriram, entre outros, o cumprimento efetivo da legislação existente.

(9) No Estado de São Paulo, a Secretaria de Administração Penitenciária tem divulgado saldos positivos de até 1000 presos por mês no Estado.

Ficha Técnica da Pesquisa:

Realização:

Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (Seade)

Apoios Institucionais:

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM

Coordenação geral:

Maria Cecília Comegno

Silvia Anette Kneip

Aurílio Sérgio Costa Caiado

Coordenação Técnica:

Alessandra Teixeira

Eliana Blumer Trindade Bordini

Equipe:

Lilian Liye Konishi

Margarida Burman Juliano

Carolina De Fillipi

Juliana Nishina de Azevedo

Michelle Medrado

Vanessa Faullame Azevedo

Colaboração metodológica:

Renato Sérgio de Lima

Rosimeyre Diogênes Vieira (Desenho da Amostra)

Agradecimentos:

Miguel Marques e Silva (Juiz Corregedor dos Presídios da Capital)

Octavio Augusto Machado de Barros Filho(Juiz de Direito)

Márcia da Silva Afonso (Diretora do Departamento Técnico de Apoio aos Serviços de Execuções Criminais)

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1

SUA EXCELÊNCIA O COMISSÁRIO – A polícia enquanto "justiça informal" das classes populares no Grande Recife

LUCIANO OLIVEIRA

SUMÁRIO: 1. Nota explicativa – 2. A polícia enquanto "justiça informal" – 3. Informações gerais da pesquisa – 4. Os dados da pesquisa: 4.1 O início do processo; 4.2 Prazo para a audiência; 4.3 Duração da audiência; 4.4 Desenrolar da audiência; 4.5 A tipologia dos casos; 4.6 A jurisprudência policial – 5. Considerações finais – Bibliografia.

"Aqui quem julga sou eu! Quem fala alto e grosso aqui sou eu, com base na lei!"[1]

Resumo: O artigo enfoca certas práticas "judiciárias" exercitadas pela polícia na resolução de pequenos casos vivenciados pelas classes populares na Cidade do Recife. Ao paradigma teórico muito tempo dominante entre nós – aquele que via a polícia apenas enquanto aparelho repressivo de classe – o autor propõe uma visão mais complexa, capaz de compreender e explicar os casos que pesquisou. Esses casos são majoritariamente de natureza pessoal e se passam, em sua grande maioria, no interior das próprias classes populares, e a polícia, ao agir, o faz por solicitação dos próprios interessados. O texto, baseado em uma pesquisa de campo de caráter etnográfico, descreve a tipologia dos casos, seu processamento e os padrões decisórios adotados pela autoridade policial.

Palavras-chave: Polícia – Justiça informal – Pequenas causas.

1. Nota explicativa

O artigo que se segue a esta nota não é exatamente inédito,[2] e os dados que ele reporta datam de cerca de vinte anos atrás. Constituem o essencial de uma dissertação de mestrado com o mesmo nome, elaborada sob a orientação do Prof. Joa-

(1) Frase de um comissário de polícia, chamando à ordem um querelante mais exaltado.

(2) Ele mescla, com algumas supressões e alterações de forma, dois artigos anteriormente publicados. O primeiro, com o mesmo título de "Sua Excelência o Comissário", apareceu no n. 1 da revista *Cadernos Gajop* (Olinda, mar. 1985); o segundo, com o título de "Práticas judiciárias em comissariados de polícia do Recife", foi publicado no n. 22 da *Revista OAB/RJ – A Instituição Policial* (Rio de Janeiro, jul. 1985).

quim Falcão, defendida no Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Pernambuco no ano – que já vai se tornando longínquo... – de 1984. Por que então publicá-lo (ou, para ser talvez mais exato, republicá-lo) agora? Em primeiro lugar porque a essa tentação fui levado pelo generoso incentivo do Prof. Roberto Kant de Lima, da Universidade Federal Fluminense, que ao ler a presente versão sugeriu-me fazê-lo, realçando a relativa escassez de que ainda padecemos no que diz respeito a trabalhos sobre a atividade policial no Brasil construídos a partir de uma base empírica. Ora, como disse certa feita Oscar Wilde, "pode-se resistir a tudo, salvo à tentação" (...) Mas é evidente que, mesmo verdadeiro, este não é o único motivo. Há outros mais confessáveis – e também verdadeiros.

Um deles é o fato de que o trabalho, apesar das publicações a que aludi (cf. nota 1), continua de certa forma inédito para um público acadêmico mais vasto, vista a circulação necessariamente restrita dos veículos onde apareceu. Ainda aqui, entretanto, essa não seria uma razão suficiente para fazê-lo reaparecer, não fosse, a meu ver, a permanência da sua atualidade. Como já sugere o subtítulo do texto, a pesquisa tem por objeto o estudo de práticas tipicamente judiciárias exercidas pela polícia na resolução de "pequenos casos" que lhe são submetidos – ainda que não exclusivamente, como veremos – pela população pobre do Grande Recife. Feita há cerca de vinte anos, de lá para cá muita coisa mudou no panorama judiciário brasileiro. Em especial, para o que nos interessa, os Juizados de Pequenas Causas num primeiro momento, e os Juizados Especiais Cíveis e Criminais em seguida, uns e outros inexistentes à época, estariam a sugerir que a realidade que o texto retrata estaria ultrapassada pelas reformas que desde então ocorreram. Afinal, como verá o leitor, os casos que reporto se enquadrariam no que a Constituição de 1988 (art. 98, I), anunciando os Juizados Especiais, definiu como "causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo". Assim, a impossibilidade prática de que tais casos fossem levados ao Judiciário – uma realidade à época em que a pesquisa foi feita –, teria sido resolvida. Inclusive, já que a lei não discrimina entre pobres e remediados, no que diz respeito às causas tendo por protagonistas pessoas dos estratos sociais mais desfavorecidos.

Ora, apesar do inegável sucesso que, globalmente considerados, os Juizados Especiais representam, e da razoável suposição de que, em alguma medida, eles absorveram casos que eram levados à polícia, há também boas razões para acreditar que a realidade retratada no artigo, também numa boa medida, continua em vigor no que diz respeito sobretudo à sua clientela tradicional: os pobres, as pessoas humildes da periferia que continuam se dirigindo ao posto policial mais próximo para resolver, do modo mais rápido e informal possível, as querelas em que se envolvem ou as injúrias de que são vítimas. Excesso de *wishful thinking* de minha parte? Não creio. É verdade que não mais voltei aos locais onde estive há vinte anos fazendo minha pesquisa. Mas ao longo de todo esse tempo transcorrido, seguidamente, pessoas ligadas ou conhecedoras do meio policial no Recife (às vezes, alunos meus na pós-graduação em direito), ao lerem os textos que

produzi, são unânimes em considerar que eles retratam com fidelidade o que lá se passa ainda hoje.

Ou seja: há razões para supor que os Juizados Especiais, por uma série de motivos que não vem ao caso aqui abordar, são preferencialmente procurados por pessoas dos estratos médios e altos da população. Mera hipótese de trabalho? Sim e não. No que diz respeito ao Rio de Janeiro, pelo menos, um estudo feito por Maria Celina D'Araújo mostra que "a Justiça ainda é bem pouco acionada pelos setores menos favorecidos da população", o que já seria uma confirmação da hipótese (in: VIANNA et alii, 1999: 188). No mesmo sentido dessa avaliação, um outro estudo, também sobre os Juizados Especiais do Rio de Janeiro, detecta uma significativa estratificação a partir da variável "escolaridade" das pessoas que aí comparecem, como mostra a Tabela abaixo:

Sem o primeiro grau completo	Do primeiro ao segundo grau completo	A partir do superior completo	Total
16%	51,4%	32,6%	100%

Fonte: VIANNA *et alii*, p. 210

Adotando-se a suposição razoável de que as pessoas sem o primeiro grau completo sejam as mais desfavorecidas no conjunto da população, esse seria um dado a mais a indicar que, para os mais pobres, o Poder Judiciário real, de um modo geral, continua sendo outro. Ou outros, no plural, dos quais a polícia seria apenas um exemplo – ainda que talvez *o* exemplo por excelência. É sobre essa realidade que convido o leitor a dar uma olhada e, se quiser, exercer um olhar sociológico – ou seja, crítico, mas também compreensivo (...)

2. A polícia enquanto "justiça informal"

Num artigo do início dos anos 80, dedicado ao estudo da organização policial numa grande cidade brasileira, dizia o seu autor que a polícia "é mais temida que conhecida pelo cientista social brasileiro" (Paixão, 82: 63). Com efeito, são quase inexistentes, entre nós, pesquisas sociológicas – no sentido empírico do termo – que tenham a instituição policial por objeto. É verdade que isso não quer dizer que não dispomos de bibliografia sobre o assunto. Dispomos sim. Basicamente de dois tipos e bastante diferenciadas uma em relação à outra. Antes de entrar no tema específico deste texto, vejamos, ainda que rapidamente, quais são.

A primeira delas é aquela produzida dentro dos quadros da cultura jurídica tradicional, e que é veiculada nas faculdades de direito. Estamos falando da dogmática jurídica. O problema, aqui, é que essa literatura, dedicada ao estudo do ordenamento jurídico em si, não dá conta da realidade como ela se processa fora dos códigos. Antes, ela normatiza a realidade e produz, inevitavelmente, uma cultura idealista não isenta de alguns perigos. É ela que vai permitir ao jurista, por exemplo, dizer que no Brasil não existe a pena de morte, enquanto convivemos

todos com a existência dos "esquadrões da morte";[3] ou que desde a Constituição do Império abolimos os castigos físicos nas prisões, enquanto sabemos todos que a tortura de presos comuns é prática corriqueira nas nossas delegacias de polícia.

Não se trata, é claro, de fazer a apologia dessas práticas, trocando-se o idealismo da lei por um sociologismo sem ética. O que estou é chamando a atenção para o fato de que a literatura jurídica, ao antepor entre si e a realidade viés da norma, corre o risco de produzir um conhecimento desvinculado das práticas sociais concretas. E a instituição policial configura um exemplo típico do que estou a dizer. Para conhecer o que ela é, como atua, quais são seus usos e costumes (e até jurisprudência!), o melhor caminho, por certo, não será consultar o Código de Processo Penal ou a doutrina jurídica correspondente. Isso porque a polícia, na verdade, dedica-se cotidianamente a praticar atos que em muito ultrapassam o discreto papel que lhe é determinado pelo arcabouço legal de inspiração liberal sob que supostamente vivemos. Assim já se vê que a literatura jurídica, por sua própria natureza, passa ao largo das práticas reais da polícia, algumas das quais foram objeto de uma pesquisa cujos dados, que serão adiante expostos, servem de base ao presente texto.

O segundo tipo de literatura é, em tudo, contrária à anterior. Refiro-me à vigorosa bibliografia crítica dos usos e costumes policiais em relação às classes populares que tem surgido desde o início dos anos 80.[4] A polícia aí é enfocada sob o ângulo da luta de classes e, desse modo, apreendida enquanto aparelho repressor a serviço das classes dominantes ou de seus interesses. Essa literatura se ocupa das ações truculentas contra trabalhadores, favelados, autores ou meros suspeitos de delitos contra o patrimônio.

Batidas, invasões de domicílios, prisões arbitrárias, maus-tratos, humilhações, fuzilamentos nas baixadas etc., constituem o elenco mais comum de atos que configuram esse desempenho. A função de tais ações seria, pelo terror, manter a estrutura de dominação econômica e política debaixo da qual – mas não à sua sombra (...) – (sobre)vivem as classes populares. Ou seja: ao invés da visão quase angelical difundida pela literatura jurídica, aqui se trata de uma visão nitidamente diabólica. E sem meios-termos.

Ora, se a literatura jurídica é inadequada para dar conta das práticas policiais reais de um modo geral, essa última, por seu turno, é insuficiente para dar conta de certas práticas policiais específicas que pesquisei. Refiro-me a práticas de feição nitidamente judiciária (pois que existem partes, audiência de julgamento e decisões) exercitadas pela polícia quando confrontada com pequenos ilícitos protagonizados pelas classes populares. Ou seja: aqui não se trata de ações voluntá-

(3) Um levantamento feito pela *Folha de S. Paulo*, em 10.10.1982, indicava que entre o início do ano e aquela data, só a Polícia Militar de São Paulo já havia exterminado 354 pessoas, entre delinqüentes, suspeitos ou meros azarados da periferia.

(4) Ver, a propósito: Aguiar, 1980; Pinheiro, 1981; Moscatelli, 1982 – entre outros.

rias da polícia *contra* as classes populares indiscriminadamente; trata-se de casos específicos que configuram, até certo ponto, conflitos interindividuais e intraclasse, protagonizados por indivíduos pertencentes, uns e outros, às classes populares. Para usar uma terminologia emprestada à cultura jurídica, aqui a polícia não age *ex officio*, porém por provocação – exatamente como ocorre com o Judiciário.

Esses casos configuram majoritariamente, como adiante veremos, pequenos delitos: agressões físicas, ameaças, calúnias, difamações etc. Nesses casos a polícia, ao ser notificada do fato por meio da queixa, em vez de cuidar de fazer o inquérito para posterior apreciação judiciária – como quer o Código de Processo Penal[5] –, geralmente assume ela própria um comportamento judicante, como adiante descreverei. Mas, por ora, vale logo uma advertência: quando me refiro a pequenos delitos e digo que eles são os casos majoritários, estou dizendo que eles não são exclusivos. Porque também há casos como o do inquilino que saiu sem pagar a luz, da moça que quer ser ressarcida pelo dinheiro que gastou com o namorado, e até do freguês do bar que foi embora sem pagar a conta, ou seja, questões basicamente civis. Da mesma forma, quando digo que os casos envolvem pessoas da mesma classe, não excluo a ocorrência de conflitos envolvendo pessoas de classes sociais diferentes. É o caso de uma acusação de furto feita pelo patrão contra seus empregados, que é um conflito tipicamente classista, e que também ocorre. Há de tudo um pouco. O que, *en passant*, constitui a meu ver um desafio para que os cientistas sociais brasileiros prestem mais atenção à polícia, essa instituição tão presente na vida brasileira mas, apesar disso, salvo no que diz respeito à sua função de repressão aberta, tão pouco conhecida. Mas, já aqui, estou adiantando algumas informações da pesquisa para a qual nos voltamos agora.

3. Informações gerais da pesquisa

A pesquisa foi realizada entre junho de 1982 e fevereiro de 1983, e compreendeu levantamento de campo em cinco agências policiais do Grande Recife. Como a minha intenção era captar o desempenho policial relacionado a pequenos casos das classes populares, o meu critério de escolha das agências a serem pesquisadas esteve direcionado por sua localização próxima a aglomerados habitados por pessoas de baixa renda. A pesquisa de campo propriamente dita compreendeu visitas e permanência nas cinco agências escolhidas, onde observei o desenrolar de casos, entrevistei o mais informalmente possível autoridades e pessoas neles envolvidas e, na medida do possível, consultei os livros de queixas aí existentes. Informo que, no total, foram diretamente observados 15 casos no seu desenrolar, e levantados 397 casos anotados nos livros. Uns e outros constituem a base empírica de que me vali para a reconstituição do processo como ele se desenvolve na polícia, e que será relatado adiante.

[5] De acordo com a doutrina jurídica, a polícia não tem poder jurisdicional. Como diz um autor, "a autoridade policial não é juiz, não julga nem decide no litígio entre as partes" (Noronha, 1964, p. 21).

Antes, uma última informação: das cinco agências pesquisadas, duas são delegacias e as outras três são simples postos policiais que, administrativamente, são subdivisões de delegacias. Na prática, contudo, as pessoas procuram umas e outros indiferentemente, por isso que também não diferenciei. Cada uma dessas agências, quando delegacia, é dirigida por um delegado, assessorado por comissários e agentes de polícia. O delegado se ocupa da direção dos inquéritos que são remetidos ao Judiciário. O solucionamento dos pequenos casos que nos interessam compete aos comissários. Os postos policiais são dirigidos por um comissário, auxiliado por agentes. Os postos não realizam inquéritos. Os casos que motivam a abertura de inquérito são encaminhados à delegacia à qual o posto está subordinado. O comissário se ocupa disso e ainda se dedica ao solucionamento dos casos que nos interessam. O comissário, assim, num e noutro local, é quem funciona como juiz.

Nesses locais, de um modo geral, reina um despojamento mais próximo do abandono do que da simples pobreza. Geralmente se trata de velhas casas adaptadas para as funções policiais. Mas estragadas e sujas. Birôs e bancos de madeira quebrados, sofás rasgados – parecendo estripados com suas molas expostas. Em duas das agências pesquisadas, sequer havia uma máquina de escrever. A divisão espacial comporta, de um modo geral, uma ante-sala, onde ficam o "permanente" – é assim que é chamado o agente de plantão – e o público, e o gabinete do comissário. É aí onde se resolvem os casos. As paredes dessa dependência são, quase sempre, despojadas. Quando muito, algumas inscrições, diferentes de lugar para lugar. Num desses locais havia um simples "Deus proteja esta casa". Noutro, havia várias frases. Desde um aforismo de um rigorismo pouco liberal ("Quem não respeita o direito alheio não é digno de consideração"), até uma regra processual de aceitação praticamente universal: "Em 1.º lugar tem a palavra o queixozo" (*sic*). Na direção dos fundos da casa, geralmente sob a advertência de "Privativo", fica a entrada para as celas. Como costuma ocorrer em dependências carcerárias brasileiras, de lá vem um cheiro insidioso de urina velha (...)

4. Os dados da pesquisa

4.1 O início do processo

O início do processo se dá, normalmente, com a prestação da queixa, que pode ser feita com o "permanente", mas também diretamente junto ao comissário. A queixa é, às vezes, anotada no livro próprio. E a não anotação não chega a ser exceção. Na verdade, se levarmos em conta os critérios adotados nos 15 casos que observei, haveria mesmo uma paridade entre queixas que são e que não são anotadas, na medida em que, dos 15 casos, 7 foram anotados e 7 não o foram, havendo dúvida quanto a um dos casos, que não consegui identificar no Livro de Queixas.

A anotação, quando ocorre, é vazada no estilo típico das páginas policiais dos jornais "populares", e a ela se segue a assinatura da parte queixosa ou sua impres-

são digital – o que não é muito incomum. Às vezes – mas não muitas vezes – o desfecho do caso é anotado, mas com um mínimo de informações substantivas sobre o decidido. Transcrevo um desses casos (conservando inclusive o português nem sempre castiço em que está vazado...), a título de exemplo.

Inicialmente, a queixa:

"Às 9:00 horas de hoje dia 15.08.1982 compareceu nesta delegacia G. S. S., residente na Rua... queixando-se contra a mulher C. de tal, residente na Rua..., alega a queixosa que no dia de hoje as 8:00 horas C. invadiu a residência da queixosa e sem quaisquer motivos justificáveis passou a agredi-la moralmente bem como a sua genitora de nome Q. e demais familiares, sob o pretexto de estar ela queixosa paquerando um cidadão que segundo ela C. é seu amante, não satisfeita com as agressões morais, ameaçou a ela queixosa de morte, isto é, havia encomendado uma arma para liquidá-la. As testemunhas serão apresentadas posteriormente. Pelo exposto pede providências à autoridade".

Segue-se a assinatura da queixosa. Na mesma página, marginalmente, havia a seguinte observação sobre o desfecho do caso:

Caso solucionado com entendimento entre as partes.

E segue-se outra vez a assinatura da queixosa.

Mas, uma vez prestada a queixa, anotada esta ou não, a autoridade extrai, de um talão impresso, a intimação, depois de tê-la preenchido com as particularidades do caso: nome e endereço do acusado, dia e hora em que ele deve comparecer para ser ouvido. A intimação vai para o acusado do modo mais informal possível. Pode ser levada por um policial, como pode ir em mãos da própria parte queixosa. Está iniciado o processo. Nem todas as pessoas que vão aos comissariados têm assuntos jurídicos a resolver. Lá existe uma movimentação que extrapola as funções tipicamente policiais. Exemplo disso é o fato de que a população das redondezas, em alguns locais, utiliza o telefone como se ele fosse público – mas gratuitamente! As pessoas chegam, falam com o "permanente", este acede e elas telefonam. Num dos comissariados cheguei a contar, apenas em duas horas, seis telefonemas desse tipo.

E, de outro lado, nem todos os assuntos jurídicos que lá chegam são questões contenciosas. As pessoas também vão se aconselhar junto ao comissário. Um senhor vai pedir sua opinião sobre uma escritura de aquisição de um imóvel; duas senhoras vão pedir que ele lavre um recibo de compra de uma bicicleta que o marido de uma delas está vendendo ao marido da outra. Há de tudo um pouco. Até o caso de um pedreiro desempregado que vai pedir ao comissário que lhe arranje um emprego de vigilante. E há, também, as práticas judiciárias – para as quais voltamos nossa atenção.

Em raríssimos casos a queixa vem acompanhada de informações mais esclarecedoras sobre a solução dada ao problema. É o que ocorre num caso como o seguinte, aqui transcrito na íntegra – desde a queixa até a solução.

"Às 19:45 horas de hoje compareceu nesta distrital a Sra. M. O. de S., residente no Morro XXX, Rua XXX, n. XXX, queixando-se contra seu ex-companheiro A. C. V. de M. residente a Rua [ilegível], alegando que o mesmo aproveitando sua ausência raptou sua filha menor de 12 anos S. V. M. [*sic*] tomando rumo até o presente ignorado, razão pela qual solicita as providências policiais.

Recife, 10.06.1982".

Seguem-se as assinaturas da queixosa e do agente que anotou a queixa. E logo abaixo:

"O pai da menor em tela devolveu a sua genitora a qual se encontra em sua companhia, tendo sua genitora trazido sua filha para sua residência a qual vive em sua companhia desde dos primeiros dias de existência.

Recife, 11.06.1982".

4.2 Prazo para a audiência

A audiência é, via de regra, marcada para o primeiro dia útil seguinte; para a manhã ou para a tarde, a depender da praxe local. Nos 15 casos que observei, o prazo mais longo entre a queixa e a audiência foi de 3 dias, e por causa da seguinte particularidade: a queixa foi prestada num determinado dia 8 e a audiência marcada logo para o dia seguinte, 9. O acusado não compareceu, e o comissário mandou fazer uma nova intimação para o dia 11, considerando que o dia 10 era a festa de *Corpus Christi*. Quanto às conseqüências do não comparecimento, foi-me dito por duas vezes, em duas agências diferentes, que o acusado fazia jus a uma 2.ª intimação; não comparecendo, o comissário mandava buscar (...).

4.3 Duração da audiência

As audiências costumam ser rápidas e contínuas. Como exceção, há um caso (o de n. 3, no quadro abaixo) em que a audiência foi suspensa para que fosse realizada uma sindicância ordenada pelo comissário e retomada alguns dias depois. Ou seja, houve duas audiências. E vale anotar que houve um outro caso, de n. 13, cuja audiência não cheguei a assistir, embora tivesse presenciado o início do processo, com a prestação da queixa. Como quer que seja, o tempo de sua duração se conta em minutos, como o quadro a seguir demonstra.

Quadro 1

Casos	1.º	2.º	3.º	4.º	5.º	6.º	7.º	8.º	9.º	10.º	11.º	12.º	13.º	14.º	15.º
Tempo em minutos	45	20	1.ª 2.ª 30 45	30	15	12	25	12	15	75	12	15	-	6	14

4.4 Desenrolar da audiência

No dia e hora marcados, presentes as partes e eventuais testemunhas ou meros acompanhantes, o comissário manda que fale primeiro aquele que prestou a queixa. Freqüentemente, um interrompendo o outro. O comissário é o mediador que tenta pôr ordem nessas intervenções. Às vezes com um simples "espere a sua vez!", às vezes, para os mais exaltados, com um murro na mesa e uma advertência do tipo "a autoridade aqui sou eu!".

Assim, observo que a audiência, de um modo geral, está estruturalmente dividida em duas grandes partes: uma onde predomina a fala dos querelantes, e outra onde predomina a peroração do comissário, tentando pôr fim à questão, ou à própria audiência. Faço a observação (irônica, certamente) porque em alguns dos casos observados é visível, a partir de determinado instante, a intenção do comissário de se livrar dos querelantes.

Mas as duas partes constitutivas da audiência não são momentos estanques. Na primeira, o comissário também intervém, seja disciplinando a fala dos querelantes, seja já adiantando exortações, ameaças etc. Na segunda, é a vez das partes trazerem outros elementos contra a parte contrária, donde pode emergir uma nova peroração (...) Enfim, há um constante vai-e-vem que, com freqüência, desnorteia o próprio pesquisador.

Outro ponto que vale ser destacado é a oralidade dos processos. Não há, nunca, registros escritos dos debates na audiência. Há, todavia, em alguns casos, anotações sobre o que ficou decidido (pequenas e pouco informativas, como vimos) feitas no Livro de Queixas. Como exceção, entre os casos observados, houve apenas o de n. 3, onde se procedeu a uma "sindicância", por escrito, e onde as partes ainda assinaram um "termo de responsabilidade", sobre o qual adiante falarei.

4.5 A tipologia dos casos

Dividindo os casos em dois grandes grupos – os de natureza pessoal, e os de natureza patrimonial – os do primeiro tipo são claramente majoritários, quer ao nível dos 15 casos que observei, quer ao nível dos casos que levantei nos livros de queixas. Vejamos que casos são esses. Informo que não estou trabalhando com as categorias classificatórias do direito oficial, ainda que fosse possível pegar cada um desses casos e fazer a respectiva transposição. Em vez disso, todavia, preferi trabalhar com conceitos mais "vivos", construídos a partir da linguagem existente na própria realidade pesquisada: a linguagem das partes e dos policiais, e que transparece nas próprias anotações que são feitas no Livro de Queixas. Esse trabalho de construção me permitiu, até como forma de facilitar a análise, obter três conceitos genéricos que, em conjunto, englobam a maior parte dos pequenos casos que são levados a essas agências policias. Esses conceitos são: *desordem*, *ofensa moral* e *agressão*. Cada um deles corresponde a ações delituosas diversas.

E, no entanto, subsumíveis a um tipo genérico comum, na medida em que partilham certas características próximas.

Esses conceitos, como já frisei, não constam, com esses nomes, nas leis penais do direito oficial. O que não impede que cada um deles corresponda a tipos de delitos aí delineados com maior especificidade. Assim a *ofensa moral*, para começar com o mais simples, engloba, em termos de direito penal, basicamente os chamados "crimes contra a honra": calúnia, difamação e injúria. Em termos da terminologia constante nos livros de queixas, a *ofensa moral* engloba casos como: "boatando traição", "maltratando com palavras de baixo calão", "propostas indecorosas", "soltando liberdades" etc.[6]

A *agressão*, que numa palavra seria o ato de agredir alguém, engloba, em termos de direito penal, tanto as várias gradações de "lesão corporal" quanto as "vias de fato", que, para existir, não exigem a presença de lesão no corpo da vítima, bastando que esta tenha sofrido a agressão. Em termos da terminologia nos livros de queixas, a *agressão* engloba casos como "um pontapé", "espancada pelo marido", "espancou barbaramente" etc.

Já a *desordem* é um conceito mais fluido. O seu autor é o que os policiais costumam chamar de "desordeiro", "arruaceiro" etc. Ainda que um tanto difícil de explicitá-la em termos precisos, digamos que a *desordem* é uma ação antisocial que atinge a vítima não em seu físico (porque aí seria *agressão*), ou em sua honra (porque aí seria *ofensa moral*), mas em certos bens como o respeito, o sossego, o lar etc. Daí que sejam consideradas *desordens* atos como "falta com o respeito na rua", "rádio em volume alto", ou "invasão de residência". Mas também há *desordem* quando se ameaça ou até quando se tenta agredir alguém. Em termos de direito penal, a *desordem* engloba delitos como a ameaça, a invasão de domicílio, a perturbação do sossego alheio etc.

São esses os três tipos que mais aparecem nos livros de queixas. Os restantes são de uma ampla variedade. Há, por exemplo, os pequenos casos de natureza patrimonial, que englobam pequenas dívidas, descumprimento de contrato, subtração de bens móveis etc. Ao lado, também, de algumas questões absolutamente originais, como a seguinte: determinado queixoso tinha um cachorro que, depois de morder uma pessoa, morreu (isto é, o cachorro.) A pessoa mordida, mesmo comunicada do fato, se recusa a tomar vacina. O dono do cachorro vem então prestar queixa para prevenir futuras responsabilidades. Inclino-me a dizer que, nesse caso, em termos de direito oficial, estaríamos diante de uma verdadeira ação cautelar (...) Mas, por seu maior número, fiquemos apenas com os três tipos de natureza pessoal (*desordem*, *ofensa moral* e *agressão*) e os *casos patrimoniais*. Os 15 casos que presenciei se distribuem por esses quatro tipos.

(6) Essas expressões não são títulos dos casos. Elas constam do teor das queixas, conforme estão anotadas. Transcrevo-as para dar uma idéia mais *real* de que tipos de casos se trata. E também para esclarecer melhor o método com que trabalhei.

É o que demonstra o quadro a seguir, no qual cada caso vem acompanhado de pequeno histórico esclarecedor do seu conteúdo:

Quadro 2

N. do caso	Tipo	Histórico
1	Agressão	Vizinhas se agridem por causa de pé de jerimum em comum que apareceu cortado.
2	Patrimonial	Moça que sustentou rapaz por algum tempo quer ser ressarcida pelos pais do rapaz.
3	Desordem	Lavadeira cuja roupa lavada apareceu salpicada de lama acusa e xinga a vizinha, e a ameaça fisicamente.
4	Desordem	Depois de fofoca com o marido da queixosa, dá-se uma briga entre esta e o acusado, que ameaçou quebrar sua cara.
5	Ofensa moral	Acusado chamou a queixosa de "rapariga, acostumada a dar isso e isso".
6	Patrimonial	Ex-inquilino da queixosa sai de sua casa deixando três meses de luz sem pagar.
7	Desordem	O acusado, depois de uma questão com sua senhoria por falta de pagamento do aluguel, foi ameaçá-la com uma faca.
8	Patrimonial	Dono de bar queixa-se contra mecânico que saiu sem pagar a conta.
9	Patrimonial	Acusado começa a construir barraco no terreno da queixosa.
10	Ofensa moral	Queixoso que acusa o pessoal de oficina vizinha à sua casa de ser "um dicionário de palavrões".
11	Ofensa moral	Acusadas teriam fofocado que a queixosa furtou dinheiro de uma delas.
12	Patrimonial	Dono de frigorífico de aves acusa seu empregado de ter trocado "carro" de carregar vísceras novo por um velho.
13	Ofensa moral	Moça acusa mãe e filha de estarem falando mal dela.
14	Ofensa moral	Queixosa acusa vizinha de ter dito que ela teria fofocado que uma terceira, grávida, não sabia quem era o pai do seu filho.
15	Patrimonial	Pedreiro que se recusa a terminar muro contratado com o queixoso, apesar de já ter recebido quase todo o pagamento.

Como se vê, os casos de natureza pessoal (9 casos) são majoritários em relação aos de natureza patrimonial (6 casos). Da mesma forma, levando-se em conta já agora os 397 casos levantados nos livros de queixas, esses três tipos de natureza pessoal também se mostram muito mais freqüentes que todo o restante, como demonstra o quadro a seguir.

Quadro 3

Agências	Total dos casos levantados	Somatório dos 3 tipos de caso	Percentual[7] do somatório sobre o total
1.ª	80	65	82%
2.ª	160	97	61%
3.ª	74	56	76%
4.ª	25	15	60%
5.ª	58	38	66%

Vistos os casos, vejamos agora os padrões de julgamento operados pela polícia.

