

REVISTA BRASILEIRA DE **ciências criminais**

33

Ano 9 • janeiro-março de 2001

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 9 • n. 33 • janeiro-março de 2001

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

© Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 01 • Caixa Postal 678

Tel. (11) 3115-2433 • Fax (11) 3106-3772

CEP 01020-901 – São Paulo, SP, Brasil

Internet: <http://www.rt.com.br>

e-mail: editorial@rt.com.br

***Diretor Responsável:* CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO**

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Oficina das Letras Apoio Editorial S/C Ltda. – Rua Benedito Leôncio Arouche de Toledo, 163 – Parque Santana – CEP 08717-190 – Mogi das Cruzes, SP, Brasil. • *Impressão:* IBS - Indústria Brasileira de Software e Informática Ltda., Av. Robert Bosh, 1.777 - Rodovia Campinas Monte Mór, Campinas, SP

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

A nossa revista tem desempenhado, ao longo desses anos, um papel bastante claro: ser um veículo de crítica abrangendo as ciências que se podem incluir na rubrica “ciências criminais”, sem, porém, qualquer restrição de cunho ideológico, certa de que a troca de experiências e de visões diversas do mundo faz parte de uma sociedade pluralista, que se quer seja democrática. Bastando tratar-se de trabalho intelectual sério, toda colaboração tem sido bem aceita, com a divulgação que merece, sem que isso comprometa o pensamento e as convicções dos responsáveis pela revista, quando diverjam das opiniões manifestadas pelo autor da obra intelectual publicada.

Seguramente jamais antes essa sociedade esteve às voltas com problemas tão graves ligados à área de atuação da revista como nos tempos atuais. A conhecida e reconhecida insuficiência do Poder Judiciário para fazer face à demanda cada vez maior daqueles que reclamam do clima de insegurança gerado pela criminalidade; as propostas oportunistas visando ao chamado “combate à criminalidade”, quase sempre passando longe das possíveis e prováveis causas sociais da problemática que pretendem equacionar; o Congresso Nacional pretendendo substituir-se, de modo nem sempre equilibrado, ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, instaurando processos investigatórios, nem sempre pautados pela observância do devido processo legal; os meios de comunicação dando desmesurado apreço a tais temas, criando um nem sempre veraz “clamor público” de que muitas autoridades se utilizam para justificar o desapeço às garantias constitucionais dos suspeitos; a “condenação antecipada”, por parte desses mesmos veículos, em número alarmante, de pessoas envolvidas em fatos que, em princípio, são passíveis de adequar-se a tipos penais; reformas pontuais de códigos, discutível estratégia adotada pelo Poder Executivo federal para contornar a demora em que um projeto amplo de recodificação implicaria e que, dada a brevidade do trâmite, nem sempre atendem àquilo que os especialistas indicam como o melhor caminho a ser trilhado.

Um enraigado vício autoritário certamente nos contamina a todos. As conquistas democráticas parecem, não poucas vezes, portas abertas para a ilegalidade e os abusos. A má utilização dos meios de comunicação (em especial, a televisão, quando exhibe “imoralidades” ou quando se presta ao exibicionismo de pessoas que, por força das atividades que desempenham, deveriam pautar-se pela discrição) ou do sigilo individual (principalmente o bancário), acabam trazendo vozes respeitáveis a propor a abolição pura e simples das conquistas democráticas que ensejaram tais abusos.

De outra parte, preocupa a todos que a sociedade não disponha de mecanismos eficientes para impedir que essas conquistas dêem margem a tais abusos, como quando se alude à prostituição infantil ou à lavagem de dinheiro

obtido com violação da lei, práticas que, certamente, ninguém medianamente preocupado com os valores éticos aplaudiria.

O término de um ano costuma ser ocasião azada a um balanço de realizações, que quase sempre relata menos o que se fez e mais aquilo que ainda há por fazer. Se essa data coincide com o término do século ou mesmo do milênio, os efeitos daquela superstição gregoriana – para repetirmos expressão de um conhecido homem público – se tornam ainda mais fortes.

Ao longo desses últimos anos, porém, não padece dúvida de que a revista, refletindo o crescimento das atividades do próprio Instituto, atingiu um padrão que, se, por um lado, muito nos envaidece a todos, de outro, muito mais nos preocupa, dada a necessidade de buscarmos corresponder às justas expectativas daqueles que se habituaram com o padrão até aqui observado por ela.

A equipe que ora assume a direção da revista espera poder continuar a contar com a colaboração de todos aqueles que, acreditando nos ideais que norteiam a vida do Instituto, têm consciência de que sem o esforço conjunto de todos jamais alcançaremos plenamente os objetivos que um dia justificaram a criação dele.

A DIRETORIA

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	3
COLABORADORES	7
1. DOCTRINA INTERNACIONAL	
1.1 Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional – JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO	9
1.2 O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco” – JORGE DE FIGUEIREDO DIAS	39
2. DOCTRINA NACIONAL	
2.1 Concurso aparente de normas penais – ANDREI ZENKNER SCHMIDT	67
2.2 Imputação objetiva nos delitos omissivos – FERNANDO A. N. GALVÃO DA ROCHA	101
2.3 Exame de alcoolemia: sua validade como prova no processo penal – ISAAC SABBÁ GUIMARÃES	121
2.4 Por um novo direito penal sexual – A moral e a questão da honestidade – RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA	133
3. DIREITO PENAL ESPECIAL	
3.1 Crime em telecomunicação – FRANCISCO DIAS TEIXEIRA	159
4. INFÂNCIA E JUVENTUDE	
4.1 Ato infracional, medida sócio-educativa e processo: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – FLÁVIO AMÉRICO FRASSETO	177
5. CRIMINOLOGIA	
5.1 Programas de asistencia a víctimas de delitos – SUSANA MONTOZA DE LANZA	203
5.2 La prevención temprana de las conductas delictivas de violencia: su caracter transdisciplinario pedagógico-criminológico – CARIDAD NAVARRETE CALDERÓN	217
6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES	
6.1 Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória – ROGÉRIO LAURIA TUCCI	241
7. SOCIOLOGIA JURÍDICA	
7.1 Violência policial e o papel da perícia médica – LUÍS ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA, WÂNIA PASINATO IZUMINO e ADRIANA ALVES LOCHE	253
8. ANTIGUIDADE DE DIREITO CRIMINAL	
8.1 Mota Coqueiro: o erro em torno do erro – LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO	261

9. JURISPRUDÊNCIA**9.1 Jurisprudência comentada**

- 9.1.1 Por falar em impunidade – ADAUTO ALONSO S. SUANNES 275

9.2. Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 282

10. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

- 10.1 Lei 10.054, de 07.12.2000 – Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências 303
- 10.2 Anteprojeto de lei de reforma do Código de Processo Penal 304
- 10.2.1 Introdução – A reforma do processo penal 304
- 10.2.2 Investigação criminal 313
- 10.2.3 Procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença condenatória 320
- 10.2.4 Provas 327
- 10.2.5 Interrogatório do acusado e defesa efetiva 330
- 10.2.6 Prisão, medidas cautelares e liberdade 333
- 10.2.7 Júri 340
- 10.2.8 Recursos e ações de impugnação 357

11. RESENHAS

- 11.1 MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro – Análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas* – Resenha por SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO ... 365
- 11.2 STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro* – Resenha por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO 367

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 373

LEIA NA**REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

n. 34 • abril-junho • 2001

- La consideracion del comportamiento da la victima em la teoria juridica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmatica”
Jesús-Maria Silva Sánchez
- O fenômeno da globalização e o direito penal econômico
José de Faria Costa
- La instrucción del proceso penal em España y los derechos del imputado
Juan-Luis Gómez Colomer

COLABORADORES

ADAUTO ALONSO S. SUANNES

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

ADRIANA ALVES LOCHE

Socióloga. Mestranda em Antropologia pela FFLCH/USP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP).

ANDREI ZENKNER SCHMIDT

Advogado. Mestre em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Penal e Conselheiro do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais – ITEC.