4.6 A jurisprudência policial

Não é fácil estabelecer padrões regulares de comportamento da autoridade policial que sejam válidos para todas as agências e para os diversos tipos de casos. Ou seja: formalizar o informal. Isso na medida em que os próprios casos têm uma seqüência que depende muito do próprio estilo de comportamento das pessoas envolvidas. Como são elas próprias que acusam ou se defendem (e não profissionais que pautam uniformemente seu comportamento por regras processuais objetivas, como no Judiciário), o seguimento da audiência sofre também uma influência muito forte do estilo de acusar, defender, debater etc. por elas adotado. Sem falar do humor, temperamento, disponibilidade de tempo etc. do próprio comissário. Em todo caso, um esforço interpretativo permite detectar alguns padrões genéricos de solucionamento que, com uma boa dose de flexibilidade, podem ser válidos para todas as agências.

Vejamos, inicialmente, o que ocorre com os casos de natureza pessoal. Mas, antes de avançar qualquer conclusão, irei relatar, muito resumidamente e quase à maneira etnográfica, dois desses casos como eles foram presenciados por mim. Com isso a minha argumentação posterior terá um referencial empírico sobre o que se sustentar.

[7] Os percentuais fracionados estão arredondados para mais.

Primeiro caso: *desordem* (no Quadro 2, é o caso n. 3)

Estão presentes: Dona M., a queixosa, e Dona C., a acusada. A queixosa explica o caso. Ambas são lavadeiras e vizinhas. As casas se situam numa encosta de morro, uma (a da queixosa) acima da outra. A roupa lavada da acusada, enquanto estava estendida, apareceu salpicada de lama, e ela teria dito que fora a queixosa, chamando-a de "safada" e "ladrona", e mandando que ela descesse para "dar nela". A acusada interrompe: "ela disse que melou e que melava". A queixosa nega e começa uma discussão. O comissário intervém: "Vocês vêm com suas brigas para cá querendo que a gente triture o outro, e se a gente não faz o que querem, saem dizendo que a gente é comprado (...)". A acusada aproveita a brecha: "Foi o que ela disse, que o senhor se compra por duzentos cruzeiros!" O comissário não lhe dá atenção e continua: "O policial não se presta a críticas. Se eu não olhasse o lado humano botava as duas no xadrez! Eu vejo vocês como duas pessoas humanas que deviam ter mais vergonha. Não tem conteúdo passar 24 horas no xadrez. Por que não ficam de bem?". Mas as mulheres parecem irredutíveis. A queixosa é a mais exaltada. O comissário lhe diz: "Se a senhora trouxer testemunhas, eu processo ela. Se não, a senhora vai ser punida!". Mas um dos presentes, que veio acompanhando a acusada, é quem informa que a rua é pela queixosa. O comissário fica num impasse. Chama o "permanente" e manda que ele faça uma sindicância na rua onde moram as duas, para saber quem é quem. Depois suspende a audiência para daí a seis dias, no mesmo horário.

Relato a seguir a continuação da audiência.

No dia e hora marcados, o gabinete está cheio. Além da queixosa (e seu marido) e da acusada, estão mais três mulheres e um homem para testemunhar a favor da queixosa. Ao lado da acusada, para testemunhar a seu favor, apenas uma senhora que a todo instante faz referência a sua condição de crente. O comissário tem em mãos, e brande na direção dos presentes, a sindicância feita junto à vizinhança que testemunhou em peso a favor da queixosa. "Está aqui – diz o comissário –, é a voz do povo que está falando". A acusada resmunga, diz que eles estão de acerto contra ela. O comissário diz que não faz sentido mães e pais de família levantarem falso testemunho sem mais nem menos. A acusada continua fazendo acusações aos presentes. Mas o comissário retoma a palavra. Diz que essas brigas têm que ter fim. A acusada diz: "Seu XXX, pode me prender, mas as brigas não vão acabar, não. Só se eu sair de lá. Eles não me deixam viver em paz". O comissário diz que "não tem conteúdo botar uma mulher como ela, dona-de-casa, responsável, na detenção por 24 horas". Alterna ameaças com exortações à conciliação. Lembra à acusada que ela tem obrigações para com "a família, a pátria, a sociedade". "A polícia é como um pai que quando dá uma repreensão é pensando no bem dos filhos. Para assaltantes, autor de latrocínio, a polícia é um terror, mas para gente de respeito, honesta, o que se quer é a reconciliação". Apela para que acusada, em consideração à amiga crente que lhe acompanhou, modere seu gênio. A

crente, entusiasmada, balança a cabeça, apoiando-o. Mas a acusada vira a cara, torce o nariz, diz que ele pode lhe prender. O comissário grita para o "permanente", que está do lado de fora: "Você fica avisado e também avisa aos outros. Qualquer confusão que chegar ao conhecimento de qualquer um, é ir lá e ver na hora quem começou. Quem começou traz pra cá e bota no xadrez à minha disposição". Mas nem isso parece surtir efeito. Agora o bate-boca também envolve uma outra senhora, que também quer dizer algumas coisas contra a acusada. Mas o comissário, já impaciente, corta: "O caso aqui é dessa e dessa senhora, e é esse caso que tem de ser resolvido".

Para encerrar o processo, o comissário chama o "permanente" e manda-o preparar um "Termo de Responsabilidade", que deveria ser assinado pela queixosa e seu marido, e também pela acusada. O "Termo de Responsabilidade", aqui transcrito integral e literalmente, tinha o seguinte teor:

"Termo de Responsabilidade. Eu C. J. S. residente na Rua ... neste Distrito, assino com meu próprio punho esse Termo de Responsabilidade perante o comissário do Distrito e os policiais do destacamento, e as pessoas que acompanharam esta sindicância de não mais tornar ofender a pessoa de Dona M. F. e todas testemunhas que testemunharam o fato e se achão [*sic*] presentes como também Dona M. de F. assina o mesmo Termo de Responsabilidade da mesma maneira."

Relato, em seguida, um caso também de natureza pessoal. Informo que o mesmo foi presenciado numa agência diferente da anterior.

Segundo caso: *ofensa moral* (no Quadro 2, é o caso n. 14)

Entram três mulheres e um rapaz. O rapaz é casado com uma delas, que está grávida. O litígio é entre as outras duas, entrando a grávida como pivô da história. Todos moram perto. A queixosa conta que a acusada tinha ido dizer à grávida que ela, queixosa, andava dizendo que a grávida não sabia quem era o pai do seu filho. A acusada tenta desmentir alguma coisa mas o comissário manda que ela espere sua vez. Daí a grávida foi tomar satisfação com a queixosa. Ela negou que tivesse dito tal coisa e veio dar parte. O comissário agora manda que a acusada fale. Ela insiste em confirmar que a outra havia dito que a grávida (...) etc. O comissário lhe pergunta: "Qual é a prova que você tem?" Ela não tem. É palavra contra palavra. O comissário, parecendo querer voltar ao sossego de um jornal que lia antes delas entrarem, dirige-se uma a uma, dedo em riste, sem maiores perquirições: "Você deve cuidar de sua vida" – diz à acusada. "É casada?" – Ela responde afirmativamente. "Vá tomar conta de seus filhos, em vez de ficar destruindo lares". Para a grávida: "Na próxima vez você não vai tirar satisfação não, vem diretamente a mim!" À queixosa: "Você também é prá tá em casa". E para todo mundo: "Da próxima vez eu meto no xadrez!" A queixosa ainda arrisca uma delação: diz que "ela também fuma maconha" – referindo-se à acusada. Mas o comissário quer visivelmente findar a querela: "Minha senhora, o que passou, passou. Vamos acabar com essa história". Mais do que rapidamente, todos saem. Durante todo o caso, a grávida e seu marido limitaram-se a balançar a cabeça

quando o comissário falou que as outras deviam era ficar em casa, cuidando da família. Quando eles saem, o comissário filosofa sobre as funções da polícia num caso desses: "apenas fazer um medozinho (...)"

A frase do comissário resume a lógica que, a meu ver, subjaz ao desempenho policial nesses tipos de casos. Trata-se de tentar impedir que eles evoluam até um delito mais grave. Analiticamente, eu diria que essa tentativa se expressa por meio de três atitudes básicas assumidas pela autoridade policial, e que eu chamaria de *retórica*, *ameaça* e *admoestação*. A *retórica*[8] ocorre quando o comissário faz apelos a valores éticos socialmente aceitos, como a família, a paz social etc. A *ameaça* ocorre quando o comissário apela para a possibilidade de aplicar o direito oficial: fazer inquérito, processar etc., ou mesmo quando simplesmente ameaça prender. A *admoestação* refere-se a uma atitude marcadamente policial, caracterizada por palavras de descompostura dirigidas às partes.

O desempenho policial é, a meu ver, uma variedade onde se mescla tudo isso. Mas de um modo um tanto caótico. Ou seja, não há padrões regulares e generalizáveis, como se as atitudes dos comissários obedecessem a seqüências do tipo "retórica – ameaça – admoestação", ou "admoestação – ameaça – retórica" etc. O que há, na verdade, é um uso não sistemático desses três elementos de acordo com o ritmo da audiência. E, às vezes, eles vêm tão imbricados que só um esforço analítico *a posteriori* permite destacá-los.

Assim, eu diria que no primeiro caso há momentos onde o comissário se vale da retórica ("eu vejo vocês como duas pessoas humanas"), outros em que se vale da admoestação ("o policial não se presta a críticas"), e outros em que utiliza a ameaça ("qualquer confusão [...] quem começou traz pra cá e bota no xadrez à minha disposição"). Ao mesmo tempo, em frases como "se eu não olhasse o lado humano botava as duas no xadrez!", pode-se dizer que o comissário está, a um só tempo, sendo retórico quando enfatiza o "lado humano", e ameaçador quando lembra a possibilidade do "xadrez". Por outro lado, no segundo caso há momentos em que o comissário se vale da admoestação ("você deve cuidar de sua vida"), outros em que se vale da retórica ("vá tomar conta de seus filhos"), e outros em que utiliza a ameaça ("da próxima vez eu meto no xadrez").

Em que pese as semelhanças, entretanto, os dois casos têm um ritmo de andamento bem diferente, o que pode ser atribuído ao próprio estilo de agir dos respectivos comissários. No primeiro caso, percebe-se na autoridade policial uma disposição em aconselhar e fazer exortações morais muito maior do que no segundo, onde o comissário, mesmo num caso de *ofensa moral*, onde já há uma natural oportunidade para exortações desse tipo, quase se limita a dizer que "ninguém tem prova de nada" e mandar as partes embora com ameaças de metê-las no "xadrez" da próxima vez – tudo isso em não mais do que 6 minutos roubados ao

[8] Essa categoria foi extraída de Boaventura Santos (1982). As outras duas foram sugeridas pela própria realidade pesquisada.

seu jornal (...). Já no outro caso chegou a haver duas audiências, intercaladas inclusive por uma "sindicância" e coroadas com um "Termo de Responsabilidade" que foi assinado pelas partes.

Vejamos agora como se passam os casos patrimoniais. Aqui se trata de reparações materiais, e a finalidade buscada é essa reparação. O que se consegue mais com negociações mediadas pelo comissário do que com retóricas exortações morais. O caso a seguir relatado ilustra esse tipo de questão.

Terceiro caso: *patrimonial* (no Quadro 2, é o caso n. 15)

Estão presentes o queixoso e o acusado. O primeiro contratou o segundo para fazer um muro, pelo qual já pagou quase toda a importância acertada. O acusado, entretanto – por razões que não ficam claras –, recusa-se a terminar o serviço. O queixoso, além disso, acusa-o da "apropriação indébita" de uma colher de pedreiro que lhe pertencia. Segundo ele, a colher sumiu juntamente com o queixoso. "Mentiroso!" – reage este último. "Pére aí – intervém o comissário – ele não agrediu o senhor". E a palavra volta para o queixoso. Na verdade ele não faz questão da colher de pedreiro, quer apenas que o outro termine o muro, pois é só o reboco que está faltando. Com a palavra o acusado, ele diz que a colher de pedreiro é dele, e que tem testemunhas. O comissário diz que o queixoso não está fazendo questão da colher, que a questão é só o muro. E sugere: "Vamos chegar a uma conclusão". Propõe que o acusado termine de fazer o muro, ao fim do qual o outro pagaria o restante da importância. Mas o acusado, como que ferido em seu orgulho, resiste à idéia: "Eu não quero mais pisar na casa dele". O comissário sugere: "Você arranja uma outra pessoa para fazer". O acusado pensa um pouco, depois parece aceitar e diz – como querendo deixar as coisas bem claras: "É somente o reboco". O queixoso balança a cabeça afirmativamente. O comissário: "Pronto, tá resolvido".

Mas nem sempre as coisas se passam assim, nesse nível de civilidade. Num outro caso, nessa mesma agência e com esse mesmo comissário, um rapaz acusado de furto é preso até que se resolva a fazer o "acordo" (...) Aparece aqui, a meu ver, uma outra variável. Ou seja, quando o caso configura não uma pequena causa cível (um descumprimento contratual, por exemplo), mas um delito contra o patrimônio, mesmo que pequeno, o desempenho policial deixa transparecer a função mais propriamente repressiva da instituição. Daí que a mediação do comissário tenda a ser feita menos com retóricas exortações morais do que com ameaças concretas para quebrar a resistência dos recalcitrantes. Ameaças que, passando da palavra aos atos, podem até se concretizar numa rápida prisão. É o que acontece no caso que relato a seguir.

Quarto caso: *patrimonial* (no Quadro 2, é o caso n. 12)

Estão no gabinete do comissário: o queixoso (bem vestido, relógio no braço) e os acusados – dois rapazes miseráveis típicos: magros e vestidos de calção e camisa esburacada. Um, meio "sarará"; e o outro, negro. O queixoso está na cadeira junto ao birô do comissário. Os rapazes, mesmo o sofá estando deso-

cupado, estão de pé. O queixoso é abatedor de aves, tem um frigorífico. Os rapazes trabalham para ele. Os dois falam ao mesmo tempo, se atropelando. O comissário dá um murro na mesa: "Um de cada vez!" Entre uma frase e outra, eu capto o enredo. No domingo passado um dos acusados, de nome J., saiu com um "carro" carregado de vísceras para jogar fora. O carro foi-lhe entregue pelo "sarará". Segundo o queixoso, quando J. voltou, o carro, que era novo, tinha sido trocado por um velho, imprestável. A questão está entre J. e o "sarará". Este diz que entregou um carro novo ao primeiro; o primeiro diz que o carro era aquele mesmo que ele devolveu, tão velho que "nem segurava as tripas direito". O comissário pergunta ao "sarará" – com cara de mais novo – se ele é menor. Ele responde que tem 17 anos. O comissário diz que ele "também vai dançar", que vai pro Juizado. E quanto a J., dá uma ordem ao agente que está de pé na porta: "Bote ele lá dentro que depois eu converso com ele". O agente o conduz para o xadrez. O comissário propõe: "Vamos ver quanto é o valor, e vamos fazer desconto no salário. Dos dois!" O "sarará" se defende: "E eu vou pagar inocente?" O comissário pergunta ao queixoso quanto vale o carro velho. O queixoso faz um gesto de que não vale praticamente nada. O "sarará", querendo ganhar simpatia, confirma que o carro não presta para nada. Diz que conhece o carro novo, se o vir, e protesta mais uma vez inocência, dizendo que o outro foi quem trocou o carro sozinho. O comissário diz que "não há prova". Mas o "sarará" tem a solução: "Atoche ele lá, que ele é que tá com o carro". O comissário manda que todo mundo vá embora, que "eu me acerto com ele". Depois de algum tempo – cerca de 40 minutos –, o comissário chama o agente e diz que ele vá lá dentro falar com J., para acertar o pagamento do carro em descontos no salário. Lá dentro, conversam o agente e J. Este do lado de dentro da cela. Está só de calção. No ar, o velho e conhecido cheiro degradante de urina velha. O agente fala que vai ter de acertar com o queixoso o desconto no salário para pagar o carro. J. "negocia", depois diz que "tá". O agente o solta. Na saída, diz que é para ele e o outro, o "sarará", procurarem o queixoso e dizerem que são responsáveis pelo pagamento do carro. Ele balança a cabeça e vai embora.

Antes de passar à última parte desse texto, gostaria de fazer uma observação sobre este caso. É que, apesar de ter se passado numa agência onde o comissário habitualmente dedica pouco tempo aos casos que lhe chegam, não estou sugerindo que a sua atitude mandando prender um dos acusados para, nitidamente, forçá-lo a um "acordo", se explique apenas por uma impaciente estratégia de solucionamento da questão. Acho que é mais do que isso. A sua atitude, na verdade, é um exemplo do que, no Brasil, constitui a atitude típica da polícia para com as classes populares de um modo geral, sobretudo quando se trata de reprimir supostos delitos contra o patrimônio: mandar recolher para depois investigar – sem flagrante, sem mandado judicial e sem problemas. É dizer: essas práticas judiciárias da polícia não configuram apenas uma inocente instância apaziguadora de brigas de vizinhos; elas também são – e nesse caso ratificando a visão crítica da polícia entre nós – práticas que reproduzem o arbítrio e a dominação.

5. Considerações finais

É comum na literatura sociojurídica, inclusive estrangeira – o que mostra que esses fenômenos não são uma particularidade brasileira –, o enfoque dessas instâncias informais de resolução de conflitos sob o prisma da alternatividade. Isto é, verifica-se que o Judiciário tradicional é inacessível para determinados tipos de casos e/ou determinados segmentos sociais, porque é caro, custoso, distante, burocratizado etc., e, então, conclui-se que, vista essa inacessibilidade, as pessoas procuram instâncias alternativas onde possam resolver seus conflitos (cf. Nader e Todd, 1978: 1-2).

Mas aqui, talvez, caiba uma correção, pelo menos em relação aos pequenos casos que foram por mim pesquisados. É que a formulação convencional dá a errônea impressão de que as pessoas *depois* de se terem defrontado com a inacessibilidade do Judiciário, é que se voltam para outras instâncias. Em termos de Brasil, historicamente nada mais falso. Na verdade, se considerarmos os tipos majoritários de litígios de natureza pessoal que levantamos, veremos que o seu tratamento sempre esteve noutras mãos que não o Judiciário. Entre essas outras mãos, a polícia sempre teve lugar de especial destaque.

Na verdade – e curiosamente –, o Código Criminal do Império, de 1830, atribuía explicitamente à polícia competência judicial sobre alguns pequenos delitos de natureza pessoal, que eram capitulados sob a designação de "crimes policiais". Esses crimes eram, mais ou menos, aquilo que aqui chamei de *desordem*, *ofensa moral* e *agressão*. Diante da sua ocorrência, cabia ao delegado, após a realização de sumaríssimo processo, obrigar o ofensor a assinar um "Termo de Bem Viver" ou ainda um "Termo de Segurança", conforme o caso (cf. Bastos, 1886. p. 20), e que é algo muito próximo do "Termo de Responsabilidade" que o comissário de uma das agências faz a acusada de um dos casos assinar. E é bem possível que o Código do Império, na realidade, estivesse simplesmente se rendendo a práticas já existentes no Brasil desde sempre. E que continuaram existindo para além do Império e ao longo das várias repúblicas que temos tido.[9]

E poderia – e mesmo deveria – ser diferente? Com essa pergunta quero fugir das explicações unilaterais para esse tipo de fenômeno em termos apenas econômicos. É claro que a imensa maioria das pessoas que comparecem a esses locais demandando esses serviços são pessoas pobres. Mas a questão da renda não explica tudo. Afinal, o Judiciário tradicional não é apenas caro. Ele também é lento distante, excessivamente burocratizado. A sua estrutura é incompatível com a agilidade que esses pequenos casos requerem. Daí por que os queixosos não procu-

(9) Ver, a propósito, o artigo memorialístico de um policial mineiro (Valadão, 1968), com "vinte e cinco anos de vida policial", o qual, escrevendo em 1968, refere-se a pessoas pobres que vão às delegacias pedir a aplicação dos termos de "segurança" e de "bem viver" em casos de "ameaça, provocação, briga de vizinho etc., de que os expedientes policiais estão sempre sobrecarregados" (p. 12-13).

ram a polícia para que ela cumpra suas funções legais: a realização de um inquérito para posterior envio à justiça. O que se quer é resolver a questão ali mesmo. Mesmo em casos em que a polícia, pela natureza civil da contenda, nada teria a dizer. É o que sucede no caso n. 15, onde o que o queixoso deseja é que o acusado termine o seu muro. A questão é, em termos legais, uma inadimplência contratual – logo, uma questão cível. Mas, para se valer dos préstimos da polícia, o queixoso se aproveita do fato de que teria havido um furto de uma colher de pedreiro – logo, uma questão penal (...).

Também nos outros casos, os de natureza estritamente pessoal, o que as pessoas querem é uma ação pronta, rápida, contra o ofensor. No dizer típico dos comissários, um "corretivo". O que tudo isso está a indicar é que, para determinados tipos de questão e de clientela, a polícia constitui, sem dúvida alguma, um dos locais mais viáveis para onde se pode ir – e se vai – em busca de algum tipo de solução.

Mas, para além dessas razões de ordem subjetiva, relacionadas ao querer das pessoas, há um outro motivo, de ordem mais estrutural, que impede a idà desses pequenos casos ao Judiciário. Para ver isso, proponho nos afastarmos dos casos em sua individualidade e pensarmos nos mesmos como uma generalidade dotada de uma grandeza numérica bastante expressiva. Abordada por esse ângulo, a pergunta que percorre estas reflexões pode abrigar a seguinte resposta: esses casos não são levados ao Judiciário porque seria impossível, em termos práticos, processá-los conforme a lei.

Vejamos alguns números. Segundos cálculos que fiz a partir dos dados constantes nos livros de queixas, nas cinco agências policiais que pesquisei devem comparecer, e ser anotadas, algo em torno de 1.285 queixas por ano. Se considerarmos que cerca de metade das queixas não são anotadas, esse número deve subir para mais ou menos 2.570 queixas, as quais dão início a um processo informal e rápido de resolução dos casos na própria polícia. Ora, a dimensão desse fenômeno não é para se minimizar. Para se ter uma idéia de sua importância em termos globais, basta considerar que trabalhei apenas com cinco agências policiais, enquanto no Grande Recife, ainda existiam, fora as delegacias especializadas, mais 85 unidades policiais (entre delegacias e comissariados) que não foram pesquisadas. Todas – umas mais, outras menos – exercitando jurisdição sobre questões desse tipo.

De outro lado, vejamos o que ocorre no Judiciário. Trabalhando com dados apenas da área penal, na Comarca do Recife existiam, à época da pesquisa de campo, 18 Varas. Todas elas, consideradas em conjunto, prolataram no ano de 1982 um total de 2.358 sentenças[10] – ou seja, julgaram esse número de casos. Por aí se vê que as práticas judiciárias da polícia são, a um só tempo, um escoadouro para pequenos delitos e, também, um coadouro a proteger o Judiciário de uma

[10] Dados provenientes da Corregedoria-Geral da Justiça de Pernambuco, publicados no *Diário da Justiça* de 23.03.1983.

avalanche de pequenos casos que, se para lá dirigidos, certamente terminariam por afogar de vez esse poder eternamente às voltas com uma endêmica asfixia. É óbvio que uma sobrecarga nas dimensões do volume de casos que são resolvidos pela polícia, mantidas as condições da época da pesquisa, ou seria impensável, ou seria o caos. Como disse um comissário, refletindo sobre o que aconteceria se esses casos fossem parar na justiça, "desanda tudo".

Além do mais, a "oficialização" desses pequenos delitos não seria uma operação sem transtornos para o desenrolar cotidiano das próprias relações sociais. Como disse um outro comissário, "com um processo o sujeito passa uns dois anos sem poder nem tirar uma folha corrida". Assim, em vez de inquérito, processo e, eventualmente, condenação, temos admoestações, ameaças e, eventualmente, até uma rápida prisão. E tudo com um mínimo de tempo, um mínimo de gastos e nenhuma burocracia. Em resumo, o que as informações históricas disponíveis dizem e raciocínios sociológicos sugerem é que, para as classes populares e seus pequenos casos, o Poder Judiciário real sempre foi outro. É o caso, então, de se indagar: mas se as classes populares já têm o seu foro, qual o sentido da discussão que estamos a fazer?

É que, a meu ver, aqui adentra a questão política da cidadania, entre cujos itens se inclui a possibilidade de acesso à justiça. Isto é, dentro da moderna concepção de Estado de Direito, há, de um modo geral, um consenso sobre a necessidade de uma instância dotada de independência, poder e imparcialidade para onde os cidadãos possam se dirigir em caso de desrespeito aos seus direitos. Esse ideal impregna de tal modo os pressupostos da democracia moderna, que no próprio conceito de *cidadania*, tornado célebre por Marshall, inclui-se, entre os elementos essenciais que o definem, o "direito à justiça", porque é "o direito de defender e afirmar todos os direitos" (1967, p. 63).

Mas qual justiça? Até por suas deficiências, não se trata de idealizar o Judiciário tradicional e, por conseqüência, criticar a atuação da polícia simplesmente porque ela se substitui a ele. A questão não é *quem* julga, mas *como* se julga. Ou seja: o acesso à justiça que se reivindica não é o acesso ao Judiciário *tout court*, mas o acesso a uma instância dotada de certos comprometimentos mínimos com o justo. Nesse caso, a crítica que se pode fazer às práticas judiciais da polícia é muito mais do que a constatação jurisdicista de que, não fazendo parte do Poder Judiciário, a instituição policial não tem o poder de julgar. Isso seria reduzir a questão a uma querela nominalista.

Mas, de outro lado, alguns princípios bastante caros ao Judiciário – como o respeito à dignidade das partes, o seu tratamento eqüitativo etc. – podem servir de contraponto crítico às práticas policiais. Freqüentemente a polícia desconsidera tais princípios, e com o desembaraço típico que caracteriza o desempenho da instituição entre nós. O bom ou o mau atendimento, a maior ou menor atenção dispensada às partes etc., ficam na dependência do bom ou do mau humor, do maior ou menor interesse que tem a autoridade policial em dedicar seu tempo a essas questões. Sem falar no próprio fato de que a polícia – e aqui enfocando a sua

função mais nitidamente repressiva – é uma instituição sempre pronta a perpetrar flagrantes injustiças quando se trata de resolver supostos delitos de natureza patrimonial cometidos pelas classes populares. Por isso que não se pode – ou pelo menos não se deve – partir para uma adesão entusiasmada e ingênua a essas práticas, apenas porque elas são eficientes. Isso seria um sociologismo muito chão. Afinal, há que se questionar sobre a qualidade e a justiça dessa eficiência. Sem isso, arriscamo-nos a achar que o comissário do quarto caso acima descrito agiu muito bem ao mandar "recolher" o rapaz acusado do furto de um carro de transportar vísceras: afinal, o "acordo" foi feito (...).

Como quer que seja, o que os dados aqui relatados nos ensinam é que, cotidianamente, há uma miríade de pequenos casos – pessoais e patrimoniais – vivenciados pelas classes populares, para os quais parece necessária uma instância de resolução acessível. Necessária exatamente porque, na sua ausência, esses casos deságuam em instituições como a polícia. Mas, ao mesmo tempo, a polícia está longe de ser uma instituição comprometida com o valor justiça. Em que pese isso, ela constitui, pelo menos para certos casos, o Judiciário a que as classes populares têm tido direito.[11]

Nesse sentido, também no que diz respeito a esse tópico as classes populares brasileiras permanecem excluídas dos benefícios da cidadania. Mas, se isso mais uma vez nos constrange, não deve nos surpreender. Trata-se, afinal, de mais uma carência ao lado de tantas outras tradicionalmente mais visíveis: saúde, educação, transporte condigno, alimentação adequada – em suma, dignidade humana. Quem não tem nada disso – vá lá o trocadilho – também não pode ter *justiça* (...).

Bibliografia

AGUIAR, Roberto A. *Direito, poder e opressão.* São Paulo: Alfa-Ômega, 1980.

BASTOS, Cassiano C. Tavares. *Guia dos delegados e subdelegados de polícia.* Rio de Janeiro: Garnier, 1886.

MAGALHÃES NORONHA, E. *Curso de direito processual penal.* São Paulo: Saraiva, 1964.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classes sociais e* status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MOSCATELLI, Luigi. *Política da repressão.* Rio de Janeiro: Achiamé/Socii, 1982.

NADER, Laura; TODD, Hary F. (Orgs.). *The disputing process.* (Introdução). New York: Columbia University Press, 1978.

PAIXÃO, Antônio Luiz. "A organização policial numa área metropolitana". *Dados*, n. 1, 1982, vol. 25.

[11] Com isso não estou excluindo que elas também recorram a outras instâncias judiciárias que não a polícia. Como também não excluo que outras classes sociais igualmente se valham da polícia para resolver suas questões. A minha pesquisa, como se vê, não é uma globalidade; é um recorte.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. "Violência e cultura". *Direito, cidadania e participação.* São Paulo: T. A. Queiroz, 1981.

SANTOS, Boaventura de Souza. "Law and community: The changing nature of state power in late capitalism". *The Politics of Informal Justice*, New York, Academic Press, 1982. vol. I.

VALADÃO, João Luiz Alves. "Aspectos sócio-políticos do serviço policial". *Minas Policial*, ano 7, n. 4, 1968.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

6. HISTÓRIA DO DIREITO

6.1

BECCARIA E O PENSAMENTO JURÍDICO-CRIMINAL

GUILHERME COSTA CÂMARA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Um brado contra leis e costumes vitandos – 3. Breve disquisição histórica – 4. Beccaria: reformador do sistema criminal – 5. Iluminismo e jusracionalismo – 6. Contratualismo e utilitarismo como fundamentos do direito de punir – 7. Idéia de lei em Beccaria – 8. Intencionalidade de codificação – 9. Análise conclusiva – Bibliografia.

Resumo: O artigo parte da análise da obra de Beccaria, considerando-o como um dos mais importantes reformadores do direito penal, de forma a apontar as relações de conexão entre suas idéias e a evolução do pensamento jurídico-penal.

Os contextos do iluminismo, contratualismo e utilitarismo são explicitados no texto, mormente o modo como influenciaram a contribuição histórica do autor em cotejo.

Palavras-chave: Beccaria – Contratualismo – História do pensamento jurídico-penal – Iluminismo – Utilitarismo.

1. Introdução[1]

A prazerosa leitura do opúsculo *Dos delitos e das penas*, vindo a lume no já distante ano de 1764, compele-nos de modo insofreável à seguinte indagação: *qual a importância de Beccaria para a história do pensamento jurídico-criminal*? Necessário divisar que tal questionamento permeia implicitamente todos os itens que integram esse modesto estudo, vez que faleceria sentido lógico empreender uma disquisição sobre os afloramentos mais sensíveis do pensamento de Beccaria, acaso não houvesse qualquer relação de conexidade entre a

(1) Cumpre sublinhar que o presente ensaio vale-se da tradução desenvolvida por José Francisco de Faria Costa com base na "quinta" edição de *Dei delitti*: a última preparada pessoalmente por Beccaria (*editio princeps*). De salientar-se, também, que muitas traduções da mencionada obra se ressentem do fato de haverem sido concebidas sobre a tradução francesa desenvolvida pelo abade Morellet, que, como se sabe, não obstante muito tenha contribuído para a divulgação do pensamento de Beccaria, peca pela transposição de capítulos e quiçá introdução de algumas interpolações no corpo do texto.

idéias por ele vibradas e a evolução do pensamento jurídico, mormente do pensamento jurídico-penal.

Impende realçar que malgrado não pretendamos fazer historiografia, não prescindiremos de evocar dados e datas, ainda que de forma deveras episódica, porque o desenhar ainda que sintético dos ingredientes históricos que impulsionaram a gênese do texto em disceptação faz-se útil ao propósito de melhor capturarmos o espírito da época em que, forjada a golpes ligeiros, aquela tese de índole revolucionária *rectius* reformadora, merecendo acentuar em adminículo, com Radbruch, "que um 'fato histórico' só pode ser conhecido 'historicamente' quando o concebemos como um desenvolvimento ou continuação, não como interrupção (...)".[2]

Ao depois de fixarmos os pontos axiais da contextualização histórica (correndo todos os riscos inerentes às simplificações) – pondo ênfase na importância da redescoberta do direito romano por volta do século XII de nossa era para a compreensão lógica da face que o sistema penal irá assumir a partir deste episódio –, e de realçarmos, por irônico que possa parecer, o anti-historicismo de Beccaria, que avulta de forma flagrante no ácido discurso contra não apenas costumes e leis "dos mais bárbaros séculos", como, também, no nada larvado repúdio à autoridade dos "doutores" da Idade Média e à "ciência jurídica" em geral, intentamos exprimir e demonstrar a índole reformadora *Dos delitos e das penas*, que, para além de representar impressiva denúncia do singular paradoxo existente entre a realidade das luzes autonomizadoras da razão e o obscurantismo de um sistema de justiça ainda fundado no paradigma do tormento (constituindo-se neste aspecto *vero libelo*), desponta como causa fautora de inúmeras reformas legislativas, sobre ter vindo a incitar e influenciar uma reforma total do direito penal do *ancien regime*.

Com o deliberado propósito de lançar alguma luz sobre as origens jurídico-filosóficas do pensamento beccariano, curamos de acentuar, a traços grossos, as principais características do Iluminismo e do Jusracionalismo de setecentos, sobremais porque o tratado em perspectiva – pese poder-se categorizar sem qualquer receio como um "clássico" – representa de modo ímpar as tendências filosóficas, culturais e sociais de seu tempo histórico: feliz e bem aventurada síntese do pulsar intenso de um século cujas projeções e reflexos líquidos fundem-se de modo indivorciável no plexo multifário e cambiante em que densificada a realidade atual, isto é, a relação espaço-temporal que estimamos mundiviver.

Também buscamos realizar uma aproximação da concepção de *contrato social* que permeia os "delitos", com a intenção de tentar dilucidar entre as várias vertentes contratualistas em jogo, aquela que terá vindo a influenciar Beccaria de forma mais intensa e pronunciada, sem deixarmos de ponderar a importância do

[2] RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997. p. 67.

princípio utilitarista na modelagem do pensamento plasmado no texto em análise, vez que consubstancia o *leitmotiv* ou fio condutor do *smilzo trattatelo*.

O seu conceito de lei, a dimensão e quiçá a densidade conferidas ao dogma da legalidade constituem nódulos compreensivos que também se movem no quadro que buscamos traçar, mormente tendo em conta sua importância para a evolução do denominado "garantismo penal", cuja repercussão no âmbito dos direitos individuais se fez notável a partir do movimento constitucionalista, além da irrecusável contribuição para o dimensionamento da relevância do princípio da certeza do direito no multiverso jurídico-penal.

Por último, mas não menos importante, curamos de observar situações em que se pudesse flagrar no texto beccariano uma intencionalidade dirigida à codificação das normas penais (em que a decorrente unidade do direito atua como vetor para a sistematização do saber jurídico, para coadjuvar uma política criminal de prevenção), confrontando-as com a atual tendência ou vaga pós-moderna, cujas notas características jogam com a pluralidade das fontes e com o fenômeno conhecido como "elefantíase" ou inflação legislativa.

2. Um brado contra leis e costumes vitandos

A leitura atenta de *Dos delitos e das penas*[3] – obra que imortalizou Cesare Beccaria[4] – revela-nos antes um filósofo do que um jusperito.[5] Com apenas 24 anos, o jovem Beccaria, deveras influenciado pelas leituras de Montesquieu,[6] Locke, Rousseau, Helvétius, Bacon, Buffon, entre outros,[7] debruçou-se sobre o

(3) BECCARIA, Césare. *Dos delitos e das penas* (Título original: *Dei delitti e delle pene*. Livorno: Edição de Harlem, 1766). Trad. José Francisco de Faria Costa. Lisboa: Gulbenkian, 1998.

(4) Sabe-se que Beccaria, também conhecido como Marquês de Bonesana, além de uma rica prosa epistolar também escreveu várias outras obras, mormente tratados de economia como *Dei disordini e dei rimedi delle monete nello Stato di Milano*, primeiro livro do autor. Ressalta-se que J. A. Shumpeter (*History of economic analysis*. Londres: Allen and Unwin, 1954; 4. ed. 1961, p. 179-181) traça um curioso paralelo entre Beccaria e Adam Smith, chegando a denominá-lo de "Adam Smith italiano".

(5) "Não há dúvida que Beccaria foi mais que um técnico do direito, um cientista da legislação penal, um estudioso das grandes opções de política criminal" (MODONA, Guido. "L'utile sociale nella concezione penalistica di cesare beccaria". In: VVAA. *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 82).

(6) Beccaria reconhece expressamente ter sido influenciado pelo pensamento de Montesquieu: "A indivisível verdade forçou-me a seguir as pegadas luminosas deste grande homem (...)". Porém, ressalta que "os pensadores para quem escrevo saberão distinguir os meus passos dos dele" (Op. cit., p. 63 – Introdução).

(7) De fato, não foram poucos os pensadores que influenciaram o jovem Beccaria. Vejamos o seguinte entrecho: "São três as fontes das quais derivam os princípios morais e políticos que regem os homens: a lei revelada, a lei natural, as convenções não naturais

"problema criminal" e, com uma verve inigualável, porque senhor de um estilo rítmico e candente, veio a ensaiar a síntese de seu tempo,[8] com ênfase na necessidade de humanização das penas, por meio da construção de uma política criminal completamente distinta das orientações legislativas e dos *costumes* então dominantes, para ativar uma reforma total do direito penal.

Deveras, Beccaria posiciona-se contra leis e costumes vitandos, bem como contra "a arbitrariedade" dos juízes.[9] Malgrado não faça historiografia – aliás, é bem sabido que os autores e representantes do Iluminismo jurídico, como o é Beccaria, de regra, não buscam fundamentar ou motivar suas opiniões na autoridade dos fatos históricos (anti-historicismo) – lampejam aqui e ali importantes considerações para a compreensão da irresignação do autor contra os mores "bárbaros", em que simultaneamente é possível flagrar-se o afloramento de um marcante antitradicionalismo, mercê repúdio à autoridade dos "doutores" e à "tirania dos costumes". É ver:

"Alguns fragmentos das leis de um velho povo conquistador, mandadas compilar por um príncipe que há doze séculos atrás reinava em Constantinopla,[10] mescladas depois com os costumes lombardos e envoltas em confusos volumes de privados e obscuros comentadores, constituem aquela tradição de opiniões que em uma grande parte da Europa têm ainda assim o nome de leis; é coisa de entristecer a facilidade com que, nos dias de hoje, a opinião de Carpzovius,[11] um velho uso

da sociedade" (Op. cit., p. 58). Aqui não se pode deixar de reconhecer o afloramento da plataforma doutrinal de Tomás de Aquino, para quem a lei emerge sob três distintos aspectos: como vontade de Deus: *Lex divina (aeterna);* como manifestação daquela vontade: *lex naturalis*; como lei positiva, proveniente de necessidades particulares: *lex humana. Summa Theologica*, Pars I secundae, Quaest. 90-99, Pars II secundae, Quaest. 9 e 57. Apud: COSTA, Fausto. *Delitto e pena nella storia della filosofia*. Milano: Facchi, 1924. p. 74-75 (Biblioteca di Coltura Generale, n. 1). Cabe divisar, no entanto, que o pensamento jurídico de Beccaria, como iremos ver mais adiante, não se mostra refratário à laicização do direito e à dessacralização do sistema judiciário. Donde para Beccaria "Lei divina e lei natural existem, mas não interessam ao legislador penal (...)" (MODONA, Guido. Op. cit., p. 84).

(8) Com esta afirmação, não se pretende porém desconsiderar o caráter trans-histórico do texto ora objeto de nossos cuidados. É que os problemas ali tratados transcendem de modo cortante a sincrônica escala temporal em que o autor logrou plasmar seu pensamento: projetam-se sobre o plano do intemporal porquanto têm por eixo central a própria dimensão humana.

(9) Beccaria não poupará críticas quanto à faculdade que tinham os juízes de aplicar penas sem uma fiel observância à lei, aspecto que deixamos de remissa porque será analisado quando estudarmos a estandardização do princípio da legalidade levado a cabo pelo autor *Dos delitos*.

(10) Refere-se a Justiniano I (482-565), Imperador do Oriente.

(11) Na realidade, Benedict Carpzov (1565-1666), um dos mais influentes e rigorosos penalistas alemães do século XVII, professor em Leipzig, que tentou realizar uma síntese de todo o direito criminal europeu na sua *Practicae novae imperialis Saxonicae*

citado por Clarus,[12] um suplício com cruel complacência sugerido por Farinacius[13] são as leis às quais obedecem confiantes, aqueles que deveriam reger, tremendo, a vida e o destino dos homens. Tais leis – excremento dos mais bárbaros séculos – são examinadas neste livro na parte que respeita ao sistema criminal (...)".[14]

Mais adiante indaga: "Qual é o fim político das penas? O terror dos outros homens. Mas que juízo devemos nós fazer das secretas e privadas carnificinas que a tirania dos costumes exerce sobre os réus e sobre os inocentes?".[15] Também bastante impressiva a seguinte passagem: "Estranha coisa, para quem não considera quão grande é a tirania do uso, que as leis pacíficas devam aprender das almas endurecidas pelos massacres e pelo sangue o mais humano método de julgar".[16]

Não sobeja dúvida, portanto, que a tortura e a pena de morte, admitidas pelos costumes e muitas vezes referendadas pelas leis, constituem-se os alvos das intelecções acima reproduzidas, de par com a crítica severa da doutrina e jurisprudência que "autorizavam" tais práticas. Logo, Beccaria constrói uma elaboração mental típica do Iluminismo, ou seja, de rompimento com a tradição e o passado.[17]

3. Breve disquisição histórica

Nesse passo, necessário realizarmos, de modo intencionalmente abreviado, um sintético excurso, com a estrita finalidade de melhor compreendermos o tempo histórico em que situada a obra em análise, vez que sua gênese não se despede do encadear de fatos, lógicos ou não, que a precederam. É que se as "ciências conjuntas do direito penal" (dogmática penal, criminologia e política criminal) de algum modo foram influenciadas pela pena de ouro de Beccaria – algo que ao

rerum criminalium (1635). Diz-se que durante sua vida proferiu mais de vinte mil sentenças de morte. De outro lado, segundo WELZEL, Hans: "Sua autoridade (...) determinou por cem anos a jurisprudência penal alemã". *Derecho penal* – Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 17.

(12) Cremos tratar-se de Julius Clarus (1525-1575), jurisconsulto de Alessandria (Piemonte), autor de *Practica civilis et criminalis* e *Receptarum sententiarum opus.*

(13) Isto é, Próspero Farinacci (1544-1618), jurisconsulto italiano autor de "Praxis et theoria crimin".

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

(15) Op. cit., p. 93.

(16) Op. cit., p. 97.

(17) Voltaire (iluminista em "estado puro"), que, como se sabe, muito contribuiu para a "internacionalização" dos *Deliiti*, tendo inclusive prefaciado uma das edições francesas, com o seu estilo de filosofar mediante "marteladas", indagava: "Voulez-vous avoir des bonnes lois? Brulez les votres, et faites-en de nouvelles". Apud CATTANEO, Mario A. *Illuminismo e legislazione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1966. p. 36 (Série Diritto e cultura moderna, n. 4).

longo do presente ensaio procuraremos aproximar – o *jus puniendi*, não padece dúvida, começou a germinar desde o dealbar da vida comunitária.

Deveras, da vingança de sangue (*blutrache*) característica de uma sociedade ainda em formação (protojurídica), até a limitação do poder sancionador da vítima, de sua família ou clã – a partir da difusão do princípio da proporcionalidade ou do *talião* (de inegável cariz retritubitivista) –, iremos nos defrontar com a prevalência de *costumes* em que predominava *vingança privada*.

De outro lado, sabe-se que desde cedo Roma veio a elaborar a distinção entre delitos públicos (*crimen* – que cobria infrações de natureza política ou religiosa) e privados (*delicta* – infrações residuais). De considerar-se, também, que se durante a República prevalecera o sistema acusatório[18] – em que a acusação ficava franqueada a *quivis ex populo* – o *Império* veio a consolidar um sistema de justiça pública de semblante inquisitório,[19] sobre ter ampliado significativamente o arsenal repressivo.[20]

Durante o denominado Baixo Império, o modo usual de instauração de um processo penal passa a ser a *cognitio* de ofício por um juiz imperial, procedimento este anteriormente considerado como "extraordinário". Carbasse, em aprofundada análise acerca da história do direito penal, assevera que o direito romano do Baixo Império veio a notabilizar-se por imprimir um modelo de justiça repressiva cominatória e eventualmente feroz, "um direito penal exclusivamente regulado à exemplaridade".[21]

D'outra parte, se durante o período republicano a tortura aplicava-se em regra apenas aos escravos, com o intuito de obter uma confissão, no Baixo Império, sob a égide do princípio inquisitório, *a prática da tortura estendeu-se aos "homens livres"*, tornando-se um procedimento habitual da investigação penal.[22-23]

(18) *Nocens, nisi accusatus fuerit, condemnari non potest*, i.e., "um malfeitor se não é acusado não pode ser condenado". Cícero, *Pro Sexto Roscio*, XX, 55-56. Apud CARBASSE, Jean. *Histoire du droit penal et de la justice criminelle*. Paris: PUF, dez. 2000. p. 36 (Collection Droit fondamental).

(19) Importante frisar que o procedimento ordinário (acusatório) e o procedimento extraordinário (inquisitório) coexistiram durante o Alto Império. Sem embargo, durante o período conhecido como Baixo Império, o derradeiro virá a adquirir um papel dominante.

(20) Inúmeros delitos antes considerados como pertencentes à esfera privada são publicizados. Por outro lado, "o campo penal é ampliado com a criação de incriminações inteiramente novas" (CARBASSE. Op. cit., p. 39).

(21) Op. cit., p. 19.

(22) No sentido do texto, Carbasse, que também sublinha o fato de que em 314 de nossa era Constantino fez da confissão "extorquida" a prova por excelência do crime (Op. cit., p. 42).

(23) De anotar-se que o Digesto de Justiniano – Livros XLVII e XLVIII (Libri Terribili), ao tratar da parte penal (comentários efetuados por Ulpiano, Paulo, entre outros), colabora na construção de um sistema repressivo baseado em conceitos delituais amplos, quase ilimitados.

Importa, nesse conspecto, reter e ter bem presente episódio de grande interesse para a história do pensamento jurídico-penal do medievo, cuja repercussão irradia-se até a quadra histórica em que situado o opúsculo *Dos delitos e das penas*: *a redescoberta* por volta do século XII (Renascimento Medieval) pelos glosadores[24] do mencionado procedimento *inquisitório ou extraordinário*, a repercutir e influenciar intensamente o direito penal e processual, máxime no que se refere à aplicação da tortura.

As obras precursoras do direito criminal do medievo serão escritas por volta da metade do século XII, mediante o sistema de glosas, tendo vindo logo a influenciar a práxis judiciária, mormente no norte da Itália, onde tanto o sistema inquisitório como a noção de penas exemplares e dissuasivas do Baixo Império encontrarão ampla aceitação.[25]

Punir os malfeitores para proteger os bons e castigar os fortes com o fim de preservar os fracos convertem-se em lugar comum de uma justiça impregnada de uma moral fortemente religiosa.[26] Nesse ritmo, além de exemplares, as penas assumem um caráter quase que individual e particularizante, porquanto a qualidade das pessoas converte-se em elemento determinante. Demais disso, não raro, à falta de mandamentos legais claros e precisos, os juízes arrogam-se o direito de arbitrar as penas "segundo a exigência do caso".

Nesse cenário, natural que paralelamente à jurisprudência viesse a doutrina a desempenhar um importante papel na construção do modelo e da arquitetura jurídico-penal[27] então em voga.

(24) Segundo o escorreito magistério de Eduardo Correia, "O direito romano – que vigorava na Península antes das invasões e depois renasceu no século XII mercê dos glosadores e pós-glosadores, exercendo desta forma profunda influência nas legislações, mesmo modernas – tem, no campo criminal, de ser compreendido na base da distinção entre delitos *públicos* (como o *perduelium* ou alta traição e o *parricidium* e onde mais tarde vem a incorporar-se uma série de incriminações) e delitos *privados* (como o furto, o dano, a injúria as ofensas corporais) que resultaram da evolução do talião para a composição pecuniária" (*Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1971. p. 80).

(25) Carbasse destaca que um dos capítulos da Constituição de Pisa, intitulado "das Penas Públicas", explicava: "Através do medo deve-se fazer recuar a audácia dos celerados" (Op. cit., p. 112). De outro ângulo, no que respeita ao direito penal germânico, Hans Welzel exprime que "a partir do século XII tratou-se de reprimir o recrudescimento do regime da *faida* (vingança privada) através do Poder Público. Com o florescimento das cidades e o fortalecimento dos poderes territoriais, a partir do século XIII, passou a primeiro plano a administração da Justiça Pública. Contudo, a crueldade crescente que aflorou na Idade Média tardia encontrou correspondência em uma orientação semelhante quanto a natureza das penas" (Op. cit., p. 15).

(26) De sublinhar-se que o direito canônico veio a adotar o procedimento inquisitório em 1215, aquando do IV concílio de Latrão.

(27) Segundo Welzel: "Novos impulsos poderosos incidiram sobre os séculos XV e XVI, sob a forte influência da ciência jurídica italiana (glosadores e pós-glosadores), cujos

Assim, não obstante nesse período glosadores como Guido da Suzzara e Romanciis tenham vindo, com esteio no direito romano redescoberto, matizado por fortes influências do direito canônico e do direito estatutário, a desenvolver os primeiros trabalhos sobre matéria criminal, o primeiro grande tratado dedicado exclusivamente ao direito penal só é dado à estampa no final do século XIII, sob a forma de manuscrito, cuja autoria ficou a dever-se ao prático (pós-glosador) Alberto da Gandino,[28] conhecido como *Tractactus de Maleficiis*, obra cuja ênfase radica no denominado direito comum.

O *Jus Comune* vigorou durante séculos e tinha por característica central a pluralidade de fontes. Destacava-se, destarte, por apresentar um caráter marcadamente compósito, isto é, constituía um amálgama de costumes locais, de direito feudal, de direito romano (redescoberto), direito estatutário (citadino) e de direito canônico.

Donde permeia a baixa Idade Média e alcança a Idade Moderna um bloco jurídico constituído por doutrina, jurisprudência e um conjunto de leis e costumes de conteúdo implacável,[29] tendo vindo a consolidar um direito penal de cariz vindicativo, dissuasivo e volvido à exemplaridade.

méritos científicos radicaram principalmente na elaboração das teorias gerais do direito penal. Estas influências atuaram sobre as leis particulares (as chamadas ordenanças criminais) (...)" (Op. cit., p. 15).

(28) Discípulo de Guido de Suzzara, da Gandino, como era usual em seu tempo, vale-se das obras de vários autores do período pós-acursiano. De outro lado, posteriormente, outros autores também promoveram interpolações no mencionado tratado. É que, consoante pondera Carbasse, no período medieval não existia uma concepção como a atual de propriedade intelectual (Op. cit., p. 126). Destaque-se, ainda, que outro móbil do mencionado processo de publicização da repressão criminal foi a luta contra a prática das transações penais entre particulares, vez que tal prática se entremostrava contrária ao interesse então dominante de que todos os delitos fossem punidos. Da Gandino doutrinava, então, que a ação pública não deveria ser paralisada por um acordo privado e que tal acordo não teria valor *erga omnes*. Para um estudo mais desenvolvido sobre da Gandino, ver: SOLMI, Arrigo. "Alberto da Gandino e il diritto statutaio nella giurisprudenza del sec. XIII". *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Torino: Fratelli Bocca, 1901, vol. XXXII, p. 121.

(29) De que é exemplo a Constitutio Criminalis Carolina (Carlos V) – verdadeira chave da equação em que se cifra o direito comum – que versava sobre matéria de direito material e processual, ordenança cuja autoria deve-se a Scwartzemberg, e que por mais de três séculos e meio exerceu enorme influência em toda a Europa, notadamente na Alemanha, e, malgrado tenha inclinado-se no sentido de privilegiar a busca da verdade material, seu sistema de provas previa a tortura. Segundo Castanheira Neves, "O processo inquisitório que emerge no baixo império romano tem seu ponto de partida nas disposições de Inocêncio III relativamente aos crimes de heresia, blasfêmia, adultério etc., havia de receber uma primeira regulamentação no Concílio de Latrão (1215). (...) Recebeu a sua acabada consagração legislativa na Constitutio Criminalis Carolina (Carlos V), em 1532, e predominou até os fins do século XVIII". *Sumários de processo criminal*. Coimbra, 1968. p. 25.

Ressalte-se que a progressiva publicização do *jus puniendi,* e ulterior introdução do critério da razão de estado, não resultou em qualquer flexibilização (*rectius,* suavização) desse modelo penal. Aníbal Bruno, em passagem lapidar, resume: "(...) nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do Poder Público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no direito penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criava em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e (...) terror".[30]

4. Beccaria: reformador do sistema criminal

Daí que Beccaria, ao insurgir-se contra esse figurino de justiça criminal, venha a despontar como um dos mais importantes "reformadores" do direito penal.[31] De fato, *Dos delitos e das penas* revela-se, antes de tudo, impressiva denúncia do abissal antagonismo então existente entre as intencionalidades imanentes às luzes[32] da *raison raisonnante*[33] e a crueldade e desproporção das penas a que eram submetidos os indivíduos.

(30) *Direito penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1967. vol. 1, p. 88.

(31) Chamando atenção para o fato de que em "pouco mais de um século depois (...) de cerca de oitenta propostas de direito penal e processo penal sugeridas por Beccaria, mais de setenta já são aplicadas pela moderna legislação penal". FERRI, Enrico. "Da Césare Beccaria à Francesco Carrara". *Archivio Giuridico,* Pisa: Universidade de Pisa, 1890, vol. XLIV, p. 507. Já em Eduardo Correia iremos encontrar as seguintes assertivas acerca de Beccaria: "Contra tal estado de coisas veio a surgir uma larga reação que encontra no espírito do Iluminismo e na Revolução Francesa a sua melhor afirmação e teve no Marquês de Beccaria o seu mais legítimo representante"; e, de sua obra cardeal: "(...) constitui a mais severa crítica ao direito penal tradicional e o mais completo repositório das idéias que deveriam presidir à reforma total deste ramo do direito" (Op. cit., p. 83-84).

(32) Radbruch e Gwinner souberam sintetizar com rara precisão a quadra histórica ora visualizada, ao afirmarem que até o final do século XVIII não raras vezes "mesclavam-se o resplendor do fogo das fogueiras com as luzes do iluminismo". Segundo relatam, as últimas bruxas foram queimadas pelos tribunais seculares em Wurzburg em 1749, em Endigen (Brisgovia) em 1751, em Kepten em 1775 e em Glarun em 1782. *Historia de la criminalidad* – Ensayo de una criminología histórica (Título original: *Geschichte dês Verbrechen* – Notas y adiciones: Arturo Majeda), Barcelona: Bosch, 1955, p. 178.

(33) A não deixar qualquer dúvida quanto à pertinência do pensamento de Beccaria – cristalizado mormente no texto ora em disquisição – ao Iluminismo, fazemos cita do seguinte entrecho de seu mais fiel tradutor para a língua portuguesa: "Importantíssima obra do Iluminismo – relevante e marcante não só para a ilustração imediatamente conexionada com os problemas do direito penal mas – poder-se-á mesmo afirmar sem medo de cometer a impertinência da ousadia balofa –, de igual jeito, nuclear para toda uma forma de compreensão integral do pensamento mais profundo das Luzes" (COS-

Diz Beccaria: "Perduram ainda no povo, nos costumes e nas leis – que em matéria de bondade sempre estão atrasadas mais de um século em relação às luzes actuais de uma nação – perduram ainda os bárbaros sentimentos e as ferozes idéias desses caçadores do Norte que foram os nossos antepassados".[34]

Assim, a nosso juízo, mérito indisputável de Beccaria foi haver revelado de modo incontrastável o singular paradoxo entre a realidade das luzes autonomizadoras da razão e o obscurantismo de um sistema de justiça iníquo – fundado no paradigma do tormento.

Demais disso, jusfilosófos e jus-historiadores são concordes em assinalar que o impacto da obra ficou a dever-se não a um sentido de originalidade (*nihil sub sole novi*), antes à ocasião – uma vez que soube captar a eletricidade que pairava no ar –, a forma ("impressividade aforística") e ao modo carregado de emoção e sentimento com que vibrou um repto contra a tortura, a pena de morte, o sistema de valoração das provas e a arbitrariedade dos juízes, características estas que irão conspirar em favor da difusão internacional das idéias de reforma total do direito penal então em vigor.

Malgrado não se desconheça que na Milão de setecentos "mundivivida" por Beccaria a pena de morte fosse aplicada com certa regularidade, não podemos ser levados a crer de forma simplista que durante o século XVIII a *tortura* e a *pena capital* fossem prodigalizadas em todo o continente europeu, porquanto desde algum tempo a justiça criminal começara a restringir sua aplicação. Na realidade, paulatinamente, a tortura veio a tornar-se um procedimento de instrução de caráter excepcional. Não seria equivocado afirmar que o sistema de repressão penal experimentou um significativo processo de abrandamento a partir do século XVIII.

Aqui, impende especular sobre a eventual existência de uma conexão entre a eficácia da Justiça e a intensidade ou severidade das penas. Afigura-se-nos que à proporção que o Estado tornou-se mais eficiente, reduzindo a defasagem existente entre a criminalidade real e a criminalidade levada às instâncias oficiais de controlo social, a Justiça pública inclinou-se em direção a uma relativa suavização das penas (humanização) – a significar, mediante emprego de um raciocínio *a contrario*, que a exemplaridade da punição conexionava-se com a ineficácia do sistema repressivo[35] –, abrandamento que vem a coincidir com a progressiva valorização da pena de prisão, que ao final e ao cabo, passou a funcionar como principal instrumento repressivo à disposição do legislador.

TA, José de Faria. "Ler Beccaria hoje". *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXIV, p. 89, Coimbra, 1998). Cabe observar que o ensaio ora anotado também compõe a tradução portuguesa *Dos delitos e das penas* (p. 5-27), obra cujos dados encontram-se descritos na nota n. 4.

(34) Op. cit., p. 127-128.

(35) Desenvolvidamente, Carbasse. Esse autor enfatiza de forma bastante aguda: "(...) a severidade da justiça estava estreitamente vinculada (...) a sua relativa ineficácia" (Op. cit., p. 365).

Mas, ainda que sensivelmente restringido o seu raio de atuação, tanto a *tortura* como a *pena de morte* – antecedida ou não de flagelos infamantes – episodicamente irrompiam e mostravam a face brutal e desumana de uma Justiça atroz e absolutamente incompatível com a filosofia das luzes.[36]

Beccaria, como se sabe, buscou realçar de modo racional a inutilidade de uma: "Não é novo este dilema: o delito ou é certo ou é incerto; se é certo, não lhe convém outra pena senão a estabelecida pela lei, e inúteis são as torturas, porque inútil é a confissão do réu; se é incerto, então não deve torturar-se um inocente, porque é inocente, segundo as leis, o homem cujos delitos não estão provados (...). Este é o meio seguro de absolver os robustos celerados e de condenar os débeis inocentes";[37] e a desnecessidade e inutilidade da outra: "A pena de morte causa uma impressão que, apesar da sua força, não supre o olvido rápido, natural no homem mesmo nas suas coisas mais essenciais, e acelerado pelas paixões".[38]

Na passagem acima transcrita, está bem evidenciado que um dos argumentos de que se vale Beccaria para buscar deslegitimar a eficácia da pena de morte como instrumento de repressão ao crime encontra-se na consideração de que a intimidação nasce não da intensidade, mas da extensão da pena (daí preferir a pena de prisão perpétua à pena capital). Ressalte-se que, ao pugnar contra a pena de morte, a tortura no processo e a brutalidade das penas em geral, Beccaria não fundamenta uma orientação no sentido de uma ruptura total, é dizer: *não propõe um abolicionismo penal radical.*

O Marquês de Bonesana pode ser considerado tanto um crítico acérrimo de um direito penal decrépito, como co-fundador do moderno direito penal, isto é, do direito penal público, na medida e na dimensão em que no lugar de lutar pelo fim das penas em geral, como o faria Hulsman[39] dois séculos depois, procura na verdade "salvar o direito penal, mediante a construção de um direito penal novo". Segundo impressiva observação também de ser creditada a Naucke, "modernização do direito penal é para Beccaria reforma e preservação do direito penal contra a ameaça do abolicionismo".[40]

(36) Nesse sentido, cabe evocar os "casos" "Damien", "La barre" e "Callas".

(37) Op. cit., p. 93. Seja-nos lícito afirmar que não há aqui uma idéia propriamente original; é que, como já se reconheceu em outro lugar, Beccaria não prima sempre pela originalidade, porquanto La Bruyère, em seus *Caractères* de 1688, já referira-se ironicamente à tortura como "uma maravilhosa invenção de todo certa para demolir inocentes que possuem uma frágil compleição e poupar culpados de constituição física inquebrantável" (Apud CASIRER, Ernest. *Filosofia de la ilustración.* Trad. Eugenio Imaz. México: FCE – Fundo de Cultura Econômica, 1943. p. 354.

(38) Op. cit., p. 120.

(39) HULSMAN, Louk. *Peines perdues, le systeme penal en question.* Paris: Edition du Centurion, 1982.

(40) NAUCKE, Wolfgang. "Die modernisierung des strafrechts durch Beccaria". In: VVAA. *Cesare Beccaria – Die Anfaenge moderner Strafrechtsplege in Europa.* Heidelberg, Kriminalistik Verlag. p. 37-53, p. 44.

Nesse passo, necessário esclarecer que o abolicionismo que iremos encontrar em Beccaria é *restrito e relativo*: restrito à pena de morte, tortura e demais penas infamantes, isto é, não defende a abolição de todas as penas; e relativo, porque admite a aplicação da pena capital em duas situações: "A primeira, quando, mesmo privado de liberdade, ele tenha ainda tais relações e tal poder que interesse à segurança da nação; quando a sua existência possa originar uma revolução perigosa para a forma de governo estabelecida. A morte de qualquer cidadão torna-se, pois, necessária quando a nação recupera ou perde a sua liberdade, ou em tempo de anarquia, quando as próprias desordens tomam o lugar das leis (...)".[41] A segunda hipótese para a morte de um cidadão, ainda que em tempo de paz e "sob o reino tranqüilo das leis", sobreviria "quando a sua morte fosse o verdadeiro e único freio para dissuadir outros de cometerem delitos (...)".[42] Daí o acerto de Naucke quando argumenta acerca da existência de uma intenção explícita em Beccaria de "salvar" o direito penal, mediante modelação de um novo direito penal.