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

Professor Associado de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador de Justiça aposentado do Estado de São Paulo.

CARIDAD NAVARRETE CALDERÓN

Investigadora Titular.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado Criminalista em São Paulo – Capital.

FERNANDO A. N. GALVÃO DA ROCHA

Membro do Ministério Público de Minas Gerais. Mestre e Doutor em Direito.

FLÁVIO AMÉRICO FRASSETO

Procurador do Estado de Assistência Judiciária junto às Varas Especiais da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo.

FRANCISCO DIAS TEIXEIRA

Procurador Regional da República em São Paulo.

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES

Mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra. Promotor de Justiça em Santa Catarina.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO

Doutor em Direito. Conselheiro Geral, Diretor CEDIH da Cruz Vermelha Espanhola.

LUÍS ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA

Sociólogo. Doutor em Sociologia pela FFLCH/USP. Pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP).

LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO

Advogado Criminalista em São Paulo.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Advogado em São Paulo. Pós-Graduando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Advogado Criminalista em São Paulo. Mestre e Doutorando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

Professor Titular aposentado e Regente da Disciplina Direito Processual Penal no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO

Professor Assistente Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo.

SUSANA MONTOZA DE LANZA

Licenciada em Psicologia, Chefe do Programa de Assistência a Vítimas na Argentina.

WÂNIA PASINATO IZUMINO

Socióloga. Doutoranda em Sociologia pela FFLCH/USP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP).

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.1

ASPECTOS PENALES DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL*

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO

SUMARIO: 1. Introducción – 2. El principio de legalidad penal – 3. Otros principios generales del derecho penal – 4. La responsabilidad penal individual: 4.1 El principio de la imputación subjetiva; 4.2 Autoría y participación; 4.3 Formas de resolución manifestada; 4.4 Los actos de ejecución – 5. La responsabilidad de los superiores jerárquicos – 6. Elemento subjetivo de los crímenes. La culpabilidad – 7. Las circunstancias eximentes de responsabilidad penal: 7.1 Las causas de inimputabilidad; 7.2 Las causas de justificación; 7.3 Las causas de exculpación o inculpabilidad – 8. Especial consideración de la obediencia jerárquica – 9. Tratamiento del error.

Resumen: Este trabajo examina los denominados “Principios Generales del Derecho Penal”, proclamados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17.07.1998 en la Conferencia Plenipotenciario de Roma, con relación a los crímenes de jurisdicción de la Corte.

Palabras-clave: Estatuto de Roma – Corte Penal Internacional – Derecho Penal Internacional.

1. Introducción

La determinación de los denominados “principios generales del derecho penal” constituye una de las partes más importantes del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo Estatuto) adoptado el 17.07.1998 en la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Roma desde el 15 de junio al 17.07.1998.

Si el propósito de la constitución de la Corte, confesado en su preámbulo, es sencillo (poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes: la prevención general), el instrumento elaborado (Estatuto

(*) Artículo publicado en la Colección Escuela Diplomática, n. 4, *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, editada a cargo de Concepción Escobar Hernandez. Madrid, 2000.

de la Corte) es de una gran complejidad. Y ello al menos por tres motivos. El primero es el carácter complementario de La Corte Penal Internacional (en lo sucesivo la Corte) a respecto de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1 del Estatuto), que se completa en el preámbulo con la proclamación de un principio fundamental: "(...) es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales". Esto explica, entre otros, preceptos tales como los artículos 10, 17, 21 y 80 del Estatuto.

En segundo término, como ha destacado el Embajador Yáñez Barnuevo García, Jefe de la Misión Diplomática de España en la Conferencia de Roma, el Estatuto es una norma compleja y extensa (128 artículos) que comprende lo que, en el derecho interno, constituiría al menos las normas fundamentales (orgánicas probablemente) siguientes: un Código Penal, una Ley de Enjuiciamiento Criminal, una Ley Orgánica del Poder Judicial y una Ley de Extradición o de Cooperación Jurídica Internacional.

Y el tercer aspecto que dota de especial complejidad al Estatuto es su pretendido ámbito universal ("... crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto ...", en el Preámbulo), por el esfuerzo que supuso la síntesis de aportaciones provenientes de, por lo menos, dos sistemas de proyección universal: el derecho continental (o romano-germánico) y el sistema anglosajón (o del *common law*), con predominio alternativo de sus respectivas instituciones y no siempre en acertada yuxtaposición. En general podemos afirmar que el sistema penal del Estatuto, salvo el importante tema de la determinación e individualización de las penas que figura en la Parte VII del Estatuto (a continuación del juicio), está dominado por los principios generales del Derecho penal continental aunque su plasmación en el Estatuto está presidida por la técnica topográfica propia de las normas internacionales y por ello la parte dedicada a la tipificación de los crímenes (la parte especial del Derecho penal) se incluye entre los criterios de la competencia por razón de la materia (Parte II), al lado de aspectos procesales como la competencia temporal o la admisibilidad, precediendo (con técnica bien ajena a la habitual en la ciencia del Derecho penal) a la proclamación de los principios generales del Derecho penal (Parte III).

Y aún una consideración preliminar más. El sistema penal del Estatuto no es producto del apresuramiento ni de la improvisación. Si en el año 1998 celebramos el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948-1998) y en el año 1999 el cincuenta aniversario de los Convenios de Ginebra (1949-1999), fueron necesarios también casi cincuenta años para que la labor del Comité especial para la elaboración del Estatuto de un Tribunal Penal Internacional permanente, creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1950 (que había presentado en 1994 un proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional y en 1996 el texto de un Código de Crímenes contra la paz y seguridad) fructificase en Roma (17.07.1998) en el Estatuto, sobre un texto básico previamente elaborado por el Comité Especial y, más tarde, por el Comité Preparatorio para la Conferencia Diplomática de

Roma, constituido en las Naciones Unidas (Nueva York). Justamente uno de los temas más debatidos en la Conferencia de Roma fue la determinación del ámbito material de la competencia, es decir los crímenes tipificados en el Estatuto, que se redujeron al máximo (los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional) comprendiendo el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y, de forma virtual puesto que está pendiente de definición y condiciones, el crimen de agresión. Se excluyeron, pendientes de la Conferencia de Revisión del Estatuto, los crímenes de terrorismo y narcotráfico internacional.

En la materia que analizamos debemos tener muy en cuenta el derecho aplicable o fuentes del derecho que, de forma jerarquizada, enumera el artículo 21 del Estatuto, cuando determina que la Corte aplicará:

1.º El Estatuto de Roma de 17.07.1998.

2.º Los Elementos del crimen (art. 9 del Estatuto) y las Reglas de Procedimiento y Prueba, normas que deberá aprobar por mayoría cualificada la Asamblea de los Estados-Partes.

3.º Los tratados y los principios y normas de Derecho Internacional aplicables, incluidos los principios del Derecho Internacional de los conflictos armados.

4.º Los principios generales de derecho, que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto ni con el derecho, normas y principios internacionales reconocidos.

En todo caso, la aplicación e interpretación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos, en los términos que se establecen en el propio Estatuto.

A continuación vamos a examinar los principios generales del Derecho penal proclamados en el Estatuto, en relación con los crímenes de la competencia de la Corte.

2. El principio de legalidad penal

Reconoce el Estatuto en su artículo 22 y de la forma más clásica, el principio *nullum crimen sine lege*. Se trata, con esta proclamación, de la adopción del principio de legalidad penal o taxatividad ("La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía"), tal y como se viene formulando en el sistema continental o romano-germánico, frente a la laxitud propia del Derecho penal anglosajón o *common law*, que no satisface las garantías de *lex scripta*, *praevia stricta* y *certa* exigibles como constitucionales en nuestro Estado de Derecho (art. 25 de la Constitución española).