Não se lhe pode, contudo, retirar o mérito de ter sido o primeiro a defender com ousadia e desabrido ardor a "causa" da abolição das penas acima referidas, fazendo-o com fundamento no imperativo racional da humanização do direito penal.[43] Além disso, os filósofos que o precederam – muitos dos quais seus mentores intelectuais – foram bem mais cautelosos e comedidos ao tratarem desse tema. Montesquieu, *e.g.*, considera a pena de morte "um remédio para a sociedade doente".[44]

(41) Op. cit., p. 118. Calha sublinhar que, Beccaria, talvez inadvertidamente, termina por conferir elementos a uma fundamentação racional para o assassinato de dissidentes políticos. Chamando atenção para este aspecto e pondo em evidência com suporte em Marc Ancel (*La peine de mort dans les pays européenes*) que pouco tempo depois a Revolução Francesa "e todo o conturbado período da história européia que se lhe seguiu" foram marcados, também, pelo "uso e abuso mais indiscriminado que pode imaginar-se da pena de morte para os crimes políticos" (BRAGA DA CRUZ, Guilherme. "Discurso proferido por ocasião do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal". *Boletim do Ministério da Justiça* 170/61-62, nov. 1967).

(42) Op. cit., p. 119.

(43) São palavras de Beccaria, *verbis*: "Afortunado eu (...) se puder despertar aquele doce frêmito com que as almas sensíveis respondem a quem defende os interesses da humanidade" (Op. cit., p. 63).

(44) Segundo o advogado criminalista que logrou abolir a pena capital em França quando exerceu a função de Ministro da Justiça daquele país: "Beccaria était le premier philosophe à soutenir la cause de l'abolition de la peine de mort au nom des principes d'une justice moderne, fondée sur la raison et l'humanité. Ce faisant, Beccaria allait au-delà de ceux qu'il reconnaissait comme ses maitres, Monstesquieu et Rousseau. Dans l''Esprit des lois', Montesquieu écrit: 'Un citoyen mérite la mort, lorsq'il a violé la sureté au point qu'il a oté la vie ou qu'il a entrepris de l'oter. Cette peine de mort est comme le remède de la société malade' (Esprit des lois – Livre XII, chapitre 4.)" (BADINTER, Robert. "Beccaria, l'abolition de la peine de mort et la Revolution Française". In: VVAA. *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*. International Congress. Milano: Giuffrè, december 1988. p. 254-255).

Em apertada síntese, o pensamento beccariano busca reformar o antigo modelo punitivo e estruturar um novo sistema repressivo criminal, com base nas seguintes premissas fundamentais: legalidade, igualdade (as penas devem ser iguais para o primeiro e o último dos indivíduos), moderação (suavidade), certeza (mais vale a certeza da punição do que a crueldade da sanção), humanidade e proporcionalidade (as penas devem ser proporcionais às ofensas); de outro lado, permeia toda a discursividade de seu texto – assumindo mesmo as vestes de vero paradigma teleológico – a idéia central da utilidade social do direito penal.

5. Iluminismo e jusracionalismo

Para melhor compreendermos o pensamento de Beccaria e o contexto político, social e cultural em que cerzida a sua obra prima, necessário avançarmos algumas considerações acerca dos movimentos filosóficos e justeóricos em que se encontra plasmado o seu ideário.

O século XVIII de nossa era foi dominado por uma filosofia de notável influência e que importou em profundas mudanças no mundo ocidental: *o Iluminismo*[45] *setecentista*. Segundo o preciso magistério doutrinário de Cabral de Moncada,[46] "depois do período helenístico na Antiguidade clássica, depois do Cristianismo e do Renascimento do século XVI, nenhum outro período na história do espírito europeu foi mais revolucionário do que o século XVIII", conhecido como o Século das Luzes.

As forças do passado irão paulatinamente sendo suplantadas, vindo pouco a pouco ceder lugar ao "tribunal da razão".[47] Nesse passo, notável viragem poder-se-á flagrar a partir da disseminação das idéias iluministas, que irá criar o ambiente propício à proliferação de academias, centros de estudos e jornais. Nesse cenário, convém lembrar que Beccaria, além de fazer parte junto com os irmãos Pietro e Alessandro Verri da "Accademia dei Pugni", sociedade literária

(45) Não obstante saiba-se que o Iluminismo tenha suas raízes históricas bem fincadas no solo inglês, filósofos e historiadores não discrepam quanto à origem etimológica do termo: a unidade gramatical de ascendência germânica *Aufklaerung*. Por todos: CATTANEO. Op. cit., p. 69.

(46) *Filosofia do direito e do Estado*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995. p. 196. Moncada aduz que: "O espírito geral do século, o cepticismo religioso, o primado do intelectualismo e do racionalismo sobre o espírito histórico assinalam a transição do século XVII para o XVIII (...), anulando a resistência, pouco a pouco, que lhe podia ainda opor as forças do passado" (Op. cit., p. 202).

(47) No prado jurídico parece-nos insuspeita a afirmação de Gadamer no sentido de que: "Não pode haver qualquer dúvida de que a real conseqüência do Iluminismo é (...) a sujeição de toda a autoridade à razão (cf. *Wahrheit und Methode*, p. 262)". Apud COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. 1. ed. (reimpressão). Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. p. 141. No teatro político, não padece dúvida, a doutrina iluminista alberga duas distintas concepções: o absolutismo iluminado primeiramente, e, como passagem subsecutiva, o liberalismo democrático.

bastante combativa, também colaborava com artigos sobre temas variados para o Jornal *Il Caffè*.

Na verdade, todo o século XVIII concebe a razão não como um conteúdo firme de conhecimentos, princípios e verdades, senão como uma *energia*, uma força que só pode ser integralmente compreendida como um sentido de ação.[48] Casirer descreve o conceito de razão à luz da doutrina iluminista "não como um ser, mas como um fazer".[49] Além disso, reconhece como papel fundamental da razão uma função modificadora que luta contra o poder da tradição e contra a autoridade de um modo construtivo e restaurador.[50]

De constatar-se, também, que a filosofia iluminista, especificamente o *Iluminismo jurídico*, não se encontra imunizado contra um bem marcado ressurgimento do direito natural.[51] Já essa nova tendência do direito em que a liberdade individual aflora de modo pronunciado pode ser sintetizada em uma palavra: *jusracionalismo*.[52]

(48) CASIRER. Op. cit., p. 26.

(49) Op. cit., p. 27.

(50) Segundo Casirer, "(...) razão e humanidade são restabelecidas em seus velhos direitos. Sob o aspecto histórico revela-se uma dupla tendência: por uma parte, o Iluminismo em toda sua luta contra o existente e o passado imediatamente próximo, volta-se preferentemente a delineamentos e fins intelectuais antigos. Nesse sentido põe-se em contato com o Humanismo do Renascimento, cuja herança recolhe. Contudo, como movimento puramente filosófico, dispõe desta herança com muito mais liberdade que o próprio Humanismo fez dentro de seu círculo de investigação puramente erudita" (Op. cit., p. 225).

(51) Nesse passo, imperioso destacar a seguinte intelecção brandida por Moncada: "O novo edifício do direito natural passa a levantar-se precisamente sobre a base dos direitos 'originários' e 'naturais' do indivíduo. O individualismo mais extremo é o que passa então a dar o tom àquelas teorias. A idéia do Estado e a da liberdade individual fundem-se uma na outra, e esta fusão opera-se justamente dentro de uma nova idéia de direito. Tal idéia, bem como a idéia de Estado, exigem e postulam, precisamente (...), a liberdade do indivíduo, só assim se atingindo a verdadeira expressão do clássico conceito do direito natural" (Op. cit., p. 201).

(52) Para Wieacker: "Pode designar-se por época do jusnaturalismo os dois séculos (1600-1800) nos quais a antiga filosofia jurídica e social do ocidente (...), na forma que lhe foi dada pelo primeiro Iluminismo, adquiriu uma influência directa sobre a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos da Europa". WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Gulbenkian, 1993. p. 279. De outra parte, curial ressaltar a existência de teóricos do jusracionalismo que ainda se vinculam ao Renascimento como Suarez, Althussius e Grotius (ressabidamente ainda vinculados à tradição escolástica e teológica) e figuras do calibre de Hobbes, Espinosa e Puffendorf, pertencentes à geração subseqüente e que vieram a preparar, segundo o magistério doutrinário de Wieaker, os fundamentos metodológicos de um sistema jusracionalístico autônomo. Aliás, pode dizer-se, porquanto não há qualquer divergência acerca deste ponto, que, se o método de que se serviu o jusracionalismo foi estabilizado por Hobbes sob os

O jusracionalismo, esgrima Wieacker, baseia-se numa nova antropologia. "O homem aparece não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural (...), elemento de um mundo apreensível por meio de leis naturais. A pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado".[53]

O autor acima citado também reconhece que o jusracionalismo dos séculos XVII e XVIII (que, como é cediço, representa tão-só breve capítulo do jusnaturalismo) exerceu influência não apenas sobre o direito internacional e a teoria constitucional: "exerceu ascendência sobre a jurisprudência penal nessa vertente relacionando-se (...) quase que exclusivamente com o Iluminismo em sentido estrito".[54]

Sem embargo, o jusracionalismo e o Iluminismo do século XVIII não são por natureza idênticos. O jusracionalismo, seguindo os passos de Wieaker, constituiu-se a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o Iluminismo, pese sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral e religiosa, que resultou em uma modificação da opinião pública e profundas mudanças da vida política.

Todavia, ambas as teorias se interligam fortemente; quer quanto à sua origem, vez que o sistema do novo jusracionalismo ficou a dever-se aos pensadores do primeiro Iluminismo (Galileu e Descartes), quer quanto à sua ação, pois "o Iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais".[55]

influxos das idéias de Descartes e de Galileu, Hobbes, como se sabe, é considerado o verdadeiro iniciador do moderno jusnaturalismo moderno, entendido como passagem da idéia de direito natural em sentido objetivo, como lei natural, à idéia de direito natural em sentido subjetivo. No sentido do texto: CATTANEO. Op. cit., p. 17. De outra parte: "Se Hobbes é filósofo do absolutismo iluminado, o filósofo do iluminismo liberal é Locke (...) e o ponto comum entre os dois autores a consideração do Poder Legislativo como poder supremo do Estado" (Op. cit., p. 21-22). Por sua vez, em Puffendorf iremos nos deparar com uma tentativa de utilizar a racionalização e matematização com o escopo de edificar os alicerces de um sistema jusnaturalista geral. Nessa direção: WIEAKER. Op. cit., p. 304.

(53) Op. cit., p. 288.

(54) Op. cit., p. 290.

(55) Op. cit., p. 354. O autor ressalva com precisão que "esta conexão só teve conseqüências propriamente jurídico-políticas na Europa central. Na França o Iluminismo foi uma arma de agitação da *intelligentiza*", nomeadamente dos enciclopedistas, como Voltaire (...); também na Inglaterra, a sua verdadeira pátria, ele não teve de início qualquer impacto sobre a organização tradicional do direito. Em contrapartida, foi precisamente através de sua ligação ao Estado autoritário que ele ascendeu a uma posição de domínio na Alemanha (tal como em Portugal, na Toscana, em Nápoles (...)". Ibidem. "Para além do direito penal, lutou também contra os ataques à dignidade humana e os privilégios caducos (...). Na medida (...) em que estas idéias se secularizaram, elas acabam também por se racionalizar e por fundar o seu protesto contra o

De outro lado, Wieacker reconhece expressamente que "não se pode encontrar este racionalismo apenas na secularização, isto é, no alijar da vontade do criador sobrenatural pela autonomia da razão humana (...)". É que "a especificidade do jusracionalismo moderno não reside tanto na secularização como na emancipação metodológica em relação à teologia moral e à sua promoção a uma ética social profana e autônoma. O pressuposto desta emancipação era decerto a desconfessionalização".[56]

E, Beccaria, logo à partida (a quem lê), evidencia inequívoco sentido de liberar as leis penais de qualquer transcendência religiosa ou influxos metafísicos, com o objetivo de pôr em crise a concepção totalitária do crime como pecado (o crime deve ser visto como mero juízo errôneo), vindo a inclinar-se em direção a um direito penal laico e autônomo. Diz o nosso autor:

"Cabe aos teólogos estabelecer os limites do justo e do injusto, no que diz respeito à malícia ou à bondade intrínsecas do acto; estabelecer as relações do justo e do injusto políticos, isto é, do que é útil ou do que é prejudicial para a sociedade, isso respeita ao publicista".[57]

Pode-se falar que também aqui "a transcendência é substituída pela imanência da lei" e que "as raízes teológicas da lei são cortadas" (Reis Marques).[58] A inequívoca intencionalidade de dessacralizar[59] o direito penal teve como conseqüência quase que imediata a inclusão dos "delitos" no *Index* dos livros proibidos pela Igreja já no ano de 1766,[60] dali suprimido somente duzentos anos depois, por ocasião do Concílio Vaticano II. Enfim, Beccaria reza, sem dúvida, o evangelho da razão.

caráter multifacetado e arbitrário da evolução histórica na exigência de uma razão vinculativa geral. Foi este racionalismo ético que se tornou no elemento de ligação entre o jusracionalismo e o Iluminismo" (Op. cit., p. 355-356).

(56) Op. cit., p. 298-299. Mas, consoante afirmação que veio a se tornar célebre: "O mais importante contributo do jusracionalismo para o direito privado europeu é, contudo, o seu sistema. A jurisprudência européia fora, até aqui, uma ciência da exegese e do comentário de textos isolados, tendo permanecido assim depois do fracasso do projecto sistemático do humanismo" (WIEAKER. Op. cit., p. 309-310).

(57) Op. cit., p. 60.

(58) MARQUES, Mário Reis. "A problemática da fundamentação do direito". In: Paulo Ferreira da Cunha (Org.). VVAA. *Instituições de direito*. Coimbra: Almedina, jun. 1998. p. 219-285.

(59) Para Vassali "(...) il pensiero di Beccaria si inserisce nel filone della secolarizzazione del diritto penale, della quale, in modo neanche tanto larvato, Beccaria stesso può essere considerato uno dei maggiori esponenti". VASSALI, Giuliano. "Spunti di politica criminali in Cesare Beccaria". In: VVAA. *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 29.

(60) MARINUCCI, Giorgio. "Cesare Beccaria, um nosso contemporâneo", recensão anexa a *Dos delitos e das penas*, p. 35 (cf. nota 4).

Agregue-se, por oportuno, que o denominado Iluminismo jurídico tem por características dois elementos fundantes: uma atitude *racionalista* em relação ao direito natural (compreensão racionalista da justiça e da moral, fundada sobre a idéia de princípios e de valores éticos absolutos que se revelam como auto-evidentes para a razão humana, como verdade do tipo cartesiano) e um propósito voluntarístico em relação ao direito positivo (expressão da vontade do legislador). Esses dois elementos, em conjunto, exprimem uma idéia do direito natural entendido como "direito subjetivo inato", antes que como "lei da natureza" (concepção essa que forma a base e a essência da teoria dos direitos do homem).[61]

Outras importantes características do Iluminismo jurídico que podemos citar são, esquematicamente:[62] a) *primado da lei*: legislação como fonte única e unificadora do direito; b) *anti-historicismo*: o objetivo é a emancipação das leis racionais de todo preconceito de origem histórica. A lei de um lado deve respeitar e atuar os princípios de justiça e os direitos do homem, de outro ter as características da generalidade e abstração.

Nesse conspecto, há que se verificar que foi precisamente sob o influxo dessas congeminações filosóficas que irromperam com a ilustração que veio a emergir o direito penal moderno: "O direito penal é uma filosofia. Senão se deseja reconhecer *in limine libri* o bom senso desta afirmação, força de seu caráter apodíctico, deve-se sempre admitir que o direito penal nasceu como filosofia".[63]

Beccaria, filósofo, reformador e crítico da ordem jurídico-criminal então vigente, insere-se à luva nesse traçado teórico cujas traves mestras dizem com o

(61) No sentido do texto: CATTANEO. Op. cit., p. 13-14.

(62) Com supedâneo em: CATTANEO. Op. cit., p. 14.

(63) BETTIOL. "Il problema penale". Palermo, 1948. In: *Scritti giuridici*, Padova, 1960, vol. II, p. 620 e ss. Apud BARATTA, Alessandro. "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*, Milano: Giuffrè, 1972, IV série, n. XLIX, p. 29. Efetivamente, consoante esgrima Baratta, "(...) se nos volvemos de relance a algumas etapas fundamentais do desenvolvimento do pensamento italiano a partir do Iluminismo, do ponto de vista de sua relação com a filosofia, podemos constatar a profunda conexão que une a elaboração científica e a reflexão filosófica em todo aquele período que vai de Beccaria até a afirmação da Escola Positiva, e que é pois aquele no qual o penalístico italiano com mais força foi capaz de incidir, com uma eficácia que superou as fronteiras nacionais, no desenvolvimento da ciência penal européia. (...) Podemos assim dizer que neste primeiro período do desenvolvimento do pensamento penal italiano assistimos a um processo que vai de uma filosofia do direito penal a uma fundação filosófica da ciência do direito penal; isto é, de uma concepção filosófica a uma concepção jurídica, mas filosoficamente fundada de conceito de crime, de responsabilidade e de pena" (Op. cit., p. 30-31). Lembrando que os postulados formulados por Beccaria marcam o início definitivo do direito penal moderno, da Escola Clássica de Criminologia, bem como o da Escola Clássica de Direito Penal. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal* – Parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva. vol. 1, p. 33.

princípio da certeza do direito, a idéia da unificação das fontes, e a relação entre Poder Legislativo e Judiciário, roteiros teóricos esses que dialogam diretamente com o referido primado da lei. Com Beccaria, iremos observar a necessidade de que o princípio da legalidade imponha-se à tirania dos costumes, ou, em termos mais gráficos: *a imprescindível humanização do direito penal não prescinde da observância irrestrita ao primado da lei.*

6. Contratualismo[64] e utilitarismo como fundamentos do direito de punir

Em Beccaria, a idéia do *contrato social* se coloca como origem do direito de punir. Dito de outra forma: a teoria do contrato social confere legitimidade ao direito de punir, na medida em que os indivíduos cederam uma parte mínima de sua liberdade com o propósito deliberado (consentimento da maioria) de obter segurança e uma liberdade útil: "O conjunto destas partes mínimas possíveis forma o direito de punir".[65]

Ao partir de um estado de liberdade ilimitada do homem ("liberdade inútil") ainda confinado em um hipotético estado da natureza, chega à formação do poder soberano pela via do sacrifício de uma parcela da liberdade individual.[66] Desse modo, a soma de todas as parcelas de liberdade de cada um faz surgir um "depósito comum" caracterizador da passagem do estado da natureza para o estado civil, moldura teórica esta em que o soberano surge como legítimo depositário e administrador e a quem é confiada a tutela da justiça e da ordem. O direito que o soberano tem de punir os delitos funda-se, desse modo, na "necessidade de defender o depósito do bem-estar público", e a busca da segurança e da tranqüilidade são as causas fautoras do contrato original, e, exatamente para atingir esses fins, a lei ("pacto de homens livres") foi criada.

Mas, como a simples criação desse depósito comum não era suficiente para garantir a paz social contra as "usurpações privadas de cada homem em particular", faziam-se "(...) necessários argumentos sensíveis bastantes para dissuadir o espírito despótico que cada homem tem de submergir de novo no antigo caos as leis da sociedade. Estes argumentos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infractores das leis".[67]

(64) Para Ugo Spirito: "O contratualismo e o jusnnaturalismo caracterizam-se ambos pela nota da anti-historicidade, pois o contrato e o direito natural possuem igualmente um caráter estático" (*Storia del diritto penale italiano* – Da Cesare Beccaria ai Giorni Nostri. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1932. p. 26. Nuova Collezione di Opere Giuridiche, n. 270).

(65) Op. cit., p. 65.

(66) Segundo o preciso magistério de José de Faria Costa: "Os homens, na lógica interna das contrapartidas ínsita na idéia de contrato, não cederam gratuitamente a sua liberdade. Fizeram-no tendo em vista um preciso fim: a defesa das condições essenciais da vida individual e colectiva" ("Ler Beccaria hoje", cit., nota 35, p. 90).

(67) Op. cit., p. 63.

Por outro lado, como os indivíduos cederam apenas uma parcela mínima de seus direitos e liberdades, não cabe às penas atingir direitos naturais não cedidos ou não transferidos, como ocorre nas sanções cruéis, pena de morte e confisco de bens. Daí que toda pena que ultrapasse os limites fixados à partida pelo contrato – estrita necessidade social – é tirânica.

De observar-se, não obstante impenda reconhecer as múltiplas correntes do pensamento que interinfluenciaram as vibrantes idéias brandidas por Beccaria, sua concepção do contrato, de índole jusnaturalista,[68] parece uma reunião dos elementos do contratualismo de Locke e de Rousseau.[69] Porém, o contratualismo beccariano distingue-se pela peculiaridade de ser matizado por uma forte nuança utilitarista.[70] É que Beccaria vem a "fundamentar o fato associativo na valoração útil" (Corpaci). Logo, à luz dessa concepção, só devem ser punidas aquelas ações cuja punição revele-se socialmente útil.

Para Cattaneo, "o utilitarismo de setecentos é um dos filões da tendência – de caráter principalmente empirista – que compõe o Iluminismo".[71] E, malgrado o utilitarismo como doutrina efetivamente contraste em certa medida tanto com o jusnaturalismo, como com a idéia de contrato, não é este o lugar para aprofundar eventuais irritações entre o utilitarismo beccariano e as concepções filosóficas de perfil jusnaturalista e contratualista presentes em sua formação intelectual.

Como vimos de ver, para ele a sociedade e o poder (de punir, inclusive) têm origem em um contrato que, enquanto tal, comporta recíprocas obrigações para todos. Destarte, ao migrarem do estado natural para o estado civil, os homens não terão combinado renunciar a toda a sua liberdade originária – não sacrificaram mais que uma "parte dela para gozar o restante com segurança e tranqüilidade".[72]

Daí que, ao confiar ao depósito geral (sociedade) senão uma pequena parte da própria liberdade (*minus*), o indivíduo espera receber o máximo de vantagem

(68) Para Wieacker, os pensadores jusnaturalistas formulam uma descrição do Estado e do direito positivo a partir da fábula didática (*fabula docet*), isto é, o pacto social projetado como "verdade intemporal e supra-histórica e não a uma verdade histórica. Tal como o mito ou a fábula para os pensadores jusnaturalistas, o contrato social ocorre de forma sempre renovada e idêntica" (Op. cit., p. 301 (nota 54)).

(69) Segundo Limentani, "(...) fa suo il contrattualismo del Locke insieme con quello del Rousseau" ("Studi sul pensiero del settecento (Rousseau e Beccaria)". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, anno VI, p. 566, 1926). Também realça o fato de que "o contrato social" de Rousseau e o tratado de Beccaria são produtos de um idêntico momento histórico, o primeiro vindo a lume em 1762, o último em 1764. Ibidem.

(70) Chamando atenção para o fato de que Beccaria não se deteve em colocar o problema da conciliação entre utilitarismo e contratualismo, Limentani, op. cit., p. 567.

(71) Op. cit., p. 61 (nota 18). No mesmo sentido, voga Modona, quando contextualiza o utilitarismo penal beccariano com as raízes histórico-culturais do Iluminismo reformador de setecentos (Op. cit., p. 77).

(72) *Dos delitos...*, cit., p. 63.

possível (*plus*). Significa que é interesse de todos que os pactos úteis ao maior número sejam conservados.

Pena útil e portanto justa é a pena necessária: "Toda a pena que não deriva da absoluta necessidade – diz o grande Montesquieu – é tirânica (...). Eis, pois, sobre o que se fundamenta o direito que o soberano tem de punir os delitos: a necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações particulares".[73] Aqui também se depreende uma clara tentativa de estabelecer uma associação entre o sentido útil do direito de punir e a teoria do contrato (de onde o soberano arranca legitimidade para defender as parcelas individuais de liberdade cedidas originariamente).

Também não se desconhece que a compreensão utilitarista de Beccaria encontra-se radicada em Helvétius.[74] Porém, segundo a opinião dominante, Beccaria terá sido o primeiro a utilizar-se dessa doutrina, com a finalidade de aplicá-la aos fundamentos de direito de punir, à natureza e classificação dos delitos, bem como à proporcionalidade da sanção criminal.

Destarte, permeia toda a tecelagem dos *delitos e das penas* para poder mesmo ser considerado o seu eixo fundante, *o princípio da utilidade social*, que reverbera uma orientação no sentido de uma política legislativa criminal voltada para *o bem do maior número de indivíduos*. Dito de outro jeito: o *leitmotiv* que perpassa todo o texto do tratado encontra-se apodicticamente plasmado no cálculo de sabor utilitarista (e de viés eudemonístico[75]) da "máxima felicidade repartida pelo maior número" ou do "mínimo de infelicidade possível", a ser observado como "o principal objetivo de qualquer boa legislação".[76]

Desse modo, em Beccaria, utilitarismo e contratualismo coexistem e subsidiam-se um ao outro. O contratualismo, como afirma Giorgio Del Vecchio, citado por Corpaci,[77] "representa uma tentativa de demonstrar dialeticamente os valores originários da pessoa humana frente à sociedade e ao Estado"; o utilitarismo não exprime senão a tendência inata ao bem e a maior felicidade.[78]

(73) Op. cit., p. 64.

(74) HELVETIUS, Cláudio. *Del'Esprit*.

(75) Isto é, relativo ao eudemonismo ou doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral; é dizer que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade.

(76) Op. cit., p. 61 e 154.

(77) CORPACI, Francesco. "Il contrattualismo di Beccaria". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, anno XXXVI, série III, p. 237-269, 1959, especialmente p. 264.

(78) Agregue-se que a época estava obcecada por algumas idéias fixas: o desejo de ser feliz, a demanda da felicidade – Graal dos novos tempos – irá surgir como tema central de inúmeras obras influenciadas pelas idéias iluministas, vindo a "felicidade geral" a figurar no preâmbulo da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Beccaria explica que "a idéia da utilidade comum (...) é a base da justiça humana".[79] Daí o entendimento no sentido de que Beccaria "não subordinava a idéia do útil ao justo, mas, ao contrário, subordinava a idéia do justo ao útil".[80] Em outro lugar do escrito de 1764, aprendemos que "justo é o que é útil para a sociedade; injusto, o que lhe é prejudicial".[81]

Mas, faz-se necessário sublinhar, o princípio utilitarista de Beccaria é mediatizado pela idéia de humanização do direito penal, conferindo-lhe uma característica toda própria e específica. Segundo Modona: "A suavidade da pena é conseqüência direta da concepção utilitarista e humanitária de Beccaria".[82] Busca, assim, fundamentar tal princípio em novos valores éticos e humanos.

Se isto é assim, *quid inde* se, paradoxalmente, o útil for simultaneamente injusto? Responde Beccaria: "(...) embora as penas produzam um bem, elas nem sempre são justas, porque para isso devem ser necessárias, e uma injustiça útil não pode ser tolerada pelo legislador que quer fechar todas as portas à vigilante tirania (...)".[83]

Afasta dessa forma ao instante em que vem a fixar o princípio da necessidade da pena, não paira sombra de dúvida, qualquer suspeita de predileção ou defesa de um utilitarismo servil, estéril, de fundo egoísta e desumano, uma vez que sustenta que as ações humanas (mormente aquelas emanadas do legislador), ainda que direcionadas ao bem-estar da maioria – maior felicidade para o maior número de pessoas –, não podem implicar em sacrifício da dignidade humana – imolada no altar da violência e da opressão, que caracterizam os comportamentos tirânicos.

De forma mais gráfica: não defende um utilitarismo a *outrance*, despido do componente humanitário, porque o útil (proveitoso, vantajoso) não pode ser perseguido a qualquer preço.

Acrescente-se que, para Beccaria, "(...) a verdadeira medida dos delitos é o dano à sociedade (...)".[84] Logo, o critério de mensuração do eticamente censurável comunica-se diretamente com o "dano social".

Inverificável qualquer danosidade ao tecido social, i.e, não tendo sido postos em causa os valores da *segurança* e da *liberdade* que o contrato visa a garantir, o

(79) Op. cit., p. 76.

(80) GRAMÁTICA, Filippo. *Princípios de derecho penal subjetivo*. Madrid: Réus, 1941. p. 152. Apud BITENCOURT. Op. cit., p. 34.

(81) Op. cit., p. 60.

(82) Op. cit., p. 88. Vale ressaltar, nos passos palmilhados, e bem, por Modona, que a já sublinhadas certeza, simplicidade, generalidade das leis, como reação ao sistema penal do *ancien regime*, são a primeira etapa que, *sob a bandeira do utilitarismo*, conduzirá à codificação e à definitiva afirmação do Estado moderno contra os últimos sobressaltos do sistema feudal de privilégios e particularismo (Op. cit., p. 79).

(83) Op. cit., p. 111.

(84) Op. cit., p. 75.

parâmetro da utilidade fixado à partida repudia qualquer ensaio de enquadramento de comportamentos socialmente indiferentes na moldura lógica do punível.

O critério de criminalização é o "dano causado à nação" (Capítulo VI). Inexistente qualquer dano, tanto a criminalização como a eventual punição de condutas supostamente desvaliosas terminam por denotar elevado grau de inutilidade social, sobre violarem o "elemento" humano congênito ao utilitarismo que Beccaria advoga.

Donde, entre as ideologias penalísticas que caracterizam o século XVIII, se deve decerto enumerar a utilitarista desenvolvida por Beccaria, que se traduz na circunstância de que só devem ser punidas aquelas ações cuja punição se revela *socialmente útil*.[85] A utilidade comum revela-se a base e o fundamento de todo o direito de punir, devendo ser considerado iníquo e injustificado todo o castigo que não se apresente como estritamente necessário à conservação da ordem social e dos interesses gerais da sociedade.[86]

De concordarmos com afirmação no sentido de que Beccaria intenta – com suporte mental na idéia de utilidade – uma verdadeira revisão geral da estrutura institucional e social de seu tempo histórico, com o objetivo de conceber não uma antítese ou sobreposição, mas equilíbrio e conciliação entre os dois aspectos do útil: "um em função do bem da coletividade, o outro em função do indivíduo".[87]

Merece sublinhado, ainda, que, ao conceber uma política criminal fundada sobre o princípio da utilidade social, Beccaria irá influenciar autores como Bentham[88] e Feuerbach.[89]

(85) Nesse sentido: TARELLO, Giovani. "Il problema penale nel secolo XVIII". *Materiali per uma storia della cultura giuridi*. Racolti da Giovanni Tarello. Ed. Società Editrice il Mulino, 1975, p. 20.

(86) BRAGA DA CRUZ. Guilherme. Op. cit., p. 56 (nota 43).

(87) CORPACI, Francesco. "Utile, diritto e giustizia nel pensiero di Beccaria". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Dir. Giorgio Del Vecchio, Roma, anno XXXVIII, série III, p. 674-675, 1961.

(88) Distinguido o utilitarismo de Bentham daquele brandido por Beccaria em virtude de uma "carga de profunda humanidade" existente no último, máxime quando confrontado com a "frieza do utilitarismo de seu prosélito J. Bentham" (MODONA, Guido. Op. cit., p. 85 (nota 6)). Para uma visão mais aprofundada acerca do pensamento de Jeremy Bentham (1748-1832), com destaque para o intenso desenvolvimento que logrou empreender a respeito da doutrina moral utilitarista da maior felicidade para o maior número de pessoas. PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento jurídico*. 5. ed. Madrid: Universidad Complutense, 1984. p. 280-295; sobre a importância de Bentham para o movimento em favor da codificação no continente europeu, Wieacker, op. cit., p. 313; lembrando com suporte em Coing que a jurisprudência dos interesses encontra direta fundamentação no utilitarismo de Bentham: COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal* – Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. p. 55. Nota de rodapé do autor, n. 67. Vislumbrando em Bentham, "il maggiore sostenitore dell'idea della codificazione e il maggior difensore del principio della certezza del diritto" (CATANNEO. Op. cit., p. 60).

(89) Anselm V. Feurbach (1775-1883), fundador da moderna ciência do direito penal alemão, pai do filósofo Ludwig V. Feurbach e avô do pintor Anselm V. Feurbach.

A finalidade do direito penal, à luz da doutrina que se desprende dos delitos, tem como intencionalidade prevenir[90] (prevenção geral e especial) no lugar de reprimir (retributivismo).

Recusa, seja-nos lícito reconhecer, a idéia de que o Estado impõe penas para retribuir um mal com outro mal, devendo entender que as impõe para evitar que as pessoas cometam crimes (não se deve punir racionalmente o *passado*, mas castigar em vista do *futuro*, idéia esta que de resto já se encontra em Protágoras).

Entende, outrossim, que não devem ser perseguidos e punidos os indiferentes penais,[91] mas, única e exclusivamente, os comportamentos que a utilidade social impõe sancionar.

Em espartilhada síntese: prevenção geral, prevenção especial, proporcionalidade e humanização do processo – estes os fundamentos cardeais de um sistema penal fundado no princípio convergente da utilidade social desenvolvido por Beccaria, que simultaneamente revelam-nos a necessidade de uma nova antropologia de todo pressentida de modo impressivo pelo jovem milanês.

Em fim, avultam em sua concepção os dogmas da eficácia e certeza da punição, no lugar do culto à exemplaridade punitiva mercê do suplício e de degradantes, cruéis e desumanas sanções. Pretende, portanto, introduzir por meio da mediação da idéia utilitária uma componente racionalística e humanitária na política criminal, como forma de combater o sistema penal do *ancien regime*, com a intencionalidade de racionalizar os limites do direito de punir e simultaneamente demarcar destacadamente as fronteiras do Estado moderno, antecipando um catálogo de princípios que já prenunciam o denominado "garantismo" penal.

7. Idéia de lei em Beccaria

Numa primeira aproximação do problema, vale ressaltar que as leis, segundo Beccaria – em perfeita consonância com o Iluminismo jurídico – devem ser poucas, escritas, claras, simples e dotadas de coeficiente de generalidade abstrata. Demais disso veio a fixar o princípio da legalidade estrita ao doutrinar no sentido de que "(...) somente as leis podem fixar as penas correspondentes aos delitos".[92]

Ao exaltar o primado ou dogma da lei, Beccaria logra obter importantíssima conseqüência no plano jurídico penal e, ulteriormente, repercussão até mesmo no

(90) "Mais vale prevenir os delitos que puni-los" (Capítulo XLI, p. 154), princípio este que como se sabe Beccaria foi buscar em Montesquieu.

(91) "O proibir um sem número de acções indiferentes não é prevenir os delitos que possam acontecer, mas é um criar novos delitos" (Op. cit., p. 154).

(92) Op. cit., p. 66. Convém ressaltar, contudo, que a célebre fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* – que não é de origem romana – ficou a dever-se a outro paradigmático defensor dos princípios jurídicos iluministas: Feurbach. Sem embargo, em Beccaria já encontramos esta idéia desenhada de modo indelével e incontrastável.

espaço constitucional de inúmeras nações: o indivíduo obtém a garantia de que o Estado detentor do monopólio do *jus puniendi* não se erguerá contra ele em razão de comportamentos não descritos no corpo de uma norma emoldurada em lei.

Devém dessa concepção ficar absolutamente defeso aos juízes o exercitar tal função. As penas, ou *argumentos sensíveis*, devem ser previamente previstas pelo legislador, porquanto "(...) ele que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (...) pode com justiça infligir penas a um outro membro da mesma sociedade (...)".[93]

Destarte, procede coerentemente da idéia do primado da lei a conseqüência da estrita fidelidade e submissão do juiz aos comandos dela derivados, para repelir qualquer ensaio de arbitrariedade (no sentido de discricionariedade) judicial.[94]

As penas devem ser previamente previstas pelo legislador (idéia de omnipotência do legislador ou de supremacia do legislativo que já estava em Hobbes, Locke e Rousseau), pois só assim é possível dar-se um basta ao arbítrio judicial.

Corolário lógico destas premissas está em que: "Para qualquer delito deve o juiz construir um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a conclusão, a liberdade ou a pena (...)",[95] não lhe sendo decerto lícito mover-se além deste quadro bem demarcado.[96] Trata-se, é bem de ver, do problema da interpretação das leis.

Aqui também iremos nos deparar com uma outra conseqüência lógica da observância rígida ao princípio da legalidade estrita: a lei não carece de interpretação. O juiz não é legislador. Donde não lhe é facultado consultar o "espírito da lei", vez que neste processo interviria a "boa ou má lógica" do julgador a colocar em perigo os jurisdicionados. Estes não podem ficar à mercê das incertezas de "falsos raciocínios ou do ocasional fermento dos humores de um juiz, que toma como legítima interpretação o vago resultado de toda uma confusa série de idéias que lhe agitam a mente".[97]

Beccaria, como se sabe, reconhece o princípio de divisão dos poderes e não admite sequer a possibilidade de o juiz colmatar lacunas da lei positiva mediante

(93) Op. cit., p. 66. Impende esclarecer, também, que à época em que Beccaria redigiu *Dos delitos e das penas*, a Lombardia vivia sob a monarquia absolutista dos Habsburgos, daí que – e na tradição de uma das vertentes do Iluminismo, nomeadamente do despotismo iluminado – admita o jovem milanês que o soberano, como representante legítimo da sociedade, detinha o poder de confeccionar leis gerais, com aptidão para obrigar a todos, donde poder falar-se em despotismo legal.

(94) Também é corolário do princípio da legalidade o princípio da igualdade extrínseca das penas. As penas para Beccaria "devem ser as mesmas para o primeiro e para o último dos cidadãos" (Op. cit., p. 107).

(95) Op. cit., p. 68.

(96) Mas a aplicação literal de uma lei bastante rígida, a experiência veio a demonstrar, impede o juiz de bem julgar e resulta em decisões verdadeiramente iníquas.

(97) Op. cit., p. 69.

um recurso à lei natural. Na realidade, também para ele "interpretar a lei significa corrompê-la" (Voltaire). Deveras, as únicas formas de interpretação implicitamente permitidas, porque capazes de harmonizarem-se com o arquétipo por ele desenvolvido, são a *interpretação* literal[98] ou estrita – no que respeita à atividade judicial; e interpretação autêntica (pelo legislador soberano). Rejeita, portanto, o emprego da analogia,[99] vez que repudia o caráter criador da interpretação judicial, entendendo que o juiz deve ficar vinculado ao "silogismo jurídico", porquanto a norma encontra-se representada pelo teor literal da lei.

Consoante observa Reis Marques, ao comentar o texto *sub examen*, "para maior garantia dos cidadãos, o juiz deve abster-se de considerar o 'espírito da lei', deve limitar-se ao silogismo, cuja premissa maior é a lei geral e a menor a acção conforme ou não com ela. Os tribunais estão vinculados à letra da lei (sentido literal), pois se o legislador não deve dar sentenças, o juiz não dever interpretar as leis, mas apenas aplicá-las por meio de um 'sillogismo perfetto'".[100]

Cumpre agora indagar acerca da possibilidade factual de encetar-se a tarefa da interpretação literal em face de um quadro legislativo plural, complexo e, principalmente, obscuro que imperava quando da confecção dos *delitos*.

De fato, Beccaria critica sobremodo a falta de clareza das leis, bem como assim a linguagem confusa e enigmática dos "doutores",[101] que, no lugar de concorrerem para a transparência e simplicidade dos textos, colaboravam na estruturação de um complexo e quase indevassável dialeto a comprometer sensivelmente a certeza do direito. Segundo ele, "(...) a obscuridade (das leis) (...) é (...) um mal (...)";[102] a incerteza das leis: "o mais cruel suplício dos desventurados".[103]

Evidente, desse modo, que a falta de nitidez legislativa importava em uma séria dificuldade à fiel observância dos comandos legais. Estes, mormente no

(98) Segundo Delmas-Marty, ao colocar o princípio da legalidade dos delitos e das penas, Beccaria introduz como conseqüência o princípio da interpretação estrita, isto é, vinculado a um "silogismo perfeito" ("Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria". In: VVAA. *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*. Milano: Giuffrè. p. 137). A autora, no mesmo lugar, também acentua que o princípio da personalidade das penas – revolucionário para a época – também foi defendido por Beccaria ao tratar do problema dos confiscos (Capítulo XXV), p. 111-112.

(99) Não obstante, a doutrina penal hodierna admite o emprego da analogia, não como método interpretativo, mas integrativo, desde que em benefício do réu (*in bonam partem*).

(100) Op. cit., p. 257 (nota 57).

(101) Na realidade, o Iluminismo revela um certo melindre contra a ciência jurídica, atitude esta, segundo a abalizada opinião de Cattaneo, ligada com a idéia de simplicidade das leis; essúltimas com efeito devem ser "acessíveis à razão de todos os homens e não devem necessitar para serem compreendidas de um estudo particular e especializado" (Op. cit., p. 16).

(102) Op. cit., p. 71.

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

prado criminal, deveriam ser claros e taxativos de jeito a afastar interpretações que pudessem desvirtuar o seu sentido. Dito de modo mais sintético: ao buscar desocultar a opacidade impregnada nos textos legais, Beccaria persegue, em fim, nada menos do que a certeza do direito e segurança jurídica.

Resume o Marquês Beccaria: "Se a interpretação das leis é um mal, é evidente que a obscuridade, que arrasta consigo necessariamente a interpretação, é um outro, e será um mal enorme se as leis forem escritas em língua estranha para o povo, que o coloque na dependência de uns poucos (...) numa língua que transforme um livro solene e público num livro quase privado e familiar".[104]

Segundo Beccaria: "Feliz aquela nação onde as leis não fossem uma ciência!". Nesta frase, conforme constatação articulada por Cattaneo,[105] é nos revelada toda a desconfiança típica do Iluminismo contra a ciência jurídica. Assim, a autoridade dos doutores deveria ser erradicada do processo por ser o fundamento do "arbítrio judiciário". Revela também, a nosso pensar, uma estreita relação com uma intenção de harmonização e simplificação legislativa, somente possível de se obter pela mediação de um ordenamento monoliticamente integrado de leis penais sistematicamente taxativas.

A necessidade de propugnar no sentido de que as leis, além de escritas com clareza e simplicidade, fossem públicas, genéricas e abstratas, aliada à preocupação da obtenção de um *plus* de certeza e de segurança jurídica, conjuga-se no pensamento de Beccaria diretamente com a preocupação de que os direitos do homem fossem respeitados, ou seja, funda-se em uma idéia de dignidade humana bem conhecida do direito natural profano.[106]

Nesse contexto, necessário timbrar que o pensamento de Beccaria, como pudemos observar de nenhuma forma refratário às influências do Iluminismo e

(104) Op. cit., p. 71.

(105) CATANNEO. Op. cit., p. 50. Este autor, após realçar a existência de uma "incindível união entre o Iluminismo, a concepção jusnaturalística com a doutrina jurídica legalista", alude acerca de uma lei napoletana promulgada no ano de 1774, que na trilha do absolutismo iluminado (em que inegavelmente se insere Beccaria) impunha obrigação para o juiz de motivar a sentença, além de fixar que as "decisões deviam fundar-se na lei e não na autoridade dos doutores, dos glosadores (...)" (Op. cit., p. 55-57).

(106) A idéia de dignidade humana como núcleo de um sistema de direito natural profano fora introduzida no século XVI por Pufendorf. Consoante alerta Welzel, a noção de *dignitas humanas*, malgrado não fique a dever-se necessariamente a Pufendorf, só com ele foi alçada à condição de "conceito jusnaturalista central". Para uma instigante visão acerca da importância e profunda influência exercida pelo pensamento de Pufendorf, não apenas na Europa, mas também nos Estados Unidos, notadamente sobre a teoria da liberdade formulada por John Wise (1652-1725), com base exatamente na idéia de dignidade humana; bem como os fortes reflexos da doutrina e arrebatadora força sistematizadora de Pufendorf sobre os modelos teóricos de direito natural que se lhe seguiram e os códigos delas derivados, cf.: WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho* – Derecho natural y justicia material. Trad. Felipe González Vicén. Ed. Aguilar, 1977. p. 133-149.

do jusracionalismo, irá desenvolver as traves mestras – no plano do direito penal – não apenas de uma emancipação das autoridades da Idade Média (tradição histórica), como de resto já deixamos anotado acima, mas também de uma libertação teórica em relação à moral.[107]

Um novo direito penal capaz de garantir uma gramática dos direitos naturais do homem, harmonizado com um sentido de utilidade social, plasmado em um plexo ou feixe limitado de leis simples, claras,[108] genéricas, igualitárias e cognoscíveis ao comum dos mortais – livre da "ciência jurídica", liberto de fricções de cunho religioso ou metafísico e com pretensões de sistematização e universalização – encontra apelo apenas em uma idéia de *codificação*, que de algum modo já se conexiona com um plano ou uma imagem de Estado de direito.[109]

Em conclusão, cumpre constatar que a idéia de lei vertida no opúsculo *Dos delitos e das penas* enquadra-se rigorosamente no figurino em que se encontram modelados todos os princípios fundamentais do Iluminismo jurídico: a concepção racionalista do direito natural, a idéia da lei como fonte exclusiva, o princípio da certeza do direito, humanitarismo, dessacralização do direito penal, e, finalmente, a idéia de codificação, a respeito da qual passaremos em seguida a tratar.

8. Intencionalidade de codificação

Beccaria, livre de dúvida e entredúvida, ao bater-se com ardor e ímpeto contra a tradição e a autoridade dos "doutores" e a tirania dos costumes, propõe uma síntese ou código de leis penais livre de complexidades e tecnicalidades, para promover de um lado a democratização e universalização sistematizada do conhecimento

(107) A lume do magistério de Carbasse, "Visant a la laicisation de l'Etat, les tenants des Lumiéres (...) a la religion ou a la seule morale individuelle ne soient plus sancionnes par le droit. Comparant les lois divines et les lois humaines, Monstesquieu constatais que 'ces deux sortes de lois different par leur origine, par leur objet et par leur nature' (...) 'il faut donc eviter les lois penales en fait de religion' (*Esprit des lois*, vol. XXV, p. 12). Beccaria allait plus loin, puisqu'il refusait toute consideration morale dans la mesure du crime: l'infraction n'est qu'un dommage causé à la tranquilité ou à la sécurité publique et c'est à ce seus titre qu'elle est reprimme (...)" (Op. cit., p. 360).

(108) Mas a clareza das leis reivindicada pelo Marquês de Beccaria também revela uma "utilidade intrínseca": a prevenção de delitos. Textos claros encontram-se portanto em harmonia com uma política criminal de prevenção geral contra o crime.

(109) Pisani indaga, louvando-se em Glaser (Beccaria et le concept de l'Etat de Droit), "Ma il concittadino lettore è pur sempre attratto da quella massima di filosofia politica, o di dottrina dello Stato – non è forse, il Beccaria, uno dei fondatori dello 'Stato di diritto'?". "Beccaria e il processo penale" (In: VVAA. *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 115). Na dicção de Ludovico Limentani: "É uma nova consciência jurídica que se afirma, contrapondo-se ao estado de arbítrio até então dominante, a exigência resoluta e decisiva do Estado de Direito, idêntico para todos os cidadãos e para todos igualmente sobranceiro" (Op. cit., p. 567).

jurídico; de outro, segurança social, mercê uma inovadora "política criminal" de *prevenção geral*, que co-envolve uma nova concepção de Estado, percepção esta que tem como princípio fundante uma "antropologia jusracionalista".[110]

Flagrado no capítulo que versa sobre a "Obscuridade das leis" (V), esgrima que "(...) *Quanto maior for o número daqueles que poderão entender e ter entre as suas mãos o sagrado código das leis, tanto menos freqüentes serão os delitos, pois não há dúvida de que a ignorância e a incerteza das penas servem a eloqüência das paixões*".[111] Pugna, destarte, em prol de código de leis certas, como instrumento hábil a difundir uma política penal de prevenção geral – mecanismo racional de promoção da paz social.

Além disso, ao tratar do problema da *interpretação das leis* (Capítulo IV), falanos da necessidade da existência de "um código de leis fixas, que se devem observar à letra", código este que "não deixa ao juiz outra tarefa que não seja a de examinar as acções dos cidadãos, e de as julgar conformes ou não conformes à lei escrita (...)".[112]

Líquido, portanto, que o problema da certeza do direito criminal tão enfaticamente defendida por Beccaria depende visceralmente da unificação de todas as fontes em uma única nascente: a lei vertida em plasma social, condensada e hipostasiada na forma monolítica e universal de um código capaz de converter a *idéia* em *realidade*.

A necessidade de codificação que entendemos haver Beccaria vislumbrado, sobremodo no que se articula com o direito penal – vez que este subsistema protege e defende "*i sacri ed inviolabili diritti dell'uomo*",[113] homenageia o prefalado princípio da soberania da lei, que deve irradiar-se não apenas sobre todos os cidadãos, mas também sobre os magistrados, que, na trilha de Montesquieu, não devem ser mais do que "*la bouche de la loi*".[114]

Com a finalidade de eliminar a arbitrariedade dos juízes, Beccaria reclama a redação de um Código Penal preciso e completo, em que o magistrado não tenha outra coisa a fazer se não aplicá-lo automaticamente.[115]

(110) Com Wieacker aprende-se que: "O Código é, quer do ponto de vista do conteúdo, quer do ponto de vista estilístico, a expressão de uma cultura evoluída e isto não apenas segundo o padrão dos critérios da época. (...) ele apresenta um plano global da construção do Estado a partir dos fundamentos de base da sociedade humana. Esta arquitetura articulada só fora tornada possível pela antropologia jusracionalista" (Op. cit., p. 378).

(111) Op. cit., p. 71. Grifo nosso.

(112) Op. cit., p. 70.

(113) CATTANEO. Op. cit., p. 58.

(114) "(...) ne sont (...) que la bouche qui prononce les parloes de la loi, des etres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur". *Esprit des lois*, vol. XI, p. 6, vol. I, p. 166 e 171. De verificar-se, em Montesquieu, uma bem vincada sobrevalorização do Poder Legislativo.

(115) CARBASSE. Op. cit., p. 355. Automatismo que parece haver inspirado o positivismo jurídico mais radical.

Correlato ao movimento rumo à unificação das fontes do direito na legislação, diz Cattaneo, é a tendência para a codificação; para os próceres do Iluminismo (Beccaria inclusivamente), "deverá ser emanado um Código composto de poucas leis, compreensíveis por todos, livre de dificuldades técnico-jurídicas".[116] A idéia de codificação que se captura em Beccaria, embora não tão desenvolvida quanto aquela manejada por Muratori[117] ou Feurbach,[118] prende-se sem dúvida à já referida conexão existente entre o jusracionalismo e o Iluminismo.[119]

Assim, ficou a dever-se ao jusracionalismo iluminista de Beccaria tanto um primeiro movimento em direção à abolição da pena de morte, das formas cruéis de execução e da tortura, como a confecção de diversos Códigos Penais, tendo provocado um movimento ascendente em direção a uma ampla reforma do direito penal[120] e processual penal, com a nota distintiva de que logrou colocar o homem

(116) CATTANEO. Op. cit., p. 15. Vale ressaltar, ainda nos passos de Cattaneo, que: "Na base da idéia de codificação aqui está o direito natural. O conjunto de leis em direção ao qual tendem os iluministas deve ser de fato mais próximo possível da simplicidade natural (...): esta idéia é ligada com o motivo iluminista de "retorno ao direito natural". Ibidem. Argumentando que o século XVIII converteu-se no século do direito natural e que este converteu-se em "potência conformadora da vida social", tendo vindo a triunfar não apenas nas declarações de direitos do homem da América do Norte e da França, mas também nas codificações austríaca, prussiana e francesa (WELZEL. Op. cit., p. 170).

(117) Consoante a ilustre opinião de Cattaneo, em Muratori iremos encontrar o estudioso que de fato iniciou o movimento em direção à codificação na Itália (Op. cit., p. 47). Também não se desconhece que Bentham figura como talvez o mais notável defensor da idéia de codificação em Inglaterra, embora ali não tivesse obtido êxito. Para uma visão mais desenvolvida acerca da importância de Bentham para o movimento de codificação, vale conferir Paniagua, op. cit., p. 285-295.

(118) Chegou a colaborar diretamente na confecção do Código Penal alemão de 1813. Aliás, como anota Marinucci, a academia encontrou em Feuerbach "o difusor e o codificador do ensinamento de Beccaria (...)" (Op. cit., p. 36).

(119) Para Wieacker, evidentemente sem referir-se especificamente a Beccaria, tal vinculação terá sido a causa propulsora "primeiro nos Estados absolutos do centro e do sul da Europa, depois na Europa ocidental após o processo revolucionário francês uma primeira grande onda das codificações modernas" (Op. cit., p. 365).

(120) No que toca ao espaço jurídico português, faz-se necessário mencionar o nome de Pascoal José de Melo Freire, ilustre lente da Universidade de Coimbra, que foi incumbido durante o reinado de D. Maria I (1789) de elaborar um projeto de um novo Código de direito criminal. Deve especificar-se que também em Portugal as penas não eram fixadas pela lei, logo, imperava o arbítrio judicial na sua determinação. Além disso, eram desproporcionais (morte pelo fogo em vida aos falsificadores de moeda), desiguais (variavam de acordo com a classe dos réus) e transmissíveis (confisco). Deveras, o movimento humanitário diretamente descendente da filosofia iluminista e que teve em Beccaria um de seus mais notáveis divulgadores também influenciou Melo Freire, consoante este veio expressamente reconhecer já na introdução do mencionado projeto, o qual, no entanto, jamais entrou em vigor. Mas Melo Freire não era nenhum abolicionista, pois o seu projeto não erradicava a pena capital, apenas operava sensível

no centro desse *multiversum* jurídico pela via do reconhecimento da garantia inultrapassável da dignidade humana.[121]

Cabe sublinhar, para além da enorme influência exercida pelas idéias lançadas nos *Delitos* sobre vários "déspotas iluminados", em que aflora de modo emblemático o exemplo de Catarina II da Rússia, Beccaria participou diretamente da elaboração do Código criminal toscano de 1786, conhecido como "Leopoldina" (Leopoldo II), como também se dedicou com afinco à confecção do Código austríaco ("Josefina") de 1787 (José II).

Entre as inúmeras funções úteis que implicam um sistema jurídico codificado podemos citar esquematicamente:

a) *uma maior estabilização referente à possibilidade de previsão do futuro:* é dizer, na medida em que o sistema que prevê um rol taxativo de condutas desvaliosas encontra-se corporificado (*rectius*, positivado) organicamente num feixe de leis previamente fixadas, não só as decisões judiciais passam a gozar de um maior coeficiente de previsibilidade, como muitas das normas modeladas no catálogo ou coleção de leis introjetam-se com mais facilidade no consciente coletivo, colaborando desse modo para uma redução dos índices de conflituosidade;

b) *sistematização do saber jurídico:* segundo Hassemer,[122] a sistematização do saber jurídico ensejada pelo "sistema dos Códigos" deu lugar tanto a um acesso mais ágil a este saber como também a uma mais ampla diferenciação em relação à jurisprudência ou "direito criado pelos juízes";

c) *segurança jurídica indispensável ao Estado de Direito Democrático*: coube a Radbruch realçar de forma aguda a importância da segurança jurídica: "Se a justiça é a segunda grande preocupação do direito, a primeira não pode deixar de ser a da segurança, da paz e da ordem social";[123]

restrição em seu raio de alcance, limitando-a aos denominados "crimes gravíssimos", como por exemplo, "alta traição, crime de lesa-majestade, homicídio qualificado e furto qualificado colectivo". Necessário sublinhar, por outro lado, nosso assentimento com aqueles que, como Braga da Cruz (Op. cit., p. 79), alegam que o Projeto Melo Freire ficava bastante aquém das idéias humanitárias expendidas na respectiva "Introdução", déficit este supostamente devido ao "demasiado apego do autor, *malgré lui*, à tradição das Ordenações, em que fora ordenado e formara inicialmente o seu espírito". Também não podemos nos esquecer de que não apenas em Portugal, mas em todas a Península Ibérica, as luzes ainda se encontravam apagadas durante o esplendor da "escola" jusracionalista.

(121) Garantia que encontrou em Kant – o último iluminista – seu mais notável defensor ao colocar a pessoa humana como "suporte da ordem ética universal" (GRUNDLEGUNG, p. 61. Apud WELZEL. Op. cit., p. 178).

(122) HASSEMER, Winfried. "Sistema jurídico y codificación, la vinculación del juez a la ley". In: VVAA. *El pensamiento jurídico contemporâneo*. Debate, 1992. p. 201-217, especialmente p. 205.

(123) Op. cit., p. 180.

d) *legitimação material da decisão jurídica*: é dizer, um sistema codificado permite "legitimar materialmente a decisão jurídica sem necessidade de que a fundamentação tenha que se reconduzir aos princípios para decidir";[124]

e) *simplificação das* exigências *de legitimação das decisões:* conecta-se ao item anterior, ou seja, uma vez que as normas abrigadas nos códigos densificam princípios jurídicos gerais, tornam desnecessária a fundamentação das decisões mediante o chamamento de tais princípios; o código mediatiza tais princípios, ou, dito de outro jeito: "Mediante a norma se trespassa dos princípios à decisão", porquanto "a apelação à norma significa, simultaneamente, evocar o princípio jurídico de que a norma é portadora".[125]

No entanto, nos tempos atuais – "com a pós-modernidade tudo começa a diluir-se"[126] – nota-se, lamentavelmente, mesmo no prado criminal, uma perigosa tendência rumo a um processo de descodificação dos textos legais, mercê inflacionária pulverização da tecelagem jurídica (elefantíase), fruto de exigências sociais de combate à criminalidade a qualquer preço, decerto intensificadas pela alta visibilidade mediática dos crimes violentos (*predatory crimes*), a resultar na proliferação desenfreada de uma legislação avulsa e de emergência – a pôr em risco o princípio da unidade do direito.

Vê-se assim, com Ferrajoli,[127] o risco de um retorno a um estado de absoluto caos normativo que caracterizava o *ancien regime*: "A selva das fontes, o pluralismo e a superposição de ordenamentos, a inflação normativa e a anomia jurídica dos poderes com que se defrontaram os clássicos do jusnaturalismo e da ilustração, de Hobbes a Montesquieu e Beccaria (...)".

Se o "processo de codificação" constitui um dos fatores que provocaram a absoluta autonomia do Estado moderno, que logrou esmagar o denominado "*jus comune*",[128] o movimento atual de descodificação está a anunciar um novo Estado – um Estado cujo poder encontra-se em paulatino processo de desagregação, por meio do surgimento de múltiplos micro-poderes corporativos e institucionais e em que se flagra um processo de distanciamento do legado *Dos delitos e das penas*.

9. Análise conclusiva

As idéias lançadas por Beccaria no "*smilzo trattatelo*" são de nítido conteúdo universal, porque os problemas que elas visam solucionar não dizem respei-

(124) HASSEMER. Op. cit., p. 206.

(125) Idem, ibidem, p. 206-207.

(126) BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo* – Hacia una nueva modernidad (Título original: *Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, 1986). Trad. Jorge Navarro. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998. p. 15.

(127) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías* – La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibánez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p. 17-18.

(128) Nesse sentido, A. C. Jemolo, *La crisi dello Stato moderno*, Bari, 1954, p. 37, apud Cattaneo, op. cit., p. 168.

to apenas às fronteiras da Lombardia, então dominada pela dinastia austríaca dos Habsburgos.

O pensamento de Beccaria demonstra uma vocação internacional, uma vez que não se prende a tecnicalidades jurídicas de foro local ou a particularismos reducionistas, mas se debruça sobre questões e princípios gerais que exprimem e revelam "os interesses da humanidade", tendo vindo, inicialmente, a encontrar eco no espaço europeu,[129] para em seguida reverberar em todos os continentes, com a finalidade de influenciar de modo marcante o pensamento penal contemporâneo e fomentar o intenso debate acerca da pena de morte, que dura até hoje.

As impressões digitais de seu veemente discurso encontram-se bem presentes, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão[130] de 26.08.1789 – produto direto da Revolução Francesa,[131] movimento este conduzido em nome dos direitos naturais do homem.[132]

Na verdade, as idéias sustentadas por Beccaria tornaram-se patrimônio comum das legislações penais civilizadas, podendo ser considerada uma das obras mais importantes já escritas sobre direito criminal.

Dos delitos e das penas desempenhou um importante papel na construção do direito penal moderno (uma vez que ali foram tratados de modo sistemático princípios fundamentais do direito e processo penais), vindo a contribuir para a superação do sistema do *jus comune* e estabilização de uma política criminal de prevenção ao crime; de outra parte, as idéias do Marquês de Beccaria continuam – não obstante à tendência atual de endurecimento das leis penais – a fazer prosélitos em toda a superfície do mapa-múndi das ciências jurídico-criminais. *Com ele, virou-se a página da vingança pública, descortinando-se a moderna Justiça pública.*

Por último, mas não menos importante, merece registro que a apologia dos princípios da legalidade dos delitos e das penas, da igualdade, da proporcionali-

(129) Jean Graven soube traduzir de forma candente as razões da rápida aceitação das idéias de Beccaria em Europa e sua influência sobre os eventos transformadores que se lhe seguiram: "(...) il a su saisir et capter l'espèce de frémissement, d'électricité générale que était dans l'air, les condenser en quelques brefs chapitres, et faire jaillir, dans le ciel européen, l'éclair illuminateur, avec le premir coup de foudre, le coup prémoniteur, que a secoué le viel édifice croulant" (Apud Delmas-Marty, op. cit., p. 136).

(130) Segundo as exatas palavras de Carbasse: "A declaração (...) anuncia um novo direito, a partir do qual a lei será a fonte única; ela esboça uma nova organização de Estado, fundado na separação dos poderes. É destas premissas que deriva naturalmente o novo sistema dos delitos e das penas" (Op. cit., p. 372).

(131) Apontando para o fato de que com a vitória da Revolução Francesa a obra de Beccaria alcançou "a mais larga repercussão", Eduardo Correia, op. cit., p 85.

(132) A mencionada declaração pode ser considerada como verdadeiro e eficaz instrumento universal de positivação desses direitos. Este texto fundamental contém 17 artigos, 11 dos quais correlacionados direta ou indiretamente com o direito penal.

dade, da publicidade dos meios de prova e dos julgamentos, bem como a defesa da instituição do Tribunal do Júri, paralelamente à demonstração da necessidade do estabelecimento de um programa de política criminal de índole simultaneamente racional, preventiva (Beccaria dedica um inteiro capítulo aos chamados meios de prevenção de delitos [XLI]) e humanista, atestam de forma inconteste a modernidade dos *Delitos e das penas*, porquanto tais princípios compõem o arcabouço lógico do direito e processo penais contemporâneos.

Daí não é demasiado afirmar:

"Não houve talvez uma única linha do seu livro que agindo sobre o espírito dos legisladores não agisse, por sua vez, sobre a lei".[133]

Bibliografia

BADINTER, Robert. "Beccaria, l'abolition de la peine de mort et la Revolution Française". In: VVAA. *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*. International Congress. Milano: Giuffrè, december 1988.

BARATTA, Alessandro. "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*, Milano: Giuffrè, nr. XLIX, IV série, p. 29-53, 1972.