Debemos hacer una observación fundamental. Para cumplir con el principio de predeterminación normativa (garantía penal de *nullum crimen sine praevia lege penale*) hay que construir legalmente la estructura del tipo penal según las reglas de la técnica codificadora criminal, algo muy distinto que la mera plasmación de las prohibiciones o mandatos contenidos en los Convenios internacionales. El olvido de este principio fundamental del Derecho penal ha conducido a importantes problemas técnicos que afloran en los sistemas llamados de doble incriminación para el castigo de los crímenes de guerra (República Federal de Alemania, Austria, Francia) o en los sistemas penales de incriminación global (Italia, Holanda, Reino Unido o Estados Unidos) también para las infracciones del Derecho Internacional Humanitario, como se ha puesto de manifiesto en el XIV Congreso de Atenas de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra (1997).

No cabe duda que, de la simple comparación entre la relación de los crímenes de lesa humanidad establecida en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25.05.1993) y la tipificación de dichos crímenes determinada en el artículo 7 del Estatuto de Roma, es forzoso constatar el gran paso adelante que significa el Estatuto en cuanto al respeto de la garantía fundamental del principio de legalidad. Quizás consecuencia de una evolución desde la concepción del tipo penal como un simple elemento determinante de la competencia material hacia la proclamación de una garantía penal. De forma un poco exagerada podríamos hablar del paso de la prehistoria (con la posible aplicación de normas no escritas) a la historia: normas penales que satisfagan la garantía criminal de la ley escrita, previa estricta y taxativa en su descripción de la conducta incriminada.

En el común sentir de la doctrina las garantías penales deben abarcar y abarcan en el Estatuto el principio de legalidad (art. 22.1), la irretroactividad de la ley penal internacional (art. 24), la proscripción de la analogía (art. 22.2) y el principio de imputación subjetiva (art. 25). Naturalmente estas garantías están recogidas en nuestro vigente Código Penal por imperativo del artículo 25.1 de la Constitución y de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el principio de legalidad en el ámbito penal supone el reconocimiento de la garantía criminal, tanto en su aspecto material de predeterminación normativa como en su aspecto formal (rango de ley de la norma), que ya hemos visto que se respeta en el Estatuto (y así debe interpretarse su artículo 21, en cuanto al derecho aplicable) e implica también la garantía penal (art. 23, *nulla poena sine lege*) sin perjuicio de la crítica que pueda merecer la ausencia de una dosimetría penal, pues no se asigna una pena a cada crimen ni se concretan los criterios de individualización de la sanción (agravantes y atenuantes), siguiéndose aquí el sistema anglosajón que impera en el procedimiento.

Asimismo, a lo largo del Estatuto, se arbitra la garantía jurisdiccional al constituirse una Corte independiente, imparcial, predeterminada, exclusiva,

inamovible, competente y regulada por el Estatuto (particularmente, en su Parte IV). Y, finalmente, la garantía penitenciaria que supone la ejecución de la pena bajo la vigilancia de la Corte, aunque las penas privativas de libertad se ejecuten en establecimientos penitenciarios de los Estados (art. 103), pero siempre sujeta a la supervisión de la Corte (art. 106) que decide también en los supuestos de examen de una reducción de la pena (art. 110).

Algunas otras cuestiones debemos precisar en el presente apartado. Así, que la palabra "conducta", empleada en el artículo 22 del Estatuto (principio de legalidad en su vertiente de tipicidad) fue cuidadosamente elegida para comprender no sólo los crímenes de acción (comportamiento positivo) sino también la conducta omisiva (son frecuentes los delitos de omisión dentro de los crímenes de guerra) y la comisión por omisión (art. 28 que regula la responsabilidad de los Jefes y otros superiores por no haber adoptado todas las medidas necesarias para prevenir los crímenes cometidos por sus subordinados).

En segundo término, la existencia de tipos abiertos no implica el desconocimiento del principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad pues, frente a los tipos cerrados que hacen una completa descripción fáctica del crimen, los tipos abiertos necesitan ser complementados con elementos normativos [por ejemplo, la remisión a determinados preceptos de los Convenios de Ginebra u otros instrumentos convencionales, como la encarcelación "en violación de normas fundamentales de Derecho Internacional" del artículo 7.e) del Estatuto o el crimen de guerra consistente en dirigir ataques contra objetos o ciudades que "no sean objetivos militares" de los arts. 8.2.b) ii) y v) del mismo Estatuto] o con elementos valorativos constituidos por cláusulas generales que se identifican con el juicio mismo de antijuridicidad y que quedan a la libre apreciación de la Corte, salvo que se concreten en la formulación de los "Elementos del crimen" [así el crimen de lesa humanidad que se describe como "otros actos inhumanos de carácter similar (...) en el apartado k) del artículo 7.1 del Estatuto o el crimen de guerra consistente en privar a un prisionero de guerra "de sus derechos a un juicio justo e imparcial" del artículo 8.2.a), apartado vi) del mismo Estatuto].

No merecen mayores precisiones, aunque si un juicio favorable, la prohibición de la analogía y la consagración normativa del principio *pro reo* ("En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena") que contiene el número 2 del artículo 22 del Estatuto.

Consecuencia también de la afirmación del principio de legalidad es la formulación en el artículo 24 de la irretroactividad *ratione personae*, ya que la irretroactividad procesal figura dentro de los límites temporales a la competencia en el artículo 11 del Estatuto. Se reconoce asimismo en el citado artículo 24.2 la retroactividad de las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

Como consecuencia de la búsqueda del consenso en la elaboración del Estatuto se incluyó en el artículo 124 una disposición de transición, que autoriza

a un Estado, al hacerse parte del Estatuto, a declarar que, durante un período como máximo de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra, cuando se denuncie su comisión por sus nacionales o en su territorio. Este sistema de *opting out*, excepcional y renunciabile en cualquier momento, ha sido objeto de numerosas críticas y el Comité Internacional de la Cruz Roja ha pedido a los Estados que no hagan uso de esta cláusula al ratificar el Estatuto.

3. Otros principios generales del Derecho penal

Con independencia del principio de legalidad y de sus consecuencias (irretroactividad), la Parte III del Estatuto establece dos principios fundamentales: el de igualdad ante la ley penal internacional y el de imprescriptibilidad.

En efecto, el artículo 27, denominado "Improcedencia del cargo oficial", dispone que el Estatuto será aplicado por igual a todos (principio de igualdad ante la ley), sin distinción alguna basada en el cargo oficial, añadiendo que este cargo (aunque se trate de una persona que sea Jefe del Estado o de Gobierno miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario del gobierno) en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.

Más concretamente el número 2 del citado artículo precisa que las inmunidades y las normas especiales de procedimiento (por ejemplo la petición de un suplicatorio a las Cortes) que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno (arts. 56.3 y 71 de la Constitución española) o al Derecho Internacional (inmunidades diplomáticas y consulares), no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre todas estas personas.

De tal forma, en el primer número de la norma se niega al cargo oficial (electivo o no) virtualidad alguna como causa de exención o de atenuación de la responsabilidad criminal y en el segundo se dejan sin efecto tanto las inmunidades como las normas de procedimientos especiales que implique el cargo oficial, tanto si su fundamento hay que buscarlo en el derecho interno como en el Derecho Internacional. Ello ha planteado a algunos países incluso la reforma constitucional para salvar la inviolabilidad penal del Jefe del Estado o parlamentarios.

En el derecho español, la institución del refrendo que confiere la responsabilidad de los actos del Rey a las personas que los refrenden (art. 64.2 de la Constitución) pudiera salvar la dificultad que, para la ratificación del Estatuto, significa el artículo 56.3 de la norma fundamental ("La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad").

Otro principio general aplicable es el de la imprescriptibilidad de todos los crímenes de la competencia de la Corte. Principio que fue prácticamente indiscutido en la Conferencia Diplomática de Roma, pese al escaso número de

Estados que son Partes en la Convención de las Naciones Unidas de 26.11.1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Se ha esgrimido para explicar la falta de aceptación universal de este convenio que no distingue entre las infracciones graves y las menos graves, en materia de crímenes de guerra. Pero lo cierto es que algunos países que no han ratificado el convenio, como España, establecieron en su derecho interno (Código Penal de 1995) la imprescriptibilidad del genocidio y otros Estados la de los crímenes de guerra (Bélgica, Holanda, Suiza, Estados Unidos, Argentina, Rumanía, Rusia, Turquía o Austria).

Ciertamente el umbral que se ha establecido para los crímenes de la competencia de la Corte que son, no lo olvidemos, los más graves delitos de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, ha ayudado a la proclamación del carácter imprescriptible de tales crímenes.

4. La responsabilidad penal individual

4.1 El principio de la imputación subjetiva

La responsabilidad penal que se establece en el Estatuto es de carácter individual o personal y se concreta en la competencia exclusiva de la Corte sobre las personas físicas o naturales.

Así se declara en el artículo 25.1 del Estatuto, una vez que fue suprimido el precepto que arbitraba supuestos de responsabilidad penal para las personas jurídicas, excluido el Estado. Se sigue así el principio de que sólo la persona natural o física puede ser sujeto activo del crimen (*societas delinquere non potest*), por otra parte acogido en el Código Penal español que configura determinadas medidas sobre empresas, asociaciones, sociedades o fundaciones como consecuencias accesorias de la pena (art. 129 del CP).

Seguidamente en el mismo precepto se acoge el principio de la personalidad de las penas, al determinar que (sólo) quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el Estatuto.

Finalmente, el mismo artículo 25 del Estatuto, en su número 4, se cuida de salvar todo el sistema de responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional. Ya sabemos que la Corte tiene competencia penal sobre las personas y no sobre los Estados pero podría haberse arbitrado una responsabilidad civil subsidiaria de las entidades públicas con el fin de amparar a las víctimas frente a personas físicas responsables insolventes.

A estos efectos el artículo 91 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, determina la responsabilidad (subsidiaria) del Estado por actos cometidos por personas que formen parte de sus fuerzas armadas.

Ciertamente el Estatuto no impide la exigencia de este tipo de responsabilidad al disponer que sus normas (al establecer la responsabilidad penal de las personas naturales) no afectan a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional.

4.2 Autoría y participación

Tratando de presentar sistemáticamente la materia que regula el largo e intrincado número 3 del artículo 25 del Estatuto (Responsabilidad penal individual), examinaremos en primer lugar el tratamiento que recibe la autoría y participación.

Se considera, ante todo, penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte al autor directo, es decir la que cometa el crimen por sí solo (autoría individual directa), a quien ejecute el crimen con otro (supuesto de coautoría) y al que lo realice por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable, que comprende la llamada autoría mediata (son autores quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento, dirá el art. 28 del CP español). El Estatuto acoge pues el concepto unitario y restrictivo de autor y, también aquí, lo podemos distinguir de otras formas de participación igualmente punibles.

El partícipe no realiza el hecho como propio (teoría jurisprudencial del dominio del hecho) sino que interviene (participa) en un hecho ajeno y esta contribución puede equipararlo al autor (en los casos de orden, inducción o cooperación necesaria) o comportar una menor responsabilidad en los supuestos de complicidad o encubrimiento.

El Estatuto hace referencia a quien ordene, proponga o induzca la comisión de un crimen consumado o en grado de tentativa. Creemos, sin embargo, que la simple proposición (que existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a cometerlo, según el art. 17 del CP) es un acto preparatorio, pues solo la provocación (donde se incita a la comisión de un delito) se castiga como inducción si es seguida de la perpetración del crimen (art. 18.2 del CP).

Es un acierto del Estatuto la mención de la orden como forma de participación. Y aún podría sostenerse que es una forma de autoría mediata (se comete el crimen por conducto de otro), si compartimos la teoría del dominio del hecho, puesto que la orden despliega su eficacia dentro de una estructura de poder organizado y jerarquizado, cuyo ejecutor es el subordinado destinatario (a veces no conocido siquiera por quien imparte el mandato) de la orden. El artículo 19 del Código Penal Militar define la orden como todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.

Ahora bien, el concepto formal de orden en el Derecho Penal Internacional ha sido superado (caso "Celebici" en el Tribunal penal internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia) para abarcar los mandatos emanados de estructuras informales de mando (guerrilleros, parte adversa militarmente organizada), donde no existe un deber normativo de obediencia (no hay orden en sentido formal), pero hay fuerzas armadas jerárquicamente organizadas. Se afirma así la responsabilidad penal derivada de la emisión de una orden criminal por el jefe de una estructura informal, pero que refleja una organización militar.

Y también se afirma la responsabilidad penal de los mandos o eslabones intermedios de la cadena del mando militar, que reciben la orden de un superior jerárquico y la transmiten a sus subordinados. Podría pensarse que estos mandos se limitan a transmitir la orden criminal, pero la doctrina ha entendido que realmente añaden su propia contribución al delito pues utilizan una potestad propia al ordenar el cumplimiento del mandato a sus subordinados jerárquicos.

Ningún problema presentan otras formas previstas de participación como la inducción a la comisión de un crimen (consumado o en grado de tentativa) y la cooperación necesaria. El Estatuto no distingue realmente entre la cooperación necesaria y la complicidad, pues considera penalmente responsable a quien colabore de algún modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión [art. 25.3.c) del Estatuto]. El carácter imprescindible o no de los actos de colaboración, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial de los bienes escasos, señala los límites de la cooperación necesaria [participación a título de autor, según el artículo 28.b) del CP] y la complicidad que se caracteriza negativamente (art. 29 del CP) por la cooperación periférica (anterior o simultánea a la ejecución) pero no necesaria. Son cómplices los que, de forma eficaz pero no decisiva, auxilian o facilitan la comisión de un crimen.

Los encubridores, que han desaparecido del Código Penal español como partícipes (al considerarse el encubrimiento un delito autónomo contra la Administración de Justicia), son citados al lado de los cómplices en el Estatuto para imputarles la correspondiente responsabilidad penal.

El mismo precepto que analizamos contiene en el apartado d) de su número 3, una regulación innovadora de lo que podríamos denominar la contribución intencional a un crimen colectivo, que es algo más que una conspiración puesto que se contribuye a los actos de ejecución (comisión o tentativa de comisión) realizados por un grupo de personas (crimen colectivo) que tengan una finalidad común. La contribución o cooperación puede revestir la forma de autoría por cooperación necesaria o de complicidad (auxilio accesorio) puesto que el precepto emplea la expresión "contribuya de algún otro modo (...)", pero debe ser intencional.

Tal intencionalidad es la clave de la regulación estatutaria y debe reunir dos requisitos: i) El propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del

grupo, y ii) Que se realice a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

Toda esta regulación merece una crítica favorable por la frecuencia con que los crímenes de la competencia de la Corte (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) son ejecutados colectivamente por grupos u organizaciones criminales. Y es de alabar que su regulación haya tenido en cuenta los problemas que ha presentado la falta de tratamiento de estas materias en los Estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda.

4.3 Formas de resolución manifestada

No regula ciertamente con fortuna el Estatuto las llamadas formas de resolución manifestada, es decir los actos preparatorios que no deben quedar impunes por su carga de antijuridicidad, que en la doctrina clásica española son la conspiración, la proposición, la provocación y, dentro de ella, la apología. La mera conspiración, fuera de la contribución intencional a la comisión o tentativa de un crimen colectivo, no es incriminada por el Estatuto, por lo que debemos concluir que quedará impune esta forma de resolución manifestada cuando no alcance el estadio de los actos de ejecución de crimen.

Por el contrario, la proposición es regulada (con notoria falta de técnica) al lado de la orden e inducción en el apartado *b*) del número 3 del artículo que analizamos. La proposición existe, dice el artículo 17 del CP, cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo. Resolución manifestada que se castiga como acto preparatorio revelador de un plus de peligro que debe penarse de modo excepcional.