BECCARIA, Césare. *Dos delitos e das penas* (Título original: *Dei delitti e delle pene*. Livorno: Edição de Harlem, 1766). Lisboa: Gulbenkian, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo* – Hacia una nueva modernidad (Título original: *Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986). Trad. Jorge Navarro. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal* – Parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. "Discurso proferido por ocasião do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal". *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 170, p. 27-85, nov. 1967.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. vol. 1.

CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: PUF, dez. 2000.

CASSIRER, Ernest. *Filosofía de la ilustración*. Trad. Eugenio Imaz. México: FCE, 1943.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Sumários de processo criminal*. Coimbra, 1968.

CATTANEO, Mario A. *Illuminismo e legislazione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1966. Série diritto e cultura moderna 4.

CORPACI, Francesco. "Il contrattualismo di Beccaria". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, anno XXXVI, série III, p. 237-269, 1959.

_____. "Utile, diritto e giustizia nel pensiero di Beccaria". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Dir. Giorgio Del Vecchio, Roma, anno XXXVIII, série III, 1961, p. 666-694.

[133] HASARD, Paul. *O pensamento europeu no século XVIII*. Lisboa: Presença, 1983. p. 153.

CORREA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1971.

COSTA, Fausto. *Delitto e pena nella storia della filosofia*. Milano: Facchi, 1924. Biblioteca di Coltura Generale n. 1.

COSTA, José Francisco de Faria. "Ler Beccaria hoje". *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, vol. LXXIV, p. 89-105, 1998.

_____. *O perigo em direito penal* – Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. 1. ed. (reimpressão). Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.

DELMAS-MARTY, Mireille. "Le Rayonnement International de la pensée de Cesare Beccaria". In: VVAA. *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*. International Congress. Milano: Giuffrè, 1988 (Committee of the Municipality of Milan for the Celebrations of the 250th Anniversary of Cesare Beccaria's birth, org. Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale).

FERRI, Enrico. "Da César Beccaria a Francesco Carrara". *Archivio giuridico*. Pisa: Universidade de Pisa, 1890. vol. XLIV, p. 497-514.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías* – La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibánez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

HASARD, Paul. *O pensamento europeu no século XVIII*. Lisboa: Presença, 1983.

HASSEMER, Winfried. "Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley". In: VVAA. *El Pensamiento Jurídico Contemporaneo*. Trad. María Virginia Martinez Bretones. Ed. Debate, 1992.

HULSMAN, Louk; BERNARD DE CELIS, Jacqueline. *Peines perdues, le système penal em question*. Paris: Edition du Centurion, 1982.

LIMENTANI, Ludovico. "Studi sul pensiero del settecento (Rousseau e Beccaria)". *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, ano VI, p. 566-574, 1926.

MARINUCCI, Giorgio. "Cesare Beccaria, um nosso contemporâneo". *Dos delitos e das penas*. Trad. José Francisco de Faria Costa. Lisboa: Gulbenkian, 1998.

MARQUES, Mário Reis. "A problemática da fundamentação do direito". In: Cunha, Paulo Ferreira da (Org.). VVAA. *Instituições de Direito*. Coimbra: Almedina, jun. 1998.

MONCADA, Cabral. *Filosofia do direito e do Estado*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

MODONA, Guido. "L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria". In: VVAA. *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*. International Congress. Milano: Giuffrè, 1988. (December 15th-17th, Committee of th Municipality of Milan for the Celebrations of the 250th Anniversary of Cesare Beccaria's birth, org. Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale.)

NAUCKE, Wolfgang. "Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria". In: DEIMLING, Gerhard (Org.). *VVAA, Cesare Beccaria – Die Anfaenge moderner Strafrechtsplege in Europa*. Heidelberg: Kriminalistik Verlag. p. 37-53.

PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento jurídico*. 5. ed. Madrid: Universidad Complutense, 1984.

PISANI, Mario. "Beccaria e il processo penale". In: VVAA. *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*. International Congress. Milano: Giuffrè, 1988. (December 15th-17th, Committee of the Municipality of Milan for the Celebrations of the 250th Anniversary of Cesare Beccaria's birth, org. Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale.)

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito* (Título original: *Rechtsphilosophie*. Stuttgart: Koehler, 1932). Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, mar. 1997.

_____; GWINNER, Enrique. *Historia de la criminalidad* – Ensayo de una criminología histórica (Título original: *Geschichte dês Verbrechen* – Notas y adiciones: Arturo Majeda). Barcelona: Bosch, 1955.

SOLMI, Arrigo. "Alberto da Gandino e il diritto statutario nella giurisprudenza del sec. XIII". *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Torino: Fratelli Bocca, 1901, vol. XXXII, p. 121-202.

SPIRITO, Ugo. *Storia del diritto penale italiano* – Da Cesare Beccaria ai Giorni Nostri. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1932. Nuova Collezione di Opere Giuridiche, n. 270.

TARELLO, Giovani. "Il problema penale nel secolo XVIII". *Materiali per uma storia della cultura giuridic*. Racolti da Giovanni Tarello, Società Editrice il Mulino, 1975.

VASSALI, Giuliano. "Spunti di politica criminali in Cesare Beccaria". In: VVAA. *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*. International Congress, Milan, December 15th-17th, Committee of the Municipality of Milan for the Celebrations of the 250th Anniversary of Cesare Beccaria's birth, org. Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Giuffrè, 1988, p. 23-35.

WELZEL, Hans. *Derecho penal* – Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1956.

_____. *Introducción a la filosofía del derecho, derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicén. Aguilar, 1977;

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno* (Título original: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter Besonderer Berücksichtigung der Deutschen Entwicklung*, 2. ed. Goettingen: Vandenhoek, 1967). Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1

O CENTRO DE INTEGRAÇÃO DA CIDADANIA: reflexões sobre o espaço, os sujeitos e a Justiça

7.1.1

APRESENTAÇÃO

JACQUELINE SINHORETTO

"Solucionar um conflito é muito mais do que proferir uma sentença (...). E você não faz isso sem outros profissionais (...). Mas a gente é treinado, é condicionado para se satisfazer com a defesa bem feita ou com a sentença prolatada. 'Ah, pronto, acabou'. No CIC eu comecei a ver isso... com o lance do direito de família, que é a história do divórcio. Para o advogado, para o juiz, você proferiu a sentença de divórcio, você está solucionando o problema do casal que está em conflito. E muitas vezes, você está piorando aquilo porque vai gerar um problema de pagamento de pensão, educação de filhos, pessoas que não saíram legais de um relacionamento e não vão saber seus papéis em relação aos filhos que tiveram juntos. (...) Obviamente, a Justiça não vai dar essa resposta para ela (...). E no CIC você tinha essa possibilidade dessa pessoa se reerguer."[1]

O relato acima nos traz um questionamento sobre a eficácia dos métodos de distribuição da Justiça formal na sociedade brasileira. Coloca em dúvida a operação quase mágica de se solucionar conflitos ao se praticar o rito judiciário. Nos deixa claros os limites do compromisso do poder instituído com os destinatários das decisões judiciais, em outras palavras, nos revela os limites do compromisso do Estado com a sociedade. E, ao mesmo tempo, aponta uma utopia de transformação desse compromisso. E nomeia essa utopia.

Quando o Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM interessou-se por visitar o CIC – Centro de Integração da Cidadania e refletir sobre a experiência, era também motivado por uma utopia: colocar o conhecimento a serviço de uma mudança de atitudes diante do contexto de violência e injustiça que é preocupação de todo cidadão. Desde a sua criação, o Instituto vem desenvolvendo uma política de defesa do direito penal mínimo. Nessa direção, refletir sobre uma experiência de deslocamento do Estado para a periferia, fundamentalmente dos

[1] Trecho de entrevista com um operador do direito que trabalhou no CIC.

serviços de Justiça, é uma das tarefas para as quais o IBCCRIM foi criado. Essa reflexão demanda, todavia, olhares múltiplos, pois também para nós a questão da Justiça não se restringe a "proferir uma sentença", conforme as palavras de nosso entrevistado.

A fim de divulgar a existência do programa entre pesquisadores, professores e militantes do movimento social, o Instituto promoveu uma visita – seguida de uma tarde de debates – ao CIC Leste, localizado no Itaim Paulista, zona leste do Município de São Paulo, no dia 29.06.2000. Foram convidados arquitetos e urbanistas, educadores e profissionais de saúde pública, de segurança, operadores da Justiça e integrantes de movimentos sociais. Na chegada ao Centro de Integração da Cidadania, o grupo foi recepcionado pelos operadores da Justiça e funcionários das secretarias de Estado que ali trabalhavam, juntamente com representantes da comunidade local que, desde o início, participavam da implantação do projeto. Houve ali um debate informal sobre o significado daquela experiência de política de acesso à Justiça, no qual tanto os profissionais como os líderes populares expuseram suas expectativas e preocupações, respondendo também a perguntas dos visitantes.

Como parte das atividades, e com o objetivo de estimular a discussão teórica e política em torno da criação dos CIC, foi pedido aos participantes que deixassem registradas suas reflexões sobre o que foi visto durante a visita. Os três textos apresentados nesta edição da *Revista* são o resultado daquele evento.

De acordo com o projeto da Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Governo do Estado de São Paulo, a implementação dos Centros de Integração da Cidadania tinha por objetivo – por meio da disponibilização de serviços públicos, de serviços de Justiça e do reforço às redes locais de solidariedade – a atuação na transformação do padrão de solução de conflitos na periferia da cidade, marcado por ajustamentos violentos e confrontos pessoais à margem da lei. Para os idealizadores do CIC, a administração da Justiça deve se orientar para prevenir a violência, oferecer solução pacífica aos conflitos por meio de técnicas de mediação e promover a inclusão social por meio do reforço de redes de cidadania locais.

Para que isso fosse possível, acreditavam os gestores do programa, ao procurar a intervenção estatal em um conflito, o cidadão teria que encontrar a solução próximo à sua casa. Por isso, a proposta de agregar, no mesmo espaço físico – e em bairros distantes do centro –, juiz, promotor, delegado de polícia, procurador do Estado, a Polícia Militar, assistente social, psicólogo e profissionais de outros serviços públicos como Procon, CDHU (habitação popular), Instituto de Identificação. Além disso, a educação em direitos e a aproximação física e simbólica entre cidadãos e autoridades públicas eram princípios estruturantes do projeto governamental. Daí seus gestores terem sido tão ciosos da participação popular ao longo de toda a implantação do equipamento e, posteriormente, na formação do Conselho Local de Integra-

ção da Cidadania – órgão consultivo que incorpora os representantes da comunidade na gestão do programa.

No primeiro dos textos apresentados, Malvina Muszkat, psicanalista, membro da ONG Pró-Mulher, Família e Cidadania, expõe seu diagnóstico sobre o paradoxo da convivência entre um discurso sobre os direitos e uma prática de violação sistemática dos mesmos, sobretudo na esfera da família. Ressalta o papel que o CIC pode vir a ter na construção de uma política de proteção dos direitos humanos, requalificando o papel do Judiciário na resolução dos conflitos. No artigo "Um projeto *sub judice*", a autora chama a atenção para a existência de um ciclo de reprodução da violência nas relações familiares, que é reforçado ainda mais pela violência das políticas sociais, que discriminam e desrespeitam as famílias que vivem na periferia. Estas, dadas as condições de vida a que estão submetidas, acabam por dispor de um repertório de solução de conflitos em que o recurso à violência não é desestimulado, quando não encorajado.

Para a autora, o CIC pode trazer em si a potencialidade de um novo compromisso político, um novo pacto social, que torne possível a redução da desigualdade e da violência. Em sua visão, o campo da resolução de conflitos – da Justiça, portanto – tem lugar privilegiado, já que esse novo pacto social se fundaria na busca da Justiça reparadora, não adversarial, que estimulasse o protagonismo das pessoas, das famílias e da comunidade.

Não obstante, o texto de Muszkat tece duras críticas ao que ela nomeia anacronismo da Administração Pública, a qual se revela incapaz de realizar avaliações consistentes sobre os resultados dos projetos que financia e sustenta. As falhas na avaliação dos projetos e das prioridades de investimento da Administração Pública são, segundo a autora, responsáveis por descontinuidades na atuação do Poder Público, cujo efeito é a perpetuação de uma sociedade fundada no desrespeito sistemático aos direitos humanos.

A seguir, o artigo "A segregação urbana e a Justiça (ou A Justiça no injusto espaço urbano)", do urbanista Flávio Villaça, da FAU-USP, analisa a descentralização dos serviços públicos em face da dinâmica concentradora, excludente e privatista que domina a construção do espaço da cidade de São Paulo. De forma didática e precisa, o autor constrói o conceito de segregação urbana e o associa ao conceito de acesso à Justiça (ou impedimento de acesso).

No texto de Villaça, as instituições de Justiça aparecem na resistência à lógica do mercado imobiliário, fixando suas sedes no simbolicamente eqüidistante centro da cidade e, ao mesmo tempo, implantando unidades de atendimento ao público mais perto das residências dos usuários do que das moradias dos operadores da Justiça. Em sua visão, o CIC é projeto de enorme importância por contrariar a lógica de organização segregadora do espaço urbano.

Num contexto em que a "recorrer à lei, fazer uso dela, ter a legalidade e a ordem jurídica como norma de vida, vem se tornando cada vez mais inviável para as camadas populares" – citando as palavras do próprio Villaça – os CIC pode-

riam desempenhar o papel transformador de possibilitar aos cidadãos o recurso à Justiça, a fim de incluir-se no universo da legalidade, principalmente no que tange ao uso e apropriação do espaço urbano.

Entretanto, afirma o autor alocar funcionários de nível superior para trabalhar no CIC não será tarefa fácil, já que instalam-se naqueles espaços comumente qualificadas pelos cidadãos formados na lógica da segregação como "longínquos rincões da periferia".

Sylvia Leser de Mello nos apresenta uma leitura do CIC sob a ótica da construção do espaço público, no artigo "O Centro de Integração e Cidadania: experiência e esperança". Professora de filosofia no Instituto de Psicologia da USP, em seu artigo, diagnostica a invisibilidade "dos serviços destinados à inserção positiva dos moradores ao meio urbano", para refletir sobre alteridade, subalternidade, estigmatização.

Ao mencionar a esperança que o CIC lhe desperta, fala a autora da esperança que vê estruturar a experiência de vida das populações pobres que habitam a periferia da cidade de São Paulo, cujos parâmetros de vida – hábitos, costumes e regras – estão alicerçados na forte crença religiosa, na solidariedade, na esperança que depositam sobre a vida na cidade, em contraponto às condições de vida no campo, na confiança que têm na escola como veículo de melhoria da vida de seus filhos. Mas essas experiências e expectativas não se encontram refletidas na atuação dos Poderes Públicos, marcada pela incapacidade de compreender as pessoas comuns da periferia como sujeitos plenos de direitos, em igualdade e liberdade de pensamento e palavra. Os efeitos dessa ausência de compreensão do outro como igual redundam na violência dos agentes públicos, na dominação política, no autoritarismo, no paternalismo.

A esperança de Sylvia Leser em relação ao CIC consiste na possibilidade de ele poder se construir pela população usuária e pelos agentes do Poder Público, como um espaço público, no sentido arendtiano, sem o qual não é possível falar em democracia e cidadania. Ou seja, um lugar em que os cidadãos sejam iguais e livres para falar, ouvir, discutir e decidir as questões referentes ao bem comum. No âmbito do CIC, estas questões certamente tocariam as decisões de investimento de recursos, definição de objetivos, prioridades e avaliação dos serviços prestados. Se isso se tornar possível, como fruto de lutas pela sua conquista, o CIC poderá transformar-se – para a autora – em verdadeira "escola de cidadania para quem nunca teve qualquer oportunidade de praticar a democracia".

Com a publicação desses textos, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nessa ocasião por meio do Núcleo de Pesquisas e da Revista Brasileira de Ciências Criminais, espera lançar novas dúvidas, questões e caminhos para o aprimoramento sempre constante dos objetivos e resultados dos Centros de Integração da Cidadania, por meio do exercício infinito da liberdade de pensar, falar e ser ouvido.

7.1.2

A SEGREGAÇÃO URBANA E A JUSTIÇA
(ou a Justiça no injusto espaço urbano)

FLAVIO VILLAÇA

SUMÁRIO: 1. A segregação urbana – 2. A Justiça – Bibliografia.

Resumo: O texto mostra que a área metropolitana de São Paulo apresenta significativa segregação sócio espacial de sua população, com uma clara concentração das camadas de mais alta renda no Quadrante Sudoeste da metrópole. Por meio dessa segregação, essas camadas comandam a organização do espaço urbano. Destacam-se, como exemplos, os fatos de tais camadas deslocarem o centro da cidade em sua (delas) direção de crescimento e ainda a produção de um espaço urbano altamente desigual e injusto não só em seus atributos físicos, como também em suas localizações, com as camadas populares arcando com maiores tempos e custos de deslocamento (transportes).

Palavras-chave: Segregação urbana – Área metropolitana de São Paulo – Espaço urbano – Desigualdade social.

1. A segregação urbana

Talvez a maioria dos brasileiros da classe média para cima tenha uma idéia de segregação oriunda dos Estados Unidos (até os anos 70) ou da África do Sul (até recentemente), a partir de noticiários de jornal e de TV ou de filmes de cinema, referente à segregação dos negros. Acreditamos que a maioria dos brasileiros das classes abaixo da média não tenha muita idéia do que seja segregação, pois não lêem jornal nem vão ao cinema e pouco assistem aos noticiários de TV. No entanto, essa maioria constituída pelos mais pobres sofre segregação na carne, em nosso País. É uma segregação não oficial, não formal, e que, por isso, muitas vezes os segregados dela não têm consciência.

Toda exclusão social (inclusive as não formais ou não oficiais) só é possível a partir de uma dominação, e esta é uma dominação política e, principalmente, econômica. O chamado *mercado* é o principal instrumento de dominação e exclusão econômica e quase sempre apresenta uma manifestação espacial. É portanto um instrumento de segregação. Vamos abordar aqui o mercado imobiliário.

A segregação é aquela forma de exclusão social que apresenta uma dimensão espacial. Assim, quando, no passado, nos Estados Unidos ou na África do Sul, os negros eram obrigados a ocupar somente os últimos assentos nos bondes ou ôni-

bus, ou quando havia banheiros ou WCs separados para brancos e negros, ou ainda quando havia bairros ou escolas separados para negros e brancos, esses *locais* (banheiros, escolas, assentos ou bairros) eram as dimensões *espaciais* da segregação. Neste texto, vamos nos ocupar do *espaço urbano.*

Quase não se vêem pobres e negros nos *shopping centers* de São Paulo ou do Brasil. A porcentagem de negros que se vê passeando aos domingos no Parque Ibirapuera é bem menor que a porcentagem de negros existente na população da cidade de São Paulo. Portanto há, *proporcionalmente,* poucos negros no Ibirapuera. Há segregação nos shoppings? Oficialmente não... mas o mercado se incumbe de neles implantar uma segregação de fato.

E no Parque Ibirapuera? Afinal a entrada é gratuita e não se entra no parque para comprar nada. Vamos nos utilizar desse exemplo do Parque Ibirapuera para introduzir o tema central deste texto. Trata-se de uma forma de segregação de natureza socioeconômica, em que a dimensão espacial acima mencionada é representada pelo espaço urbano. Essa é a forma de segregação da qual vamos nos ocupar aqui. Por isso, vamos chamá-la de segregação urbana, ou seja, aquela cuja manifestação espacial ocorre no espaço urbano ou, de uma forma simplificada, na cidade.

A segregação, como um mecanismo de dominação e exclusão, sempre impede ou dificulta o acesso dos segregados a algum serviço, benefício, direito ou vantagem, seja público, seja privado. Pode ser o conforto de um serviço de transportes, um bom parque, os serviços públicos ou os shoppings. A segregação espacial urbana atua por meio da acessibilidade, ou seja, por meio das facilidades ou dificuldades de locomoção no espaço urbano. Uns têm os equipamentos e serviços urbanos mais acessíveis, outros, menos acessíveis, entendendo-se acessibilidade em termos de deslocamento no espaço urbano.

Há segregação urbana nas nossas cidades? A maioria dos brasileiros certamente dirá que não. Vamos mostrar que há e como ela ocorre.

O mecanismo de mercado (no caso, o mercado imobiliário) e também o Poder Público produzem um espaço urbano (ou uma cidade) tal, que os mais pobres ficam com as piores localizações, as de pior acessibilidade (a periferia, a favela e mesmo áreas centrais, porém "fora de mão"), enquanto que os mais ricos ficam com as melhores localizações. Os transportes (públicos e privados) desempenham então um papel fundamental na acessibilidade e na segregação. Note-se que a acessibilidade raramente se mede em termos de distância. Mais freqüentemente se mede em termos de tempo de deslocamento e principalmente em termos de custo de deslocamento. Este, por sua vez, deve ser medido em termos de porcentagem sobre a renda. Assim, o custo de 1 real de uma passagem de ônibus é cinco vezes mais caro para um trabalhador que ganha R$ 300,00 mensais do que para um que ganha R$ 1.500,00, e dez vezes mais caro do que um que ganha R$ 3.000,00.

Mesmo quando moram longe (em Alphaville, na Granja Viana ou em Aldeia da Serra), os mais ricos, além de terem mais automóveis, melhores estradas e

avenidas, não só produzem rodovias e empregos próximos (como em Alphaville), como também "puxam" seus empregos, seu comércio e seus serviços para perto de si. É assim que surgem (ou surgiram) a Av. Paulista, o comércio e serviços nos Jardins, na Faria Lima, na Marginal do Pinheiros e na Av. Engo. Luis Carlos Berrini. Note-se, aliás, esta faceta perversa da segregação urbana: ao caminharem na direção dos bairros dos mais ricos, o centro da cidade (ou aquilo que se chamar de "centro da cidade"), ficam cada vez mais longe dos mais pobres (das zonas norte e leste). Há portanto duas cidades de São Paulo que não são exatamente "centro" e "periferia", mas "quadrande sudoeste" e o "resto". Aldeia da Serra e Granja Viana são, certamente, "periferia", mas estão no Quadrante Sudoeste. Este quadrante concentra a São Paulo dos mais ricos e está sendo construído há décadas.[1] Constitui uma das mais notáveis marcas da segregação urbana existente em nossa metrópole. Não é entretanto uma particularidade dela. Ao contrário, está presente não só em São Paulo, mas em todas as áreas metropolitanas e cidades médias do Brasil. No Rio ou em Belo Horizonte, são as zonas sul; em Salvador, é a zona norte; em Porto Alegre, a zona leste.[2]

Em São Paulo, o centro da cidade, entendido como a maior aglomeração de estabelecimentos de comércio e serviços, vem seguindo, histórica e fielmente, o mesmo deslocamento das classes de maior poder aquisitivo, ou seja, as classes acima da média. Transferiu-se da Rua XV de Novembro para a Rua Direita, desta para a Rua Barão de Itapetininga, desta para a Av. Paulista/R. Augusta, depois para a Faria Lima e Marginal do Pinheiros/Berrini. Dentro desse centro, desenvolveu-se uma espécie de mini-centro, exclusivíssimo, e que atende a mais alta elite da metrópole. Era, até a década de 60, representado pelas Ruas Barão de Itapetininga, R. 7 de Abril e Marconi, e hoje é representado pelo "quadrilátero de ouro" (Av. Rebouças, R. Estados Unidos, Al. Santos e Av. Brigadeiro Luis Antônio). Em outras palavras, o centro (ou aquilo que a sociedade chama de "centro") segue o mercado – o que certamente não deve constituir surpresa.

Entretanto, é curioso verificar que o serviço público, o governo, em todos os seus níveis, também se descola espacialmente segundo o mesmo caminhamento,

(1) Para orientação do leitor, alguns dos bairros que se situam nesse "quadrante sudoeste" são, começando pelos mais centrais e seguindo na direção oeste, Higienópolis, Pacaembu, Perdizes, Alto da Lapa, Alphaville. Na direção sul: Vila Mariana, Moema, Campo Belo, Santo Amaro e direção de Itapecerica da Serra. Dentro desse quadrante, estão os Jardins, Itaim, Morumbi, a região de Pinheiros, o Butantã e a direção da Granja Viana. *Atenção*: Dentro desse quadrante há bairros pobres e mesmo favelas. Também há bairros de alta classe média fora desse quadrante (Jardim Anália Franco ou Cantareira). Entretanto, em *nenhum outro local da área metropolitana* de São Paulo, há maior concentração de bairros de classe média e acima da média do que nesse quadrante. Além disso, ele concentra mais da metade das famílias dessas classes e a totalidade dos bairros de alta renda.

(2) Para detalhes, ver: VILLAÇA, Flavio. *Espaço intra-urbano no Brasil*. São Paulo: Studio Nobel, Fapesp, Linclon Institute, 1998.

ou seja, também segue o mercado. Isso é muito estranho, à primeira vista. Afinal, que o comércio e os serviços sigam as classes de mais alta renda é compreensível. Mas o Poder Público? Teoricamente o Poder Público não deveria ser guiado pelas leis do mercado. No entanto, é.

O próprio palácio do Governo do Estado de São Paulo mostra, em seu caminhamento, essa simbiose entre o mercado imobiliário, as classes de mais alta renda e o governo. Ele saiu do Pátio do Colégio, foi para Campos Elíseos, e daí foi para o Morumbi. Será que vai voltar ao "centro velho" (que agora é dos mais pobres)? O mesmo ocorreu com a Assembléia Legislativa, e com a maioria das secretarias estaduais e municipais que se deslocaram da Paulista para baixo (apenas para mencionar as do Estado: as de Economia e Planejamento, de Habitação, Meio Ambiente, Recursos Hídricos etc.), e ainda com as empresas públicas (Sabesp, Cetesb, IBGE, Prodam, CET, DSV, o Campus da USP etc.). Quantos desses órgãos estão localizados na zona leste, a mais populosa da metrópole? Será que a maioria deles vai voltar ao "centro velho", como ocorreu com o gabinete do prefeito?

Nossa sociedade construiu assim uma metrópole altamente segregada, em que a maior parte das classes acima da média está concentrada do Quadrante Sudoeste, onde, numa área correspondente a algo como 14% da área urbanizada da região metropolitana, e onde estão apenas 10% de sua população, concentram-se algo como 50 a 60% das classes média e acima da média. Para esse mesmo quadrante se deslocam os serviços (públicos e privados) e o comércio, que atendem a essas classes.

2. A Justiça

Um dos processos mais intrigantes no deslocamento do centro de São Paulo acima esboçado, o qual segue – inclusive o Poder Público – o mesmo caminhamento das camadas de mais alta renda dentro do setor sudoeste, é a permanência espacial da... Justiça! Não só ela, é verdade. Dois "setores" dirigentes de nossa sociedade permanecem no chamado "centro velho". As grandes matrizes bancárias e setores da alta finança e a Justiça.

Não há investigações científicas que permitam explicar esse fato. Há analogias, algumas aliás tenebrosas, como por exemplo o fato de ambos aqueles setores serem conservadores. Não vamos enveredar por essas tentativas de explicação, mas apenas constatar os fatos. No caso da Justiça, é impossível deixar de considerar o fato de tanto a Secretaria da Justiça, o Palácio da Justiça, a Faculdade de Direito e o Fórum João Mendes não terem abandonado o centro. Aliás, o coração do centro, o berço da cidade. Com isso, os escritórios de advocacia, em grande parte, também permanecem no centro. Menos mal. Pior seria se o Palácio se mudasse para, por exemplo, a Nova Faria Lima, e o Fórum para a Marginal do Pinheiros.

A maioria de nossa população – as chamadas "classes populares" – sofre pavorosamente com o penoso problema dos deslocamentos espaciais, ou seja, dos transportes. As regiões onde moram são de enorme extensão e as distâncias são também enormes. Não me esqueço do dia em que os funcionários do IBGE tomaram conhecimento da notícia que esse órgão iria mudar-se da R. Araújo (atrás da antiga Escola Caetano de Campo) para a R. Urussuí, no Itaim Bibi, onde está hoje. A satisfação dos funcionários graduados contrastava com a tristeza dos funcionários subalternos, moradores, em sua maioria, dos confins da Zona Leste e usuários do transporte ferroviário. Se o Itaim Bibi é uma "boa localização" para as classes média e acima da média, é péssima (se comparada com o "centro velho") para as classes populares. Como a cidade é segregada, a maioria popular mora muito longe do Quadrante Sudoeste, além de sofrer com os terríveis congestionamentos de tráfego e o péssimo serviço de transporte coletivo, principalmente os trens.

Diante da situação acima descrita, a descentralização daqueles serviços públicos que atendem diretamente o usuário é uma necessidade absoluta em nossa metrópole.

Nesse particular, a Justiça vem dando notáveis exemplos. Em primeiro lugar, não abandonou o centro. É provavelmente o único setor da Administração Pública cuja cúpula ainda permanece no centro da cidade, ou melhor, no chamado "centro velho". No centro, além da Secretaria da Justiça, ainda estão o Palácio da Justiça, o Fórum João Mendes Júnior, o Ministério Público do Estado e os Tribunais de Alçada. Se, de um lado, a Justiça mantém no centro os setores que devem ser centralizados e acessíveis à maioria da população, por outro, oferece um notável exemplo de descentralização com os Foros Regionais, instalados por toda a capital e área metropolitana.

O acesso físico aos serviços de justiça constitui assim um aspecto da mais fundamental importância, pois trata de levar a Justiça para mais perto da maioria dos usuários e não mais perto dos locais de moradia da maioria dos advogados, juízes, desembargadores etc.

Entre nós, especialmente nas metrópoles, a lei vem se transformando, cada vez mais, em um artigo supérfluo, e isso é de uma gravidade que é difícil exagerar. Os exemplos que vêm de cima não são nada encorajadores, e recorrer à lei, fazer uso efetivo dela, ter a legalidade e a ordem jurídica como norma de vida, vem se tornando cada vez mais inviável para as camadas populares. No âmbito urbano, isso é gritante. No final dos anos 80, a Prefeitura de São Paulo dizia que era "(...) possível afirmar que entre 60% e 70% dos moradores do Município encontram-se hoje em uma situação que contraria os modelos de apropriação e organização do espaço contidos nas normas jurídicas vigentes".[3] Por outro lado, "(...) uma das

[3] ROLNIK *et alii* (editores), *São Paulo, crise e mudança.* São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo/Secretaria Municipal de Planejamento/Brasiliense, [s.d.].

faces centrais da exclusão é a ilegalidade generalizada – (...) ilegalidade nas condições de moradia (favela, aluguel informal de cômodo, loteamento ilegal), ilegalidade nas relações de trabalho, ilegalidade na ação da polícia ou desconhecimento de tribunais para a resolução de conflitos, além da impunidade".[4]

Os CICs – Centros de Integração de Cidadania seguem o princípio fundamental de levar os serviços públicos, especialmente os da Justiça, para mais perto do usuário mais carente. São por isso um projeto de enorme importância.

Trata-se de um projeto arrojado, pois não é fácil levar qualquer serviço público para os longínquos rincões da periferia. Entre as dificuldades, devem ser destacadas aquelas ligadas ao fato de que a maioria dos funcionários de nível superior que vierem a trabalhar num CIC deverá morar longe da periferia, principalmente no Quadrante Sudoeste. Assim, não será fácil levar tais funcionários para trabalhar em locais que exijam deles o gasto de 3 horas diárias de deslocamento de suas casas ao local de trabalho. Além disso, tais funcionários não poderão utilizar o horário de almoço para fazer algumas compras, pois na periferia nada há o que lhes interesse comprar. Também não poderão, antes ou depois do trabalho, dar um pulinho no médico, na academia ou no dentista, ou ainda pegar os filhos na escola ou na academia de judô, pois nada disso estará próximo ao local de trabalho. Para tais funcionários, trabalhar em um CIC será extremamente penoso. Não será fácil conseguir pessoal de nível superior para trabalhar na periferia da zona leste. A luta será difícil, mas as dificuldades não poderão impedir o avanço de um projeto com o alcance social dos CICs.