Otro acto preparatorio, la provocación, es contemplado en el Estatuto únicamente en relación con el crimen de genocidio, pues se castiga la instigación directa y pública a que se cometa tal delito. La instigación es término similar a la provocación que existe, según el artículo 18 del CP, cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es decir, debe concurrir la instigación directa y pública a que se cometa el crimen.

En todo caso, en el Derecho penal español, la apología sólo es punible como forma de provocación (art. 18 del CP).

4.4 Los actos de ejecución

A lo largo del número 3 del artículo 25 del Estatuto se hace referencia al crimen consumado, a la comisión o la tentativa de comisión del delito, para

describir las distintas etapas del *iter criminis*, finalizando este número con el apartado f) donde se regula la tentativa y el desistimiento.

Consumar un crimen es perfeccionar la conducta incriminada en el tipo penal, por lo que habrá que examinar cada uno de los crímenes de la competencia de la Corte para saber si se han ejecutado todos los elementos que configuran el tipo, aunque el autor no haya logrado alcanzar la finalidad perseguida (lo que significaría un delito agotado).

Como el Estatuto, al igual que el Código Penal español vigente, no contempla el delito frustrado, resta definir la tentativa como el intento de cometer el crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Con cierta coincidencia conceptual, pero mejor técnica, nuestro Código Penal define la tentativa (art. 16) según la fórmula clásica: "Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor".

Ciertamente ambas definiciones diferencian la tentativa de los actos preparatorios y del delito consumado e incluyen a la frustración dentro del concepto más amplio de tentativa. Dados los términos de la definición del Estatuto parece excluida la incriminación de la tentativa inidónea o delito imposible, ya que se exige realización de "actos que supongan un paso importante para su ejecución" (es decir la ejecución del crimen).

También se regula en el segundo inciso del precepto estatutario el desistimiento en la tentativa que supone la impunidad. Y ello porque "quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado, de conformidad con el presente Estatuto, por la tentativa si renunciara íntegra y voluntariamente al propósito delictivo".

Abarca este precepto las dos formas clásicas de manifestación del desistimiento (bien el hecho de desistir de la ejecución ya iniciada o bien impedir la producción del resultado), añadiendo un requisito más: la renuncia íntegra y voluntaria al propósito delictivo.

Sin embargo, no se recoge la cautela que establece el Código Penal en la última frase del artículo 16.2, al establecer la impunidad del desistimiento "sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta". Estimamos, sin embargo, que se puede alcanzar idéntica interpretación en la aplicación del Estatuto.

5. La responsabilidad de los superiores jerárquicos

Una de las cuestiones más debatidas en el Derecho Penal Internacional es el examen de la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos que

consienten o no impiden la comisión de violaciones graves de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario por parte de sus subordinados. Imputación de responsabilidad que, por otra parte, integra un mecanismo fiable para garantizar la eficacia de las normas protectoras de la persona humana y de las víctimas de la guerra, pues constituye a estos superiores en garantes de su cumplimiento.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se planteó ante los tribunales penales la cuestión de la responsabilidad penal de los superiores, cuyas sentencias establecieron las condiciones de esta incriminación. Son clásicos el caso Yamasita, el caso del Alto Mando alemán y el asunto de los Rehenes en territorio ocupado.

Por parte de expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja, se resume el mecanismo de la responsabilidad de los superiores en la concurrencia de los requisitos siguientes:

- Que se trate de un superior o personas con autoridad sobre sus subordinados.
- Que el superior supiera o debería haber sabido que el crimen se iba a cometer o se estaba cometiendo.
- Que el superior poseyera la autoridad necesaria para impedir o hacer cesar la conducta criminal.

Hay que recordar, muy especialmente, que el artículo 86.2 del Protocolo I, de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra dispone lo siguiente: "El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción".

Ahora bien, los específicos deberes de los Jefes militares en orden a tomar las medidas necesarias para impedir, reprimir o denunciar las infracciones del Derecho Internacional Humanitario (Convenio de Ginebra y sus Protocolos), están establecidos en el artículo 87 del Protocolo I antes citado. Se trata de un deber de prevención (impedir o hacer cesar las violaciones del derecho de los conflictos armados) y de represión (castigar los crímenes de guerra o denunciarlos).

Desde el punto de vista de la ciencia del Derecho penal, y ante la ausencia de un precepto concreto incriminador de esta conducta de los superiores (como ocurre en el Código Penal español), cabe preguntarse si éstos pueden incurrir en responsabilidad penal a título de autores, como una de las formas de participación criminal. Hablamos de una clase de acción penalmente relevante: la comisión por omisión, en la que la no evitación del resultado (omisión del garante, obligado a actuar) se equipara a su causación.

Así, el artículo 11 del CP de 1995 dispone: "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

Como afirma J. Silva Sánchez el inciso primero del precepto exige dos juicios: el primero centrado en la infracción de un deber y el segundo basado en un juicio adicional de equivalencia según el sentido de la ley. No basta pues la violación del deber legal o contractual, o con un actuar precedente peligroso (injerencia fortuita o imprudente) pues es preciso un juicio adicional de equivalencia (la omisión o no evitación del resultado debe ser equivalente a su causación), idea que se convierte en el criterio rector del precepto y se refiere únicamente a la injerencia dolosa.

Ahora bien, según este autor, lo decisivo para determinar el baremo de la "equivalencia según el sentido del texto de la ley" es que se haya asumido el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos también concretos. Se trata del dominio del riesgo típico normativamente idéntico al movimiento corporal que pone en marcha un curso causal, es decir la injerencia que justifica la imputación del resultado lesivo y la aplicación de la figura de la comisión por omisión.

Con independencia de las críticas científicas que ha suscitado la redacción del artículo 11 del CP, probablemente construido sobre dos modelos contrapuestos, puede resultar útil su análisis en relación con los supuestos de responsabilidad de los superiores jerárquicos ante la ausencia de una regla específica que incrimine su conducta. En efecto, establecida para tales superiores la específica obligación convencional de actuar (arts. 86.2 y 87 del Protocolo I de 1977) la omisión de tal deber se equipara a la acción cuando la no evitación del resultado equivalga (juicio de equivalencia) a su causación. Y esto solo sucede cuando el dolo del superior (conocimiento e intención) abarca la producción del resultado lesivo por lo menos a título de dolo eventual, con exclusión de la conducta culposa, que no puede justificar tal imputación porque no se ha producido la necesaria injerencia.

Es verdad que en el ordenamiento penal español existen al menos tres preceptos que, de un modo residual o incompleto, pueden evitar la impunidad de estas conductas criminales de los superiores. Así el artículo 137 del Código Penal Militar castiga con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión al militar con mando que tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitación de facultades o no procediera con la energía necesaria para impedir un delito militar, entre los que se encuentran los delitos contra las leyes y usos de la guerra (arts. 69 a 78). Y entre éstos últimos, el

artículo 78 (también del Código Penal Militar) es un tipo residual que, al sancionar penalmente, "cualesquiera otros actos contrarios" a las normas del Derecho Internacional Humanitario, incrimina la violación del deber impuesto a los superiores por el mencionado artículo 87 del Protocolo I. Interpretación que también puede sostenerse en relación con el artículo 614 del CP, tipo residual muy similar e igualmente aplicable a "cualesquiera otras infracciones o actos contrarios" a las citadas normas. En uno u otro caso, la escasa entidad de la pena (como corresponde a tipos residuales) para castigar hechos que pueden alcanzar una gravedad considerable y la exclusión de la comisión imprudente, aconsejan la inclusión en nuestro ordenamiento penal (fragmentario, como hemos visto) de un precepto que regule de modo específico la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos.

Desde luego esta cuestión no se encuentra bien resuelta en los modelos de derecho comparado que hemos examinado, habiéndose inventariado las siguientes soluciones legislativas:

- La incriminación global de las violaciones del Derecho Internacional de los conflictos armados.
- Las normas generales de Derecho penal sobre participación criminal.
- La incriminación de infracciones a los deberes militares en el Derecho penal militar.
- La ausencia de incriminación penal específica.

Acaso por esta respuesta fragmentaria del Derecho penal interno de los Estados, el artículo 7.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 25.05.1993) estableció que el hecho de que cualquiera de los crímenes de la competencia del Tribunal haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron. Nos encontramos también aquí ante una responsabilidad por omisión, derivada de un deber preexistente de actuar, basada, según Fabrizio Guariglia, en tres elementos:

- 1.º Una relación jerárquica entre un superior y un subordinado.
- 2.º Un elemento subjetivo. El superior "sabía" o "tenía razones para saber". En este caso se describe una negligencia.
- 3.º El incumplimiento por el superior de su deber de garante.

Por lo que se refiere a la existencia de la relación jerárquica, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 16.11.1998, en el caso del Campo de Internamiento de Celebici, estableció que la posición de mando no debe ser necesariamente un poder *de iure*, por lo que no se exige la estructura formal propia de las fuerzas armadas regulares. Se trataba de comandos no

regulares integrados por personas que no estaban formalmente bajo la autoridad de sus jefes o superiores, militares o civiles. Al derrumbarse las organizaciones oficiales en los conflictos desestructurados, el Tribunal entendió que basta una estructura informal, pero con un "umbral": no responden estos superiores cuando *de facto* cesan en su control.

En cuanto al elemento subjetivo, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 02.09.1998 (en el caso de Jean Paul Akayesu) analiza todas las formas de responsabilidad, que comprende tanto la intención maliciosa ("sabía") o la negligencia grave ("tenía razones para saber"), comportamiento culposo que pudiera abarcar los casos en que el superior posea información que le avisaba del riesgo inminente de la comisión de crímenes en el ámbito de su responsabilidad (posición de garante), por lo que le sería exigible el deber de investigación, constituyendo así la conducta pasiva una omisión negligente punible.

Finalmente, la sentencia del caso del Campo de Celebici consideró que si la existencia de una relación de causalidad entre la falta del superior a su obligación de impedir que su subordinado cometa un crimen y la perpetración de este crimen era probable, tal relación no es por tanto necesaria puesto que semejante condición sería incompatible con la existencia misma del principio de la responsabilidad del superior jerárquico por infracción de la obligación de castigar. Conclusión ciertamente muy diferente de la establecida en el artículo 11 del CP español.

El artículo 28 del Estatuto de Roma regula también la responsabilidad de los jefes y otros superiores. Y, en efecto, distingue dos clases de superiores jerárquicos:

- El jefe militar (o el que actúe efectivamente como jefe militar), responsable de los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo.

- El superior que tiene con sus subordinados una relación distinta al jefe militar, responsable de los crímenes cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo. En este segundo supuesto puede tratarse de una relación jerárquica entre funcionarios de policía o también de fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados no gubernamentales en un conflicto armado no internacional.

En uno u otro caso el superior jerárquico responde penalmente por los crímenes de la competencia de la Corte cometidos por su subordinados, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre tales subordinados, siempre que no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Ahora bien, son necesarios además otros requisitos para la exigencia de tal responsabilidad. En el caso de los jefes militares, es preciso que el superior

“hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”.

Si ponemos este precepto [art. 28.a).i) del Estatuto] en relación con el artículo 30 (elemento de intencionalidad), observamos que la regla general establecida sobre el elemento subjetivo de los crímenes de la competencia de la Corte (o culpabilidad) es que se trata de delitos dolosos o intencionales, por lo que constituye una excepción a tal criterio la incriminación de la conducta culposa del superior jerárquico que se describe como alternativa. Es decir, cuando “en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber”. Ciertamente el artículo 30 admite excepciones puesto que comienza con la frase “Salvo disposición en contrario (...)”, pero no parece técnicamente aconsejable dar el mismo tratamiento penal a delitos dolosos e imprudentes. En todo caso la menor culpabilidad (la culpa es la medida de la pena) debería tenerse en cuenta entre los criterios de individualización de la pena y, más concretamente, al desarrollar el artículo 78.1 del Estatuto en las Reglas de Procedimiento y Prueba, para paliar la falta de dosimetría penal de que adolece el sistema penológico estatutario.

Por el contrario, en el supuesto de la responsabilidad penal de otros superiores no militares sólo se incrimina la conducta dolosa, consistente en haber tenido conocimiento o deliberadamente haber hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. Y se añade una condición más: Que los crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo.

6. Elemento subjetivo de los crímenes. La culpabilidad

El artículo 30 del Estatuto (elemento de intencionalidad) salva las críticas formuladas por Kai Ambos sobre el tratamiento de las circunstancias subjetivas de un acto criminal en los sucesivos proyectos, donde persistían algunas dudas sobre la pervivencia de responsabilidad meramente objetiva. Naturalmente nos estamos refiriendo al dolo genérico, ya que el específico está previsto en algunas tipicidades concretas, como en el crimen de genocidio (intención de destruir total o parcialmente a un grupo...).

La responsabilidad penal presupone el dolo general o intención como elemento necesario del crimen, con exclusión de la conducta imprudente o negligente. Ya hemos visto cómo la única excepción de un crimen culposos está integrada por uno de los supuestos de responsabilidad de los jefes militares en el párrafo i) del apartado a) del artículo 28 del Estatuto (“...hubiera debido saber...”), que constituye una “isla” dentro del elemento subjetivo exigible a los demás crímenes de la competencia de la Corte.

De esta forma y siguiendo la clásica teoría del delito, el citado artículo 30 del Estatuto establece, salvo disposición en contrario, que únicamente una persona será penalmente responsable y podrá ser castigada por un crimen de la competencia de la Corte si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. Se necesita pues la concurrencia de éste elemento subjetivo del delito que es el dolo o intención maliciosa que, también siguiendo la doctrina clásica, debe integrarse con dos elementos: la intención y el conocimiento.

Ahora bien, el precepto profundiza más en los requisitos del dolo, al disponer que se entenderá que actúa intencionalmente (primer elemento del dolo) quien:

a) En relación una conducta, se propone incurrir en ella. Es decir, el que realiza intencionalmente la conducta incriminada en el tipo penal, abarcando el dolo todos los elementos del crimen.

b) En relación con una consecuencia:

1.º Se propone causarla o

2.º Es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

Este segundo apartado, que regula el supuesto del sujeto activo de un crimen que tiene intención de realizar la acción u omisión incriminada pero que no se propone causar el resultado previsto por el tipo penal, da solución al problema de la imputación subjetiva de los resultados lesivos, exigiendo que al menos concorra el dolo eventual en relación con el resultado tipificado.

Es normal la proclamación en los textos penales del principio de plena imputación subjetiva en los llamados "delitos cualificados por el resultado", de forma que el dolo debe abarcar todos los elementos típicos, incluida la agravación de la pena por el resultado lesivo adicional (al menos a título de dolo eventual, no bastando la cualificación por el resultado negligentemente causado), con lo que desaparecen los delitos cualificados por el resultado en su versión clásica. Así, el Código Penal español de 1995 se basa, en opinión de J. Silva Sánchez, en la plena imputación dolosa, derivando a las reglas del concurso la consideración del resultado producido por imprudencia. Otra cosa es que el Código Penal no establezca un único sistema para la cuantificación de la pena en los casos de imputación subjetiva del resultado y puedan detectarse hasta cinco soluciones distintas a lo largo de los delitos incriminados en la parte especial, lo que constituye un grave defecto de técnica legislativa.

Pues bien, el problema no se plantea dentro del Estatuto en los tipos simples que describen con un único verbo la acción y el resultado punible (matar, torturar, infligir, atentar), ni siquiera cuando el Estatuto emplea las expresiones "intencionadamente" o "deliberadamente" ["matar intencionadamente" dice el artículo 8.2.a), apartado i) del Estatuto], que en la jurisprudencia y doctrina penal internacional no excluyen la causación del resultado a título de dolo eventual.