Bibliografia

VILLAÇA, Flavio. *Espaço intra-urbano no Brasil*. São Paulo: Studio Nobel, Fapesp, Linclon Institute, 1998.

ROLNIK *et alii*.. editores. *São Paulo, crise e mudança*. São Paulo, Prefeitura Municipal de São Paulo, Secretaria Municipal de Planejamento. São Paulo: Brasiliense, s.d.

MARICATO, Ermínia. *Metrópole na periferia do capitalismo*. São Paulo: Hucitec, 1996.

(4) MARICATO, Ermínia. *Metrópole na periferia do capitalismo*. São Paulo: Hucitec, 1996.

7.1.3

UM PROJETO *SUB JUDICE*

MALVINA E. MUSZKAT

SUMÁRIO: 1. O paradoxo – 2. A inércia da subjetividade – 3. Conflito e violência – 4. O sistema penal em crise – 5. Justiça reparadora – 6. O Projeto CIC.

Resumo: Trata-se de uma discussão a respeito de como concepções contemporâneas baseadas no protagonismo social e na construção da cidadania podem ajudar a superar a atual crise do Judiciário. Propõe uma mudança nas práticas jurídicas tradicionais baseadas em princípios de caráter adversarial que mais estimulam do que abrandam ou previnem a violência para práticas construídas sobre uma nova lógica, a lógica do pacto que permite e estimula a resolução pacífica dos conflitos, além de restituir à Justiça sua função reguladora e produtora de cultura indicando o Projeto CIC, desde que orientado pela lógica da mediação, como modelo ideal de implantação desse novo pacto social.

Palavras-chave: Mediação – Gênero – Violência – Judiciário – Política pública – Projeto CIC.

1. O paradoxo

Nunca, tanto como nos dias de hoje, tivemos definições tão precisas e discursos tão articulados, sobre direitos humanos e cidadania. Nunca as condutas discriminatórias foram tão criticadas. Falamos em diversidade, protagonismo, liberdade, eqüidade como quem fala de princípios claros e estabelecidos. E aí vem o paradoxo: a par dessa verdadeira exaltação em torno de temas referentes à igualdade de direitos e ao uso das garantias jurídicas desses direitos, convivemos cotidianamente, com práticas individuais – dos próprios sujeitos – e coletivas, das políticas públicas e administrativas – de total desrespeito a esses mesmos valores. Em casa, no trânsito, nas escolas, nos órgãos públicos, no trabalho, vemo-nos constantemente ameaçados por situações constrangedoras de violação desses direitos, chegando a correr sérios riscos de retaliação na tentativa de invocá-los. A cada dia que passa, observamos com maior clareza o fenômeno de vermos o discurso a respeito dos princípios dos direitos humanos e da cidadania transformarem-se em mercadoria de fácil consumo, em ideologia nobre e vaga, em enfeite dissimulador dos verdadeiros contornos das práticas que se sucedem. Assistimos paulatinamente à banalização de um discurso que, apesar de, e porque, politicamente correto, é inúmeras vezes usado a serviço de finalidades menos nobres.

Como explicar esse fenômeno? Negando a intenção legítima da busca de novos paradigmas? Negando a verdade das mudanças sociais? Impondo maiores punições para combater as contradições?

2. A inércia da subjetividade

No Brasil, temos sido atingidos nas últimas três ou quatro décadas por um acelerado processo de mudanças que atinge, mais ou menos, a todos os campos da vida humana. Nos campos do conhecimento, da comunicação, do trabalho e das uniões conjugais, novos modelos, novas expectativas e novos comportamentos indicam um extenso processo de "modernização" que se tem como "imposto" a nós, gerando, por sua vez, novas regras de convívio e nova legislação, mesmo que com muitas "resistências" no domínio das suas práticas. Tomemos como exemplo o fenômeno que hoje se denomina "violência doméstica". De onde surgiram os princípios que criaram o fenômeno da violência doméstica? Quando e por que esse termo foi cunhado? Dos movimentos feministas, de uma nova legislação, das crenças sobre igualdade de direitos? E de onde teriam surgido essas crenças? A respeito dessas questões digamos que, um belo dia, sem qualquer "aviso prévio" para que pais, mães, maridos e mulheres pudessem se preparar, uma prática cotidiana e comum nas famílias, exercida há milênios no âmbito doméstico – a de espancar mulheres e filhos com finalidades "legítimas" – passou à categoria de crime. Historicamente, práticas tomadas como "naturais" assim como estas, que "funcionaram" muito bem durante longos períodos, baseadas em ideologias (poder, disciplina, respeito, educação) podem, em outro momento, repercutir negativamente na sociedade. *Por que* a mesma prática de espancar mulher e filhos antes considerada útil no sentido de "educar" teria sido convertida em um ato condenável de "violência doméstica"?

Seguramente não foi devido a uma mudança repentina de ideologia, mas a um conjunto de mudanças na história e sua ressonância nas práticas vizinhas. No caso, a politização da vida doméstica, a penetração da mulher no mercado de trabalho, o desenvolvimento de métodos contraceptivos e testes de validação de paternidade, a morte jurídica do *pater familiae*, a determinação dos direitos da criança e inúmeros outros fatores promoveram mudanças nas práticas políticas cujas conseqüências básicas: nova ética e nova legislação mudaram a cartografia do fenômeno. São inúmeras razões se constelando em torno de um evento, que geram uma série de contingências que vão engendrando novas práticas que, por sua vez, vão determinando nossas consciências dando origem a novas práticas e novos ideais, originando, finalmente, uma nova ideologia, como no caso de que *não se pode mais espancar mulheres e crianças no âmbito doméstico*. Isso prova que *justiça* ou *violência* não existem como objetos "naturais" e que convém utilizarmos esses nomes bem conscientes de que eles designam coisas bastante diferentes em diferentes épocas e que mesmo seguindo uma determinada disciplina, limites e funções esses nomes sempre podem movimentar-se livremente no interior desses limites. Assim, não devemos nos enganar e supor que família, justiça,

violência, loucura, governo, ou qualquer outro nome, sejam tratados como objetos "naturais" porque estão em constante transformação. Assim como os objetos, as subjetividades também estão em constante transformação, obrigando a nós, sujeitos, a nos adaptar a essas mudanças numa ininterrupta convivência social e subjetiva com o moderno e o arcaico, o tradicional e o contemporâneo, que habitam fora e dentro de nós. A grande dificuldade está na diferença de ritmo, de mudança entre os dois domínios: o sociocultural/histórico e o subjetivo. A dimensão sociocultural pode ser menos resistente à mudança que a dimensão da subjetividade. Muitas vezes o nosso próprio discurso guarda características do moderno que a nossa prática não consegue acompanhar, obrigando-nos a conviver, como sujeitos, com a angústia provocada pela complexidade envolvida nesse processo em que o novo e o antiquado convivem no nosso imaginário, criando, por si só, uma série de conflitos e uma pluralidade de escolhas.

Assim, também, estar na intervenção pressupõe ter idéias e ideais a respeito de determinada causa. Lemos todos os livros, dominamos todos os conceitos, procuramos nos manter atualizados sem perceber que, consciente ou inconscientemente, podemos, por longos períodos, persistir em negar as novas informações fornecidas se elas forem divergentes de nossas próprias condições de compreendê-las ou praticá-las. Assim sendo, conceitos podem não passar de desejos, o que nos obriga, constantemente, a apurar nossa escuta e a fazer a autocrítica. Por exemplo, no que se refere à dinâmica da violência doméstica não são apenas as instâncias legais que "resistem" às novas ideologias, mas vários outros grupos acadêmicos ou de intervenção, quando insistem numa lógica reducionista fixada em princípios maniqueístas de *bem* e *mal*, referindo-se à vítima e ao agressor, o que dificulta a compreensão de tão complexo fenômeno retardando a introdução de novas formas necessárias de ação.

3. Conflito e violência

No que diz respeito ao binômio conflito/violência há tempos que as práticas utilizadas para enfrentar a questão têm se mostrado ineficientes para o seu enfrentamento, considerando-se a evidente escalada do exercício da violência como forma de resolução de conflito. Tradicionalmente, na nossa sociedade, encontramos dois tipos de práticas preferenciais de enfrentamento do conflito: a negadora do conflito e a adversarial. Estas práticas apontam para uma crença do fenômeno como impeditivo do desenvolvimento pessoal e social sendo a solução ou dissolução do mesmo a meta a ser atingida.

Até onde se sabe, pelo contrário, os conflitos são aspectos constitutivos, essenciais da vida humana e da vida de relação. A diversidade de opinião, de pensamento, as disputas, as competições fazem parte saudável das relações familiares e sociais, entretanto, a maioria das pessoas tem dificuldades de aceitá-los, e de resolvê-los de forma pacífica, tanto no que se trata dos seus próprios conflitos, como dos conflitos dos outros. Em vez de negá-los, melhor seria administrá-los.

A violência, em situações de conflito só ocorre diante da tentativa de reequilibrar, por meio de uma experiência instantânea de triunfo, um sistema psíquico ameaçado subjetivamente de aniquilamento. Indivíduos com baixos níveis de tolerância, falta de autoconfiança suficiente para enfrentar frustrações adultas, procuram por meio do ato violento resgatar alguma "dignidade". Mesmo que de forma fugaz, aquele que pratica a violência convive com uma sensação de grandiosidade por meio da humilhação da sua vítima e sua subseqüente submissão. O ato violento transforma o *ofendido* em *ofensor* alterando, provisoriamente, sua posição. É principalmente nas relações de intimidade ou de proximidade, como por exemplo entre família, vizinhos, colegas, parceiros profissionais, que as disputas decorrentes de conflitos são mais freqüentes e comuns, gerando mútuos ressentimentos que podem desencadear reações de extrema violência. Assim, por paradoxal que possa parecer, os crimes contra a vida são praticados mais especialmente contra pessoas íntimas ou conhecidas enquanto que os crimes marcados pelo anonimato são, geralmente, crimes contra o patrimônio.

Conclui-se que a violência não é uma conseqüência necessária ou eficiente de resolver um conflito, apenas o testemunho da dificuldade de conviver com necessidades diferentes e encontrar soluções pacíficas.

A escalada da violência tem sido um fenômeno de dimensão global e de expressão regional. Exige políticas públicas de intervenção, relativas aos seus múltiplos determinantes sociais, políticos e econômicos, mas comporta também questões psicossociais que não devem ser subestimadas. No momento atual de agravado *stress* socioeconômico e transição cultural, a família ocupa uma posição de destaque como unidade de cuidado e como unidade a ser cuidada. É importante compreender que a família e a rede comunitária próxima são o *locus* de transmissão intergeracional dos valores e da cultura, ou seja, da estruturação do mundo simbólico do sujeito e da perpetuação ou mudança de padrões psicossociais. Torna-se, então, fundamental para o aprimoramento da qualidade do tecido social, dar-se condições e apoio para que a família e a comunidade sejam capazes de enfrentar positivamente os conflitos e situações de tensão agravada, de modo a permanecer desempenhando sua função de cuidar dos seus diferentes membros, dando-lhes condições de desenvolvimento e diferenciação. A necessidade de mudança nas práticas em torno da prevenção e abrandamento da violência nos dias atuais é condição prioritária para atingirmos algum sucesso. As nefastas manifestações sociais vigentes merecem ser interpretadas como um apelo da sociedade para que uma nova perspectiva sobre as relações pais-filhos, indivíduo-sociedade, tenha que ser pensada.

Equívocos gerados por esse complexo dinamismo entre registros tradicionais, baseados em princípios reducionistas, e registros contemporâneos, que contemplam a multiplicidade dos fenômenos humanos e sociais, têm, seguramente, influenciado a construção de políticas públicas interferindo nos resultados exitosos de sua aplicação.

Utilizando novamente o exemplo da violência doméstica, podemos citar alguns desses equívocos que têm, seguramente, retardado a prevenção e o abrandamento do fenômeno:

1. supor que a violência doméstica é uma questão *da* mulher para ser resolvida *pela* mulher, de pouca importância no contexto social mais amplo;

2. supor que cabe às instituições apoiar apenas as mulheres como vítimas e aos homens aplicar apenas as leis e medidas punitivas.

Observa-se, empiricamente, que o impacto da violência doméstica além de atingir a todos os membros de uma família, inclusive o agressor, atinge a toda a sociedade seja pelo custo social seja pelo custo material que ela representa.

4. O sistema penal em crise

É bem verdade que leis não nos faltam. Aliás, é uma tradição na nossa sociedade criar leis cada vez mais severas, penas mais duras, para combater os males que nos afligem. Sabemos que a saída não é por aí, até porque elas nem são devidamente aplicadas. Para cada lei desrespeitada cria-se uma nova lei. Mas o direito penal tem efeito de tranqüilizante: ilude e acalma o povo, aliviando temporariamente a dor sem qualquer efeito terapêutico. É assim que a justiça tem contribuído para o bem-estar da sociedade, desmoralizando inúmeras vezes, mais do que garantindo, a construção da cidadania. Assim é que, apesar da legislação atual vigente em relação à *violência doméstica* ou aos *direitos humanos*, por exemplo, esta será aplicada sempre, quando e na forma, que as circunstâncias lhe forem favoráveis.

Esses dados ilustram o *paradoxo* que vimos enfrentando e que decorrem do que chamamos da *inércia da subjetividade*. A par da aceitação do fenômeno da "violência doméstica" ter sido cunhado e reconhecido como tal, assistimos a práticas que expressam crenças muito mais próximas da lógica tradicional de bater a fim de "educar" do que da lógica contemporânea de que é proibido bater. Expressões tais como "vai ver que ela mereceu...", "ela me provocou para isso...", "eles acabam se entendendo...", "daqui a pouco estão juntos de novo..." comprovam essa hipótese. São casos considerados "infrações de menor potencial ofensivo", regidos pela Lei 9.099/95, cujo cunho eminentemente "consensual" permite uma certa confusão com a idéia de "trivial". Se tratada por profissionais pouco familiarizados com a gravidade do fenômeno e de suas conseqüências, que não considerem a violência doméstica como uma doença social pode, inadvertidamente, contribuir mais com o incremento do que com o abrandamento do fenômeno. Outras instâncias, cuja participação e responsabilidade social podem ser consideradas louváveis também incorrem em práticas que corroboram com a minimização da problemática. Por exemplo, instâncias envolvidas nas questões da criança e do adolescente, cuja preservação dos direitos está tão em voga, ainda não se detiveram na análise a respeito de como famílias violentas fabricam jovens violentos. A exposição de crianças à violência intrafamiliar, (segundo pesquisas quantitativas americanas), é responsável pelo chamado "ciclo da violência intergeracional", que corresponde à reprodução da violência na adolescência e na idade adulta, tanto no âmbito da família como da sociedade. Na nossa população isso ocorre na maioria quase absoluta dos casos e é esse ciclo que deveríamos interromper.

Por detrás de cada criança desajustada deve-se buscar uma família. A desorganização emocional do grupo familiar tem conseqüências graves no nível das relações humanas revertendo-se num alto custo social. Não devemos nos iludir, a cidadania nasce da porta da casa para dentro e não da porta da casa para fora.

O fato é que a violência e a desigualdade estão na base das próprias instituições. Suas raízes fazem ainda parte do imaginário e permeiam as práticas e a cultura e é nisso que precisamos investir; na mudança das mentalidades, na desmistificação das premissas sobre as quais as políticas se apóiam, na busca de uma justiça mais reparadora e menos punitiva, na conscientização dos significados, e na garantia de um projeto político consistente.

Buscando atender às novas realidades, nós, da PMFC, procuramos um método que servisse de ferramenta política, cuja prática fosse coerente com a cartografia contemporânea da dinâmica social e atendesse àquelas bonitas palavras que citamos no início do texto, tão em voga nos discursos atuais. Um método que permitisse superar o paradoxo da justiça de eleger o indivíduo, sua vida, sua liberdade como elementos fundamentais a serem preservados e se apoiasse nos mesmos princípios para exercer um poder ilimitado sobre sua vida.

5. Justiça reparadora

A garantia do direito à justiça é o princípio básico da construção da cidadania. Sua presença nas várias instâncias da vida humana outorga aos sujeitos o poder de exercer sua liberdade individual sem ferir os direitos da comunidade. Como parte da totalidade dos meios existentes para implementar e manter os diferentes poderes de forma efetiva precisa estar ao alcance de qualquer pessoa sem discriminação de classe, sexo ou raça.

Nesse sentido, pode-se dizer que, nos dias atuais, o Estado tem sido o maior violador dos direitos humanos quando se revela incapaz de corresponder plenamente às necessidades de um enorme contingente de sujeitos das camadas mais pobres da sociedade para quem a justiça perdeu a função de regulador e produtor de cultura para transformar-se num mero instrumento de proibição e punição. Devido a um funcionamento segmentado, pouco amigável, autoritário e lento, criou-se um enorme distanciamento entre Estado e cidadania, abrindo possíveis espaços para o crime organizado.

A redemocratização do Poder Judiciário pressupõe o resgate de sua função operante nas relações sociais por meio de sua capacidade de comunicação com a população a quem serve. Requer uma política de descentralização com a criação de espaços multidisciplinares e a participação das lideranças comunitárias. Nesse contexto é que se identifica uma nova prática que se abre, verdadeiramente, para a profunda convicção contemporânea baseada na autodeterminação e responsabilidades pessoais: a prática da mediação.

A concepção da mediação se construiu sobre a atual dinâmica das relações indivíduo-sociedade que, fugindo das práticas tradicionais de evitar o conflito

ou tratá-lo de forma adversarial, inaugura um novo pacto social. Propõe a introdução de uma lógica positiva que, admitindo a existência do conflito, representa o triunfo da cultura do pacto sobre a tradicional cultura adversarial de uma justiça autoritária e distante, que nega os conteúdos pessoais e emocionais dos distintos atores que constituem o cenário dos conflitos entre diferentes poderes. Propõe uma forma relacional que, emergindo da comunicação entre as partes, cria um clima de cooperação que permite desconstruir e reconstruir as narrativas no decorrer de um processo, criando possíveis níveis de compreensão e reparação entre as partes. Partindo do princípio de que o poder, seja entre a justiça e a sociedade, seja entre pessoas físicas em litígio, conserva uma interdependência, tal como são interdependentes os recursos das partes, devolve o protagonismo aos sujeitos e promove a eqüidade.

6. O Projeto CIC

O Projeto CIC implantado pela Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania por meio de seu então secretário, Dr. Belisário dos Santos Jr., propôs uma revolução na Administração Pública da cidade de São Paulo. Buscando articular diferentes órgãos responsáveis pela distribuição da Justiça, nos bairros mais periféricos de São Paulo, assumiu o dever e a prática de oferecer *também* à população de baixa renda o direito ao exercício da cidadania e aos agentes públicos uma oportunidade de desenvolverem, na relação com os usuários do serviço, práticas coerentes com o discurso contemporâneo. Visando uma aproximação entre a população e a justiça, o Dr. Belisário tinha como meta redemocratizar o Judiciário. Convidando a Pró Mulher, Família e Cidadania (PMFC) para participar da implantação desse projeto, o Dr. Belisário demonstrou seu desejo de buscar garantir, por meio da lógica da mediação, o triunfo da cultura do pacto sobre a cultura adversarial. A utilização da mediação provou-se capaz de oferecer, no nível individual e coletivo, a oportunidade de se usufruir uma justiça reparadora que facilitava a ressocialização dos indivíduos oferecendo-lhes soluções alternativas à prática da violência, além de propiciar, entre os agentes públicos e a população, uma nova forma de relação.

Este projeto sugeria um novo modelo de gestão pública para o qual o Estado ainda não estava preparado e não soube reconhecer sua importância. A opção pela lógica da mediação que apontava para a valorização do ser humano, superando o modelo típico de nossas políticas sociais que ainda conservam o ranço patriarcal do autoritarismo disfarçado em paternalismo, esbarrou na inércia da subjetividade institucional. Apesar disso, tivemos tempo de estimular a participação da comunidade no gerenciamento dos problemas individuais e coletivos por intermédio do estímulo ao engajamento e à responsabilidade social, dinâmica que impera até hoje nos primeiros centros criados, ou seja, aqueles que sofreram a influência direta da nossa participação.

Infelizmente, a idéia de inaugurar uma nova prática institucional no campo do Judiciário, de lançar um olhar menos anacrônico e menos perverso do que aquele que tem direcionado as políticas públicas em geral, foi abruptamente inter-

rompido. Mais uma vez, os nossos órgãos governamentais demonstraram seu despreparo na avaliação do impacto prático e político desse projeto, sem dúvida revolucionário. Nossos parceiros naquele momento falharam na percepção da dimensão democrática da co-gestão, no reconhecimento da figura do cidadão participativo contidos no projeto. Vale dizer que o fizeram após investir durante dois anos na sua implementação e apesar dos sucessos obtidos (vide artigo no *Boletim do IBCCrim* de junho de 1999, "CIC: mediação de conflitos e democratização do Estado").

Felizmente, apesar dos prejuízos, uma semente foi plantada. Os CICs sobreviveram e, com eles, a esperança na redemocratização do Judiciário e no êxito da mediação.

7.1.4

O CENTRO DE INTEGRAÇÃO E CIDADANIA: experiência e esperança

SYLVIA LESER DE MELLO

Resumo: Descrevem-se, aqui, algumas das peculiaridades das condições de vida das populações mais pobres e mais afastadas dos centros urbanos, reafirmando a importância dos CICs, suas funções evidentes e outras nem tão evidentes.

Palavras-chaves: Carência – Presença do Estado – Legitimidade – Democracia.

Conhecer o Centro de Integração e Cidadania do Itaim Paulista foi uma surpresa agradável: um local simples, equipado para prestar à população serviços importantes na área do direito, mas não só: um posto policial com características de polícia comunitária, cartório, um posto para obtenção de documentos, um posto de informações sobre trabalho. O espaço do CIC funciona ainda como local de reunião para grupos da comunidade: jovens, mulheres, associações de moradores. Surpreende encontrar, tão bem organizado, um centro com essas características, e tendo como razão de sua existência os habitantes da região leste, uma outra cidade dentro da cidade de São Paulo. Depois da visita, duas perguntas são obrigatórias: por que os CICs não são mais conhecidos, ou sua existência melhor divulgada, e por que não se reproduz uma instituição tão necessária por toda a grande São Paulo?

Sou professora universitária e trabalho, há muitos anos, com questões ligadas às histórias de vida, condições de moradia e experiências de trabalho das populações pobres que habitam a periferia da cidade de São Paulo. Talvez o conhecimento que esses anos todos me proporcionaram ajude a avaliar, sem romantismo, o papel que os CICs podem desempenhar em regiões tão populosas como aquela da zona leste onde se localiza o centro que visitamos. A distância dessas áreas em relação aos centros administrativos da cidade é muito grande, mesmo quando medida em termos de locomoção por automóvel, o que não caracteriza o modo habitual de deslocamento da população que as habita. A intenção declarada de implantar essas pequenas células do Estado na periferia, por meio dos CICs, é um reconhecimento de que imensas regiões, densamente habitadas, não têm acesso à Justiça e a serviços similares. Essa intenção demonstra, também, o reconhecimento de que a Administração centralizadora não tem mais como ser eficiente nesta grande metrópole.

Acrescento o sem romantismo porque não acredito que existam soluções únicas e instantâneas que possam reverter o abandono a que foram deixadas aquelas populações e o mal disfarçado olhar de desprezo que a sociedade sempre lhes votou. Os CICs só virão a ocupar um espaço definitivo na construção de direitos, quando a população senti-los como próprios e adequados às suas necessidades e, para tanto, seus profissionais estiverem dispostos a conhecê-las.

A idéia da cidadania estendida a essas populações é muito recente: na sua grande maioria, os habitantes das zonas periféricas da cidade são de origem rural, tangidos para a cidade pela miséria, pela fome, pela falta de trabalho, pela ausência de qualquer oferta de serviços de educação, de saúde, de justiça. Assim sendo, a própria idéia de ter direitos é, para eles, uma idéia nova, que só foi, ainda que parcialmente, assimilada pela geração dos mais jovens, já nascidos e criados em São Paulo. Não é, pois, de estranhar que a solução dos conflitos seja feita à margem da lei e, às vezes, de modo violento. Mas, mais freqüentemente, são os próprios agentes do Estado que recorrem à violência e não reconhecem a cidadania nas populações mais pobres, revelando ignorância e preconceitos no trato com elas.

Tomando em conta o gigantismo da cidade, seu crescimento sem controles e sem planos, não é de estranhar que alguns serviços elementares, destinados à inserção positiva dos moradores ao meio urbano, não se façam visíveis: locais para obter documentos – carteira de identidade, carteira de trabalho, título de eleitor – cartório para registrar nascimentos, casamentos, óbitos; ajuda para resolver pequenas questões de direito e de legitimidade que, se não resolvidas no âmbito do diálogo e da discussão, podem tomar formas extremadas e violentas de solução.

É preciso considerar que a distância que separa as periferias dos centros de poder não é apenas espacial. Se assim fosse, acredito que bastaria a reprodução dos CICs para resolver grande parte dos problemas de violência e de violação dos direitos que hoje vemos ocorrer em São Paulo. Aliada à distância espacial o Poder Público tem mostrado uma certa incapacidade de compreender os parâmetros nos quais se baseiam as perspectivas de vida dos moradores: hábitos, costumes e regras construídos a partir de suas histórias familiares e das trajetórias pessoais. Crescer e morar no Itaim Paulista é muito diferente de crescer e morar no Itaim Bibi. Claro que estou dizendo o óbvio. No entanto, o óbvio não é tão aparente e, para que tomasse forma na atuação dos agentes do Estado, seria preciso extrair-lhe todas as conseqüências, pois não há como negar o desconhecimento, o desrespeito e as incompreensões que vêm marcando as relações do Estado com as populações mais pobres, cujo pleno pertencimento à cidade sempre é posto em questão. A nossa visita ao CIC nos mostrou como, ao lado do juiz, que se assenta numa roda com os usuários do centro e conversa à vontade, revelando empenho na realização das suas funções, tínhamos o membro do Ministério Público, que não só evitou sentar-se conosco, mas demons-

trou, por gestos e palavras, que não estava à vontade naquele lugar, com aquelas pessoas e cumprindo aquele papel. Observando essa reação, parece importante notar que não é suficiente o estudo do direito para incorporar e tornar significativa a experiência dos CICs para os seus usuários: o encontro entre a população local e os representantes do Poder Público, quer sejam juízes, promotores, delegados ou policiais, tem que se dar a partir do reconhecimento do outro como sujeito pleno de direitos e no nível da igualdade, garantida pela Constituição. A experiência centenária de humilhação das classes subalternas, que acompanha os contatos com o poder, ou com os poderosos (qualquer ocupante de um cargo público, ou portador de um diploma, é visto assim por aqueles que dependem dele e de sua boa vontade), não é esquecida por decreto. Construir uma relação de confiança mútua é um trabalho necessário, de paciência e constância, que deve ser constantemente reavaliado pelos seus participantes: profissionais e população.

A começar por este apodo obrigatório que estigmatiza o nosso tão sofrido povo pobre: o "carente". É preciso não confundir a falta de trabalho, a precariedade da moradia e outros índices dessa natureza com o conteúdo preconceituoso, quase infamante, da palavra "carente".

De que "carecem" as populações desses grandes centros de vida urbana? "Carecem", a meu ver, de formas positivas de inserção na sociedade: trabalho, educação, informação, respeito e reconhecimento da sua cidadania. Esse carecimento constitui uma imensa dívida da sociedade e não deveria assumir a forma da benemerência e nem depender da boa-vontade dos governantes. Estamos falando de direitos. Talvez seja essa a primeira lição que os profissionais da Justiça, que vão prestar serviços nos CICs, devam aprender. É evidente que não só os profissionais dos CICs precisam dessa aprendizagem: os médicos dos postos de saúde, as professoras das escolas públicas, os assistentes sociais, os psicólogos, os policiais, delegados e outros agentes também necessitam dela. Mas esses profissionais estão há muito mais tempo trabalhando com as classes subalternas e foram obrigados a aprender com elas. Já os profissionais do direito não. Sua distância em relação aos problemas que afligem aquelas populações é maior. Há grande dificuldade para compreender costumes e visão do mundo mais próximos da solução de necessidades imediatas e pragmáticas.

Um exemplo simples é o da informação: onde e como tirar documentos, quais os documentos necessários para se obter uma carteira de trabalho, como obter uma certidão de nascimento de Pernambuco, Minas, Bahia, onde encontrar ajuda legal em caso de necessidade, e outras dificuldades semelhantes.

Como bem salientam os criadores dos CICs, é o desafio dos problemas cotidianos das camadas mais pobres da população que se tem de aprender a enfrentar. Mas só podemos fazê-lo *com* elas e não *por* elas. Para essas vidas que se assentam, mais do que comumente, na precariedade econômica e social, na ausência de

empregos estáveis e de vínculos institucionais, muitas dificuldades podem ser superadas com um mínimo de ação do Estado: não ter que tomar condução para tirar um documento pode representar um alívio que temos dificuldade para compreender. Porém, o dinheiro poupado serve para o passe escolar ou para o remédio, tão urgentes quanto o documento obtido. Uma boa parcela dos dramas que enfrentam, que lhes desorganizam ou amarguram profundamente a vida e, às vezes, a inviabilizam, poderia ser amenizada com ações mínimas do Estado. Não é justo pretender que resolvam sozinhas dificuldades que transcendem muito suas possibilidades de atuação ou são frutos de centenas de anos de exploração e descaso.

Não quero dizer que suas vidas estejam imersas no imediato ou que seus problemas sejam apenas problemas materiais. Pelo contrário. Tomando em conta a dureza que enfrentam para poder subsistir, só podemos constatar que possuem uma força extraordinária para enfrentar o sofrimento: talvez até se explique assim uma forte religiosidade que nem mesmo a multiplicação das seitas consegue diminuir. A sinceridade com que se entregam aos cultos e a solidariedade que brota espontaneamente quando alguém está ainda mais necessitado são admiráveis.

Mas, ao lado da crença religiosa, há outras: ainda que a realidade seja dura, acreditam que a cidade pode lhes trazer um futuro melhor e melhores condições de vida para os filhos; por mais penoso que seja o fracasso da escola no preparo das crianças e dos jovens, crêem que ela é a esperança mais concreta de obter um futuro mais promissor; conhecendo alguns dos lugares que a cidade oferece para os que vieram do campo, ficamos imaginando quais não seriam as condições de vida lá, para que estas aqui pareçam tão aceitáveis. E reconhecendo tudo o que escola poderia fazer, mas não faz, pelos jovens e pelas crianças e sabendo o que a vida urbana poderia proporcionar mas qual o lugar que, de fato, lhes reserva dentro dela, podemos ver a dimensão da esperança que lhes permite tocar a vida, apesar de tudo.

Assim, os moradores dos subúrbios ou das periferias não "carecem" de humanidade. Nem "carecem" de um olhar compassivo e bondoso que lhes conceda um lugar na cidade dos homens. É necessário, urgentemente, reconhecer-lhes, de fato, a igualdade de direitos perante a lei. Os CICs, se disseminados, podem tornar-se aliados poderosos nesse processo. Mas não sem dificuldades.

Apenas como um exemplo das dificuldades, seria preciso enfrentar a questão da juventude. Os jovens são muito numerosos nos bairros mais pobres. O que não seria nenhum problema numa sociedade eficazmente envolvida na promoção da justiça social, na diminuição do abismo que separa as classes sociais, na oferta de educação e trabalho. A cidadania não floresce no pântano da brutal desigualdade: os nossos jovens, mal preparados pela escola, quando a fazem, e vivendo uma situação de falta de ocupação – já nem se fala mais em emprego –, vivendo a situação paradoxal de consumidores sem renda, mas assediados pelo apelo das mercadorias, tornam-se muito vulneráveis às ofertas marginais de obtenção de ganho. O morticínio de jovens, em São Paulo, entre 15 e 25 anos é uma epidemia. Quem freqüenta os bairros onde mora a população mais pobre constata facilmen-

te a ausência de ocupação dos jovens que são encontrados em grupos, nas esquinas, nos bares, ou, simplesmente, encostados nos muros "num ócio infinito".[1] Desafio para os CICs: como tornar o Centro um espaço confiável para os jovens com problemas familiares ou que estejam tendo suas primeiras aventuras na ilegalidade? Seria possível encontrar uma forma de ajudá-los a encontrar trabalho?

Não desejo me alongar descrevendo todas as formas da esperança que a visita ao CIC me despertou, mas não posso me furtar a descrever mais uma face da esperança.

Se uma das idéias básicas dos idealizadores dos CICs era estabelecer uma co-gestão da população usuária, não basta instalar o local. Como já disse, há dois momentos de criação: ao momento oficial deve seguir-se o processo de criação do CIC pela comunidade. Isso significa não só "oferecer" serviços, mas decidir, com o apoio e a participação da comunidade, as prioridades, a definição de objetivos e a avaliação dos serviços que o CIC está prestando.

Uma democracia, como a nossa, que se instala numa sociedade profundamente injusta, constitui um paradoxo ao negar um dos princípios fundamentais para a sua realização: a igualdade. Sabemos que a igualdade não é algo dado, mas conquistado. É fruto de lutas que se travam em todos os setores da sociedade e que mesmo uma sociedade de tradição democrática não está livre delas. Um dos requisitos necessários da democracia é a garantia de liberdade de pensamento e palavra, mas para que esta se manifeste é preciso que exista um espaço onde os cidadãos possam se manifestar e serem ouvidos. Trata-se do espaço público,[2] um espaço em que iguais se proponham a discutir ou no qual esteja em causa o bem comum. Parece-me que, numa sociedade de massas, esses espaços seriam como ilhas de igualdade abertas aos cidadãos, onde pudessem falar e ouvir, concordar e discordar, tomar decisões sobre problemas coletivos, gerando, dentro de um cotidiano pesado e difícil, um lugar em que a reflexão sobre alguma coisa que transcende os problemas pessoais tenha ocasião de ser experimentada. Os CICs podem constituir esses espaços, transformando-se em verdadeiras escolas de cidadania para quem nunca teve qualquer oportunidade de praticar a democracia.

(1) Expressão usada por Maria Helena Patto para caracterizar a experiência de jovens nos bairros populares, rejeitados pela escola, sem lugar em casas pequenas demais, sem lugar para a prática de esportes e assim por diante: PATTO, Maria Helena. *A produção do fracasso escolar*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1990.

(2) ARENDT, Hannah. *A condição humana*. São Paulo: Forense Universitária, 1981.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

8.1.1

INVESTIGAÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA

***Habeas corpus.* Constitucional e processual penal. Representante do *Parquet* (CF, art. 129). Realização direta de procedimentos investigatórios. Não cabimento. Polícia (CF, art. 144, § 1.º, IV). Orientação do Pretório Excelso.**

Ementa: O Ministério Público, como dominus litis, *é o verdadeiro destinatário das investigações preparatórias da ação penal, cabendo a operacionalização das mesmas, de forma exclusiva, pela Polícia Judiciária (CF, art. 144, § 1.º, IV).*

"(...) Pode o Ministério Publico, portanto, presentes as normas do inc. VIII do art. 129 da CF, requisitar diligências investigatórias e requisitar a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. As diligências e a instauração de inquérito policial deverão ser requisitadas, obviamente, à autoridade policial" (STF – 2.ª T., RE 215.301-CE, rel. Min. Carlos Veloso, DJU 28.05.1999, p. 1.303, Informativo-STF 145).

Diante da falta de atribuição legal ao Ministério Público Federal para promover diretamente atos investigatórios, há que ser reconhecida a ilegalidade das provas coligidas, sob pena de violação ao princípio do due process of law.

Habeas corpus *concedido.*

HC 99.02.07263-1-RJ – 5.ª T. – TRF 2.ª Reg. – j. 08.11.2000 – rel. Des. Federal Fernando Marques – rel. p/ o acórdão Des. Federal Benedito Gonçalves – *DJU* 15.03.2001.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos, decide a 5.ª T. do TRF 2.ª Reg., por maioria, conceder a ordem, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 8 de novembro de 2000 (data do julgamento).

COMENTÁRIO

Os eminentes juízes do TRF 2.ª Reg., aliás desembargadores federais, têm proporcionado, como no caso em comentário, certa perplexidade no espírito de quem lê seus acórdãos, principalmente quando a leitura se faz no órgão oficial, *Diário da Justiça*, que publica as decisões dos diversos Tribunais Regionais. Então, o leitor desavisado acha esquisito que os juízes do Tribunal da 1.ª Reg. se chamem juízes mesmo, como está na Constituição, com isso podendo dar a impressão de que talvez ocupem categoria jurisdicional inferior, enquanto os juízes,

aliás desembargadores federais, do Tribunal da 2.ª Reg., têm denominação diferente, ou autodenominação própria, hipótese última que sugere uma certa liberdade com a lei da parte de seus aplicadores.

O exemplo vem sendo seguido. "Os juízes do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) do Maranhão resolveram autodenominar-se desembargadores federais do Trabalho", noticiou o *Jornal do Brasil* no dia 17.10.2002, dizendo mais o seguinte: "A comunicação foi feita à presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), que mandou cópia do documento ao Procurador-Geral da República, para que providencie a anulação da modificação regimental. Segundo o STF, o ato fere a Constituição e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional".

Isso me faz lembrar fato semelhante, que, ainda estudante, me intrigava sobremaneira, ao ler revista jurídica. Encontrava em acórdãos de um dos Tribunais Regionais do Trabalho (por coincidência, do sediado também no Rio de Janeiro) a designação desembargador (sem o "federal"), dada a seus juízes em seus votos.

Certamente para reprimir e prevenir abusos, o legislador constituinte houve por bem incluir nas Disposições Gerais e Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil (EC 1, de 1.º.10.1969), art. 193, § 1.º, que "o título de desembargador é privativo dos membros dos Tribunais de Justiça; o de juiz, dos integrantes dos Tribunais inferiores de segunda instância e da magistratura de primeira instância".

Acredito que esteja ainda em vigor, vez que normas constitucionais caducas, segundo muitos anos atrás li em livro de cujo nome não mais me recordo (acredito que se trata de uma obra de direito administrativo), permanecem como lei ordinária, enquanto não revogadas regularmente. De outro modo poderia haver abusos. Conselheiros de Tribunal de Contas Estadual poderiam, contrariando a cabeça do dispositivo constitucional citado, se autodenominarem Ministros. E não pegaria mal se árbitros do campeonato nacional de futebol se autodenominassem juízes federais. Tanto mais que são popular e tradicionalmente chamados de juízes.

Não é que seja um despropósito a designação ilegalmente adotada por juízes de alguns Tribunais Regionais Federais. Muito antes, pelo contrário. Ela, porém, deve ser dada pela via adequada, a legislativa. E, quer-me parecer, por norma constitucional. E nesse caso, não haveria o legislador de esquecer-se dos juízes dos conceituados Tribunais de Alçada, igualmente merecedores do título, nem também dos dignos juízes que integram as juntas recursais dos Juizados Especiais, certo que também julgam em segundo grau jurisdicional, com zelo, segurança e dedicação exemplares. Sem falar nos igualmente dignos juízes dos Tribunais de Justiça Militares, que até já fazem jus à denominação de desembargadores militares, por pertencerem a um tribunal de justiça, o Tribunal de Justiça Militar.

2. O tema versado no acórdão é polêmico, havendo várias decisões, de diversos tribunais, em outro sentido. O acórdão mesmo, aliás, deixa ver isso, vez que não foi por votação unânime. Pelo menos um juiz ficou vencido. Pena não se

tenha feito um resumo de seu voto, cujo teor nos é desconhecido. Votos vencidos muito freqüentemente espelham um melhor entendimento. Merecem, por isso mesmo, publicados.

Os comentários aqui desenvolvidos, não seria preciso dizer, baseiam-se nas conclusões do acórdão postas na ementa acima transcrita, ignorados que nos são os fundamentos da decisão e do voto vencido. De qualquer modo, são insustentáveis certas conclusões do acórdão, como já se verá, afastando-se aqui qualquer consideração que envolva a decisão citada do C. STF, vez que se desconhecem os termos e fundamentos do voto do insigne e seguro relator, não se sabendo sequer se conheceu ou não do recurso julgado.

3. Assim é que, logo de início, já vem o enunciado da decisão em comentário com a falsa tese do "não cabimento (CF, art. 144, § 1.º, IV)" da "realização direta de procedimentos investigatórios" pelo Ministério Público.

Antes de maiores indagações, urge lembrar que todo mundo pode investigar.

Independentemente de permissão legal para fazê-lo, a imprensa pode e investiga, e o particular *idem*. De sua vez, até porque gozam para tanto de autorização legal em certos casos, o Legislativo pode, o Ministério Público pode (e aqui não estou pensando no inquérito administrativo de que cuida a Constituição, mas em investigações referentes a infrações penais praticadas por membros da instituição), e até mesmo o Judiciário também pode. Todo mundo pode!

Em nosso direito o juiz, com efeito, pode e faz. Não só em certos casos particulares, como os de crimes de magistrados. Faz até *inquérito*, o chamado inquérito judicial, de que trata o Código de Processo Penal. Muito mais do que isso, investigação era a rotina dos juízes em todo o País no procedimento sumário do art. 531 do Código de Processo (o notável José Frederico Marques via nele atos investigatórios praticados pelo juiz), incrementada com a abrangência, pela agora revogada Lei 4.611/65, dos homicídios e das lesões corporais culposas, feijão-com-arroz da Justiça Criminal. Isso só deixou de vigorar cerca de duas décadas atrás, por inconstitucionalidade não da atuação do juiz, mas do procedimento de ofício. Ainda ultimamente, com relação ao crime organizado, foi editada Lei 9.034/95, cujo art. 3.º outorgou ao juiz poderes instrutórios na fase de investigação, não tendo ainda sido declarada a inconstitucionalidade de que, segundo um entendimento, se revestiria.

Por que, então, não poderia fazê-lo o Ministério Público, cuja função típica é a da promoção da ação penal pública, a exigir, de modo geral, investigações prévias?

Pode o *Parquet* investigar fatos não só porque, como já se decidiu, isso se inclui no poder mais amplo de fiscalizar a correta aplicação da lei; nem igualmente apenas porque, como também se tem entendido, isso decorre da faculdade, hoje já na Carta, de "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial" (CF, art. 129, VIII); mas também, e principalmente, porque, como também já se decidiu, cabe-lhe privativamente promover a ação penal

pública, visto que, para tanto, necessita seja apurado, e bem e corretamente apurado, o fato delituoso e sua autoria.

O velho Código de Processo Penal, aliás, nos dá um excelente exemplo de investigação direta, que ele próprio autoriza, ao preceituar no art. 47 que, "se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los".

Ora, o particular investiga, para tanto não carecendo de autorização legal, exatamente no interesse de promover a ação penal, de assistir o Ministério Público, ou de fazer sua própria defesa. Tenho uma cliente, assistente do Ministério Público em um determinado processo, que investigou e descobriu testemunhas excelentes que a polícia ignorava, indicando-as à autoridade policial ou ao Ministério Público, além de haver descoberto um antecedente policial muito importante, obtendo a esse respeito documento oficial que fez juntar aos autos. Um outro obteve uma absolvição sumária graças à testemunha ocular que ele próprio descobriu em investigação pessoal que seus 83 anos de idade não lhe impediram.

Eis aí o principal fundamento do poder de investigar do Ministério Público: o seu poder-dever, privativo e indeclinável, de promover a ação penal pública. Nem precisaria ter atribuição legal para promover diretamente atos de investigação, o que até poderia implicar a transformação de uma faculdade em dever.

Se é inegável que pode investigar, isso não significa, entretanto, que o *Parquet* poderá fazê-lo mediante *inquérito policial* – função da polícia, como o próprio nome indica, e que compreende poderes que ele não tem, como o de ordenar busca e apreensão, mandar intimar testemunhas –, a não ser excepcionalmente, e em caráter supletivo, como modalidade de controle externo da atividade policial, se a tanto autorizado por lei orgânica. E leis orgânicas estaduais há que autorizavam ou autorizam a avocação de inquérito ou, quando outras medidas resultarem ineficazes para a apuração do fato delituoso, a assunção da presidência de inquérito.

4. Dizer, porém, como fez o acórdão, que cabe a operacionalização das investigações preparatórias da ação penal, "de forma exclusiva", à Polícia Judiciária (CF, art. 144, § 1.º, IV), é, *data venia*, um tremendo equívoco.

Não existe, com efeito, a imaginada exclusividade.

Em primeiro lugar porque o texto constitucional citado, além de não estabelecer, como ainda se verá, nenhuma exclusividade para investigações, cuida de exclusividade para o exercício de funções de *Polícia Judiciária da União* tão-somente, não incluídas, portanto, as de Polícia Judiciária dos Estados, exercidas pelas Polícias Civis, pelo que há na afirmativa uma generalização indevida, isto é, extensão às Polícias Civis do que a Constituição estabelece para a Polícia Federal.

Era o que, aliás, já se podia extrair da Lei 5.010, de 1966, art. 65: "A polícia judiciária federal será exercida pelas autoridades policiais do Departamento

Federal de Segurança Pública, observando-se no que couber as disposições do Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro 1941), da Lei 4.483, de 16 de novembro de 1964 e demais normas legais aplicáveis ao processo penal". Quer dizer, a outros órgãos policiais da União, como a Polícia Rodoviária, não incumbe o exercício da Polícia Judiciária Federal.

Nas palavras de Marcellus Polastri Lima, a "Constituição Federal não dá às Polícias Civis dos Estados-membros a exclusividade de apuração das infrações penais e nem mesmo das atividades de Polícia Judiciária, pois o que faz é dizer que *incumbe* à Polícia Civil as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, mas sem o caráter de *privatividade*" (*Ministério Público e persecução penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 54).

Em segundo lugar, porque ao preceituar que incumbe à Polícia Federal "exercer, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União", a Constituição não está dizendo, como supõe o acórdão, que cabe exclusivamente *à Polícia Judiciária* as investigações preliminares, coisa bastante diferente.

Foi dada exclusividade (para a Polícia Federal tão-somente, não também para as Polícias Civis, como visto) para o exercício de funções de Polícia Judiciária da União, *não também para investigações.* Quer dizer, a exclusividade para uma coisa não inclui exclusividade para outra, sendo certo que é a Constituição mesma que distingue uma coisa de outra, ao estatuir no § 4.° do mesmo art. 44 que "às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares". Como se vê, trata-se de atribuições diferentes – *funções de Polícia Judiciária* e *apuração de infrações penais* –, dadas a uma mesma polícia.

Não fosse assim, estaria ab-rogada a vetusta e importante regra do par. ún. do art. 4.° do CPP, jamais posta em dúvida, de que "a competência definida neste artigo [a da Polícia Judiciária, exercida pelas autoridades policiais, para o fim de apuração das infrações e de sua autoria] não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função".

Ora, se esse dispositivo do Código de Processo está em vigor, como de fato está, não existe a falada exclusividade.

O que quer dizer o dispositivo constitucional invocado nada mais é que o que está escrito nele, isto é, que a Polícia Federal destina-se a "exercer, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União", vale dizer, só a ela – e não também às outras polícias organizadas e mantidas também pela União, quais sejam as Polícias Rodoviária e Ferroviária –, cabe *exercer* aquelas *funções* (de Polícia Judiciária da União), o que a doutrina, aliás, já tem ensinado.

Mesmo porque, a exclusividade não é para o *desempenho* de atos de Polícia Judiciária, mas para o *exercício* das funções próprias dela, o que indica habitualidade, permanência da atribuição, em última análise ocupação de função.

Então, apenas se afastam outras polícias da própria União. Caso contrário, também seriam apanhadas pelo preceito da Constituição, como que atingidas por uma espécie de bala perdida – que a final resvalaria e ricochetearia na própria Polícia Federal – as Polícias Civis dos Estados, que não mais deveriam, por isso mesmo, a título algum, lavrar flagrantes do interesse da polícia federal, ab-rogados tacitamente que estariam, por incompatibilidade com o texto constitucional, convênios que se celebraram para a colaboração das Polícias Civis.

5. Como apontado, a investigação criminal, ainda que por meio de inquérito policial, não é, sequer, exclusividade de polícia alguma. Incluída a federal.

Não o é porque a Constituição distinguiu, posto alguns estudiosos ainda não se tenham dado conta disso, *atividades investigatórias* de *atividades de Polícia Judiciária*.

É certo que umas e outras são exercidas pela Polícia Federal e, nos Estados, pelas Polícias Civis. Mas, a despeito da promiscuidade, a elaboração de inquérito policial não mais constitui tarefa típica da Polícia Judiciária, senão da Polícia Civil, como é agora conhecido um setor da polícia que exerce também funções de Polícia Judiciária, esta atualmente com suas tarefas típicas reduzidas àquelas que lhe eram secundárias, quais sejam as do art. 13 do CPP.

Estas, de fato, têm algo a ver com o nome, por isso que ligadas ao Judiciário, ao passo que a elaboração de inquérito não justificaria a denominação, nem com a explicação corrente de que ela apurava fatos delituosos para o Judiciário punir. Apurava, antes, para o Ministério Público ou o particular acusar em juízo.

O que realmente justificava a denominação, que hoje, em realidade, não mais se justificaria senão em razão de se tratar de órgão auxiliar do Judiciário e do Ministério Público e pelo forte motivo da tradição e do uso internacional, era a prática de atribuições realmente judiciárias, ou seja, de julgar infrações penais ou praticar atos processuais típicos do Judiciário.

Foi o que sempre praticou até que os últimos vestígios dessas atribuições desapareceram com a nova Constituição, que introduziu aquela nova denominação – *Polícia Civil*.

De fato, antes da Constituição vigente, tínhamos o procedimento das contravenções penais, arts. 26 e 531 *et seq.* do CPP, expressamente revogado em data mais recente com a Lei 9.099/95, em que a polícia procedia não a simples inquérito policial, mas a processo propriamente dito, chamado no foro, por isso mesmo, de "processo judicialiforme".

Falou, com propriedade, em *Polícia Judiciária* o Regulamento 120, de 31.01.1842, estabelecendo, no art. 3.º, sua competência para, entre outros atos, proceder a exame de corpo de delito e prender culpados, e o "de *julgar crimes,* a que não esteja imposta pena maior que multa até 1.000$00, prisão, degredo ou desterro até seis meses com multa correspondente à metade desse tempo, ou sem ela, e três meses de casa de correção, ou oficinas públicas, onde as houver".

Sem precisar ir muito longe, vou apenas lembrar um fato mais da atualidade e curioso, talvez de umas duas décadas atrás, com certeza não mais que isso, que foi o surpreendente aparecimento de uma lei que veio revogar a atribuição dada à autoridade policial de *processar e julgar* crimes contra a bandeira e símbolos nacionais.

Havia, portanto, uma polícia que realmente se podia dizer judiciária, porque processava e julgava. Essa não mais existe. E era aquilo que a tornava judiciária, visto que não é nem nunca foi subordinada ao Poder Judiciário. Dizer, como por vezes se dizia, que era judiciária porque apurava delitos para o Judiciário julgar, não justificaria o nome, como se pretendia. Mas à conta disso é de ser mantida a denominação, já que é tradicional. E que servirá para designar o setor da Polícia Civil que tem isso a seu cargo, isto é, que tem como sua principal atribuição a realização de inquéritos policiais. Mas quando hoje se falar, restritivamente, em Polícia Judiciária para efeitos como os de que aqui se cuida, é de ser entendida como aquela que tem a seu cargo as funções de órgão auxiliar do Judiciário e do Ministério Público, tais como os arrolados no art. 13 do CPP, entre eles o cumprimento de requisições daqueles órgãos, o cumprimento de mandados de prisão.

6. Fixado que o Ministério Público pode investigar, e esclarecido que, do mesmo modo que não o fará mediante *inquérito judicial* nem instaurará uma *comissão parlamentar de inquérito,* igualmente não o fará por meio de *inquérito policial*, que, como o próprio nome indica, cabe às autoridades policiais, a não ser nos casos excepcionais em que, no exercício do controle externo da atividade policial, venha a assumir a presidência de inquérito ou avocá-lo, se autorizado por lei orgânica, outras considerações ainda são pertinentes.

Assim, é bem de ver que, fazendo uma investigação, no âmbito da Procuradoria, não está o Ministério Público, de modo algum, ao contrário do que poderia parecer, exercendo atividade de Polícia Judiciária, mas simplesmente atividade de investigação, não em procedimento ou inquérito próprio da Polícia Judiciária, mas de maneira semelhante à que o particular também pode fazer. Só o faz até com muito maior desenvoltura e com mais recursos que o particular, já que pode requisitar diligências, informações e documentos de autoridades que posam fornecê-los.

Desse modo, não regulamentadas suas atividades investigatórias, faltam-lhe condições para certas diligências, que serão requeridas ao juiz ou requisitadas à autoridade policial. Assim, a busca e apreensão, o exame de corpo de delito. Demais disso, um requerimento de prisão preventiva só poderá ser atendido se se instaurar inquérito policial (pela autoridade policial) ou processo penal, vez que a medida é adotada no curso deles.

E, se pode ouvir testemunhas, falta-lhe, contudo, autoridade para intimá-las a comparecer, sob as penas da lei, como a do crime de desobediência a ordem legal de funcionário público. Pode convidá-las a comparecer, ou melhor, solicitar seu comparecimento. Mas não pode expedir mandado de intimação para comparecimento.

Se não pode instaurar inquérito policial, o que significaria usurpação de função da polícia, e se, por outro lado, pode e tem o direito de investigar, poderia adotar no âmbito da promotoria ou da procuradoria um procedimento ou inquérito semelhante ao policial?

Nisso, efetivamente, reside a confusão que tem havido a respeito da questão. Uma coisa é pretender abrir inquérito policial. Porque aí existiria um procedimento oficial, disciplinado pelo Código de Processo Penal, para o qual há autorização legal, por exemplo, de mandar intimar testemunhas, que se sujeitariam até a processo penal em caso de desobediência. Outra coisa é o direito de fazer investigações próprias, não oficiais, que não se identificam com o inquérito policial. Para tanto, goza o Ministério Público de poderes legais investigatórios diversos, como o de *requisitar* esclarecimentos, documentos complementares ou novos elementos de convicção, "diretamente de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los", como de há muito prescreve o Código de Processo Penal. Além disso, pode requisitar a abertura de inquérito policial, como preceitua o Código e hoje consagra a Constituição.

A questão, como se vê, se resume num problema de poder agir ou não direta e oficialmente, organizando um instrumento oficial e, num caso ou noutro, saber qual a extensão de seus poderes.

Autorizado pela Constituição, é oficial o "inquérito civil" que o Ministério Público pode realizar para os devidos fins. Para tanto, poderá expedir notificações e tomar outras providências, como explicita sua lei orgânica nacional.

Estaria incluída aí matéria penal?

Essa é questão polêmica. Para alguns, sim; para outros não.

Então, a entender-se que sim, poderá fazê-lo em qualquer caso. Acredito que não é esse o espírito da lei. Tanto mais quanto, se a lei lhe conferiu o direito de requerer diligências e inquérito, ficou nisso. Quer dizer, não chegou a lei a lhe outorgar expressamente promover um inquérito próprio, um inquérito ministerial, com o mesmo objetivo ou a fazer as vezes de um inquérito policial. Por outras palavras, o Ministério Público pode fazer inquérito particular, isto é, investigação própria, não oficial, mas não pode fazer uma como que espécie própria de inquérito policial, qualquer que seja o nome que se lhe dê, a não ser que o faça se e quando autorizado por lei.

Não poderá fazê-lo ainda porque nem mesmo indiretamente a Constituição, lei complementar ou lei ordinária a tanto o autoriza.

Se da legislação se pode perfeitamente extrair que lhe é dado, como já foi dito, proceder a uma investigação particular, um inquérito próprio, informal, nem por isso se poderá entender, de modo algum, que autorizado estará a proceder a um inquérito oficial, como se de inquérito policial se tratasse. Disso, repita-se, não cogitou o legislador. Mesmo porque, não se cuidou de disciplinar um procedimento a ser obedecido.

É verdade que a LC 75/93 diz no art. 8.º que o Ministério Público da União poderá "notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada", mas isso, é bem de ver, "nos procedimentos de sua competência". Procedimento de sua competência, porém, é o inquérito civil público, não também assim um inquérito penal. Quanto à matéria penal, o que autorizou a lei foi *acompanhar* diligências investigatórias ou inquérito policial que requisitar.

Por outro lado, a incumbência de investigações penais a Constituição deixou com a polícia. De outro modo, estaria a lei absurdamente admitindo a regularidade de dois inquéritos, paralelos e simultâneos, com um mesmo objetivo, sendo que o Ministério Público até teria em seu favor a vantagem de requisitar a condução coercitiva de testemunhas, direito de que nem mesmo o investigador principal, a polícia, goza, como de há muito tenho sustentado. E essas pessoas seriam oprimidas com chamados para comparecer não só à polícia, mas também ao Ministério Público, aí sujeitas a condução, permissão que pareceu perigosa ao abalizado advogado que é o eminente Prof. Édson O'Dwyer, em depoimento prestado à Comissão Especial da Câmara dos Deputados a respeito do Projeto 633/75, de novo Código de Processo Penal, que cuidava da providência, depoimento que se pode ler no vol. 5, p. 60, da *Revista Interamericana de Direito Processual Penal*, de Porto Alegre.

Temia-se, com certeza, o risco – que tenho por improvável – de algum promotor ou promotora mais desabusada não simplesmente encher a boca de "condução coercitiva", mas de mandar buscar mesmo, por qualquer "dá cá aquela palha".

A questão da polícia (a omissão policial foi certamente o mais desgastante problema que por vezes me aparecia nos velhos tempos de Promotor de Justiça) na atualidade só pode ser resolvida com o controle externo pelo Ministério Público, complementado quando necessário com suas investigações particulares. Aí está, com certeza, a razão de vir o Ministério Público investigando: um modo particular e eficaz de suprir um necessário controle externo da atividade policial, ainda não satisfatoriamente regulado.

Pessoalmente, não me inclino a preconizar a adoção de outro sistema. Isso porque para a tarefa já existe a polícia. E o Ministério Público tem outras a seu cargo. De outro modo, se transformarmos o promotor de justiça em promotor investigador, certamente perderíamos o promotor processante e fiscal da lei e teríamos de arranjá-lo em outra instituição. Quer dizer, o promotor de justiça se transformaria em promotor investigador, tomando o lugar da polícia, e então, quem iria tomar o seu? Demais disso, acredito que a investigação penal rotineira pelo Ministério Público, em concorrência com a polícia, enfraqueceria sua credibilidade como órgão imparcial de promoção da ação penal, principalmente ao escolher casos para agir ou para "arrancar" na frente.

Por outro lado, é de ser não só mantido, mas ampliado, o sistema constante de legislações locais diversas, segundo o qual o Ministério Público pode instaurar o

inquérito policial, ou assumir a presidência do que já tiver sido instaurado, sempre que outras medidas não surtirem o resultado da instauração ou do prosseguimento do inquérito. A ampliação é necessária principalmente com relação aos inquéritos da competência da Polícia Federal, diante da omissão da Lei Orgânica do Ministério Público da União sobre a matéria.

Essa atividade é da maior necessidade ante a insuficiência de nossa lei penal no que diz respeito à repressão das omissões da polícia.

O Ministério Público estará, então, não só agindo rigorosamente dentro do espírito da Constituição, que lhe defere o controle externo da polícia, mas também exercendo suas atribuições típicas de promover e fiscalizar a execução da lei, como quer e resume o art. 257 do CPP.

7. Outro equívoco do acórdão é dizer que, "diante da falta de atribuição legal ao Ministério Público Federal para promover diretamente atos investigatórios, há que ser reconhecida a ilegalidade das provas coligidas, sob pena de violação ao princípio do *due process of law*".

A ir por aí, até documentos particulares ou públicos coligidos fora do inquérito policial não teriam valor ou seriam ilegais.

Nem careceriam as investigações particulares do Ministério Público de valor para justificar uma denúncia, que pode ser oferecida até mesmo à simples vista de uma representação da própria vítima interessada na punição nas ações a ela condicionadas, ou de comunicação de terceiro. E isso com dispensa de inquérito.

A Lei 4.898/65 (*abuso de autoridade*) mais que simplesmente permitir a dispensa do inquérito policial, toma por base para a denúncia a necessária representação do ofendido, apta para o fim, salvo, evidentemente, alguma requisição de diligência.

Inquérito disciplinar em que tenha a autoridade administrativa apurado crime, poderá dar diretamente margem à denúncia, embora seja aconselhável, de modo geral, proceder-se também a inquérito policial.

Nessa questão vou até bem mais longe. Como tenho sustentado em escritos diversos (assim, em *Direito processual civil e penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 156-158), de acordo com nosso direito processual positivo, a denúncia, como também a queixa, de ordinário não carece, para ser oferecida e recebida, de ser instruída com inquérito, documento, ou qualquer elemento de convicção. Quando a lei expressamente exige a produção inicial de elemento probante – serve de exemplo o art. 513 do CPP, que dispõe sobre o procedimento se delito funcional afiançável – aí, sim, pode o juiz rejeitar a peça acusatória por falta de prova, nos termos do art. 43, III. Essa exigência de produção inicial de prova em casos especiais, por outro lado, demonstra que em outros casos ela não se faz essencial. Mas é fortemente aconselhável jamais deixar o autor de apresentar um bom começo de prova, para não correr o risco de surpresas.

E é evidente que, recebida a denúncia ou queixa, a prova testemunhal será colhida na instrução. Toda prova apresentada será submetida ao contraditório, tudo sem qualquer ofensa ao devido processo legal.

A mencionada afirmação da ementa do acórdão de que, "diante da falta de atribuição legal ao Ministério Público Federal para promover diretamente atos investigatórios, há que ser reconhecida a ilegalidade das provas coligidas, sob pena de violação ao princípio do *due process of law*", é tão desastrada que acaba por sepultar o art. 7.º, VII, da LC Federal 40/81 (estaria ela, segundo alguns estudiosos, em vigor em certos aspectos, recepcionados pela Constituição), que admite expressamente a avocação de inquérito policial instaurado onde inexistir delegado de carreira.

E redundaria também no absurdo do desaproveitamento de prova obtida em inquérito civil, a que a Constituição mesma autoriza o Ministério Público a proceder.

O pior é que afirmação como aquela poderá levar pessoas desavisadas a acreditar que requisições outras que não as de inquérito ou diligências pela polícia poderiam ser desatendidas impunemente, quando, em realidade, o desatendimento estaria a configurar crime de desobediência ou prevaricação.

8. O que é realmente admirável é que, com todas as dificuldades e limitações, o Ministério Público vem realizando um trabalho notável, sem o qual crimes graves, praticados por poderosos, certamente não teriam sido investigados nem punidos.