La cuestión aparece cuando se trata de crímenes en los que se puede diferenciar entre la acción u omisión tipificada y el resultado o consecuencia de la conducta, también prevista por el tipo penal. Así, el artículo 8.2.b) apartado x) castiga como crimen de guerra “Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos (...) que causen la muerte (...)”. En este supuesto es necesaria la intencionalidad en la conducta (someter a una persona a mutilaciones físicas o experimentos), pero basta que el resultado (muerte de la persona) se produzca a título de dolo eventual, es decir es suficiente que el autor sea consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

No es ciertamente tarea fácil la distinción entre el dolo eventual (o culpa consciente) y la imprudencia temeraria. Y tal dificultad se multiplica al comparar el sistema continental o romano-germánico con el anglosajón o del *common law*. Pues, aunque el concepto de negligencia es sustancialmente análogo en los dos sistemas, como ha precisado un importante estudio realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja el 17.02.1999, el término *recklessness* (“temeridad”) abarca en el *common law* tanto el dolo eventual (*dolus eventualis*) como algunos casos de grave negligencia que en el sistema continental son calificados como de negligencia o imprudencia temeraria, excluyendo el dolo eventual. Y, consecuentemente, este último sistema integra el dolo eventual (o culpa consciente con o sin representación del resultado) en la conducta intencional o dolosa.

Y a esta misma conclusión llega, en nuestra opinión el artículo 30, número 2, apartado b) del Estatuto cuando, en relación con una consecuencia o resultado, parifica el dolo directo con el dolo eventual, en la modalidad de culpa consciente con representación del resultado, pues no otra interpretación cabe dar a la frase “o es consciente de que se producirá (la consecuencia) en el curso normal de los acontecimientos”.

El segundo elemento del dolo es el conocimiento, que es definido por el artículo 30 del Estatuto como la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimiento. Se trata del conocimiento de todos los elementos materiales del crimen, que deben ser abarcados no sólo por la intención del autor sino que éste no puede ignorarlos. Ahora bien, para evitar que este requisito quede desvirtuado por determinadas expresiones que, en particular, afloran en la descripción de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario (que, recordémoslo, no han sido elaboradas con la técnica de la estructura del tipo penal) el precepto que analizamos dispone que las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el amplio sentido que se deriva de la definición estatutaria del “conocimiento”.

7. Las circunstancias eximentes de responsabilidad penal

El artículo 3 del Estatuto, como se cuida de establecer, no contiene el catálogo completo de las circunstancias eximentes de la responsabilidad crimi-

nal. Y ello por dos razones. La primera porque se describen otras eximentes en otros lugares distintos del Estatuto, como, en cierto modo, el error de hecho o de derecho (art. 32) y la obediencia jerárquica (art. 33). Y la segunda porque el catálogo de las eximentes es un *numerus apertus*, conforme a lo que dispone el número 3 del artículo 30 del Estatuto, pues la Corte puede tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las determinadas en tal precepto, siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable. Y no olvidemos que el derecho aplicable (art. 21 del Estatuto) comprende no sólo el Estatuto, los elementos del crimen y sus reglas de procedimiento y prueba, sino también los tratados, principios y normas de Derecho Internacional aplicables (incluidos los principios del Derecho Internacional de los conflictos armados) y los principios generales del Derecho derivados del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo (incluido el Derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen de que se trate).

Pero el Estatuto no quiere que este *numerus apertus* permanezca en absoluta indefinición y por ello arbitra procesalmente una solución que le dote de cierta certeza, al disponer que las Reglas de Procedimiento y Prueba establecerán el procedimiento para el examen por la Corte de una eximente de este tipo.

7.1 Las causas de inimputabilidad

El artículo 26 del Estatuto no contempla la menor edad penal como una circunstancia eximente (como hace el art. 19 del CP español) sino que, simplemente, establece que la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de dieciocho años en el momento de la presunta comisión del crimen. Con esta hábil fórmula el Estatuto evita pronunciarse sobre la espinosa cuestión de la mayoría de edad penal, pues el límite de la minoría de edad a efectos de responsabilidad criminal es cuestión controvertida que da lugar a diversos sistemas y edades en el panorama mundial. Llevando el asunto al campo de la competencia de la Corte, la fijación de la edad de dieciocho años no supone pronunciarse sobre las respectivas edades que las normas internas penales de los Estados toman en cuenta para eximir de responsabilidad criminal.

La enfermedad o deficiencia mental, siempre que prive de la capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de la conducta, o de la capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, es la primera circunstancia eximente que regula el artículo 31 que analizamos. Acoge el Estatuto una fórmula mixta que se basa, en primer lugar, en una enfermedad o deficiencia mental (presupuesto bio-psiquiátrico) y en segundo término, en la incapacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de una conducta o en la incapacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley (presupuesto psicológico), condición que tiene en cuenta la anulación o disminución de la capacidad de querer y entender (intelectual o volitiva) del sujeto.

No hace, sin embargo, el Estatuto referencia expresa al trastorno mental transitorio, que regula el artículo 20.1.º de nuestro Código Penal en relación con las *actio libera in causa*, aunque lo estimamos comprendido en los amplios términos de la eximente. Y también debemos entender comprendidas las alteraciones en la percepción a que alude nuestro Código Penal en el artículo 20.3.º (desde el nacimiento o desde la infancia, que alteren gravemente la conciencia de la realidad), dentro de la expresión "deficiencia mental".

Otra causa de inimputabilidad establecida en el artículo 31.1.b) del Estatuto es el estado de intoxicación que prive al sujeto de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta o de su capacidad para controlar esta conducta a fin de no transgredir la ley. La entidad de la intoxicación, dados sus efectos sobre la capacidad cognoscitiva y volitiva del sujeto, podría calificarse de plena (art. 20.2.º del CP), sin que el precepto estatutario determine la naturaleza de las sustancias que han producido tal intoxicación, como hace nuestro Código al aludir al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. Y, asimismo, omite toda referencia al "síndrome de abstinencia".

También sigue esta eximente el criterio mixto asentado en una valoración biológica (la intoxicación) seguida de un presupuesto psicológico (la plena incapacidad volitiva o cognoscitiva). Pero aquí el Estatuto añade la clásica excepción de las *actio libera in causa*, al disponer que no será de aplicación la eximente cuando el sujeto se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera. Esta fórmula, muy similar a la que emplea el Código Penal español (art. 20.2.º), sigue la doctrina generalmente aceptada sobre las *actio libera in causa*, que excepciona los efectos eximentes de la intoxicación plena tanto cuando es buscada voluntariamente tal situación (provocación intencional) como en los casos de provocación imprudente. Abarcando, como escribe Rodríguez Mourullo, la culpa consciente o con representación ("... a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen ...") o de culpa inconsciente ("... o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera").

7.2 Las causas de justificación

El Estatuto en el largo y complejo apartado c) del artículo 31 regula la eximente de legítima defensa, añadiendo algún supuesto cuya naturaleza linda con las eximentes de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad justificante que sin duda también pueden ser consideradas como causas de justificación.

La estructura de la eximente es, sin embargo, la clásica de la legítima defensa pues, en definitiva se trata de una reacción defensiva "contra un uso

inminente e ilícito de la fuerza", actuación que se ha de caracterizar por su razonabilidad y proporcionalidad al grado de peligro para el que se defiende, para un tercero o para los bienes protegidos.

Salvo la alusión excluyente de la "falta de provocación suficiente por parte del defensor", el precepto contiene los requisitos esenciales de la eximente de legítima defensa (art. 20.4.º del CP español) tales como: 1.º Agresión ilegítima, que el Estatuto denomina "actuación (...) contra un uso inminente e ilícito de la fuerza". Este requisito constituye el presupuesto esencial de la legítima defensa, sin cuya concurrencia no cabe apreciarla ni siquiera como eximente incompleta. Pero además la agresión debe ser inminente, actual y real u objetiva. 2.º Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, que el precepto que analizamos concreta en actuar "razonablemente" y "en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos". La necesidad racional del medio empleado implica, según C. Suárez González, tanto la necesidad en abstracto de la defensa (cuya ausencia dá lugar a un "exceso extensivo"), como a la necesidad en concreto del medio empleado (cuya no existencia supone un "exceso intensivo"), implicando también este requisito que el medio defensivo utilizado sea proporcionado al peligro, como expresamente exige el Estatuto.

El término "en defensa" ha sido interpretado por doctrina y jurisprudencia en el sentido de que es exigible en esta causa de justificación un especial "ánimo defensivo" (*animus defenssionis*), elemento subjetivo que resulta esencial para la apreciación de la eximente.

Hasta aquí los requisitos clásicos de la legítima defensa que concurren en el artículo 31.c) del Estatuto. Pero los problemas sobre la naturaleza de la eximente comienzan al tratar de determinar su alcance. No hay inconveniente alguno al constatar la admisibilidad de la (legítima) defensa propia o de un tercero, ni tampoco se cuestiona que, en el caso de los crímenes de guerra, se reconozca la (legítima) defensa de un bien que fuese esencial para su supervivencia (es decir para la supervivencia de quien se defiende) o la de un tercero. En estos supuestos ciertamente nos encontramos en los lindes de la legítima defensa con el estado de necesidad.

Sin embargo afloran las dudas sobre el alcance de la legítima defensa cuando se trata [como dispone el art. 31.c) citado] de actuar razonablemente, en el caso de los crímenes de guerra, en defensa de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, concurriendo naturalmente los restantes requisitos (reacción contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para los bienes protegidos). Como afirma C. Suárez González, no resulta factible canalizar por la vía de esta causa de justificación la defensa de intereses supraindividuales, debiendo reconducir estos supuestos al ámbito del estado de necesidad. Y por mi parte veo un cierto parentesco de esta eximente "atípica" con otra causa de justificación: la de obrar en cumplimiento de un deber. No se olvide que, si es un militar el que actúa

razonable y proporcionadamente en (legítima) defensa de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar y contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, resultando justificada su actuación en el caso de crímenes de guerra, tal militar actúa conforme a derecho fundamentalmente porque está obrando en cumplimiento de su deber, es decir, haciendo un uso legítimo de la fuerza en el curso de un conflicto armado, naturalmente si no se extralimita y existe el necesario equilibrio entre la entidad de la agresión ilícita y el medio empleado en la reacción defensiva.

En todo caso, trátase de legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber o una atípica mezcla de todas estas causas de justificación, el Estatuto regula esta situación exclusivamente para los crímenes de guerra, lo que puede llevar a pensar que en tales crímenes (o en alguno de ellos) existe una menor carga de antijuricidad que en los restantes (genocidio, crímenes de lesa humanidad o de agresión) lo cual es bien dudoso y en extremo peligroso pues puede conducir, en una interpretación ciertamente rechazable, a justificar las represalias contra personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado, rigurosamente prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario (arts. 46 del I Convenio de Ginebra, 47 del II Convenio, 13 del III Convenio, 20, 52, 53, 55 y 56 del Protocolo I de 1977 y 4 del Convenio de La Haya de 1954). Es decir, ante un ataque (agresión ilegítima) del enemigo contra personas o bienes civiles podrían intentar justificarse las represalias contra la población civil o bienes enemigos, alegando la defensa de un bien que se juzgue esencial para realizar una misión militar. Sin embargo, como matizaremos más adelante, las descripciones de los crímenes de guerra contienen en sí mismas, al proceder de las normas de un elaborado derecho de los conflictos armados, los elementos negativos del injusto que normalmente hacen ociosa esta causa de justificación.

Acaso para atajar la excesiva amplitud de la eximente, el propio Estatuto (en el inciso final del precepto que analizamos) se cuida de precisar que “El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado”. Sin embargo, pese a lo razonable de tal precisión, no han faltado voces que han puesto de manifiesto las dificultades para definir qué debe entenderse por “operación de defensa”.

En relación con las causas de justificación apreciables en los crímenes de guerra, conviene destacar la posición de los Estados Unidos de América que, al elaborar los “Elementos del crimen” (art. 9 del Estatuto), incluyó en la propuesta presentada a la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (Documento PCNICC/1999/DP.4/Add.2, Naciones Unidas, Nueva York, 04.02.1999) una cláusula de estilo que se repetía en numerosos crímenes [incluso en los “tratos inhumanos” del art. 8.2.a).ii) del Estatuto] y según la cual resultaría necesario “Que los actos no hayan tenido justificación ni excusa en derecho y el acusado los haya cometido a sabiendas de ese hecho”. Cláusula que había que poner en relación con las definiciones también presentadas por aquel Estado (Documento PCNICC/1999/DP.4), según las cuales por

“justificación o excusa legal” se entenderá la justificación basada en razones de seguridad, necesidades militares u operativas u otras razones imperativas de interés general, o en una autorización o requisito legal. Por ejemplo, en los casos previstos en el derecho de los conflictos armados, la necesidad militar es una “justificación o excusa legal”. Añadiendo que cuando el hecho constitutivo de un crimen es análogo o idéntico a un acto lícito, se incorpora como elemento el requisito de la ausencia de justificación o excusa legal.

Con independencia de que no se llega a comprender cuándo los “tratos inhumanos” pueden ser considerados “análogos o idénticos a un acto lícito”, es técnicamente inadecuada la inclusión de elementos negativos del tipo entre los denominados “Elementos del crimen”, pues es suficiente la existencia (entre los principios generales del Derecho Penal, como hemos visto) de las genéricas causas de justificación. Y ello porque tales causas forman parte integrante del injusto, como características negativas del tipo criminal y no es necesario incluirlas en la propia figura penal. Las causas de justificación del artículo 31 del Estatuto son aplicables a los crímenes de la competencia de la Corte y se diferencian claramente de las “circunstancias negativas del tipo” que son aquellos elementos que describe el tipo expresamente, mediante la negación de una situación de hecho (G. Rodríguez Mourullo). O lo que es lo mismo: formulando negativamente características del tipo. Así, los crímenes de guerra consistentes en dirigir intencionalmente ataques contra civiles “que no participen directamente en las hostilidades” o contra objetos civiles “que no son objetivos militares” [art. 8.2.b).i) e ii) del Estatuto].

En definitiva, no hay que buscar otras causas de justificación que las reconocidas ampliamente por el Estatuto, ni mucho menos incorporarlas como elementos negativos del tipo a través de los “Elementos del crimen”. Y, por lo que se refiere a los crímenes de guerra, compartimos uno de los postulados de la llamada Carta de Atenas (XIV Congreso de la Société de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, 1997) cuando declaraba que: “(...) la medida de la necesidad militar como causa de justificación estará determinada por las normas de Derecho Internacional Humanitario, excluyendo las excusas o justificaciones basadas en consideraciones de orden político o seguridad nacional”.

7.3 Las causas de exculpación o inculpabilidad

El apartado d) del artículo 31 del Estatuto regula una causa de inculpabilidad o exculpación que, en principio, parece similar al miedo insuperable reconocido como eximente en el artículo 20.6.º de nuestro CP. En efecto, el Estatuto considera que no será penalmente responsable quien hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya crimen de la competencia de la Corte, como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa

amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar.

Esa amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otras personas; o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

Justamente el empleo de la palabra "coacción" es lo que acerca esta exigente a la de "miedo insuperable", donde lo decisivo es la situación subjetiva emocional de temor no superable, que describe el Estatuto cuando dice que el sujeto "se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza". Como afirma la jurisprudencia, nos encontramos realmente con un presupuesto social de inexigibilidad de otra conducta distinta a la realizada, que configura una causa de exclusión de la culpabilidad (causa de exculpación o inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta).

El precepto establece los siguientes requisitos: 1.º Existencia de una amenaza de muerte o lesiones corporales graves. 2.º Que esa amenaza sea inminente. 3.º Que esa amenaza se dirija contra el sujeto u otra persona cualquiera. 4.º Que el sujeto actúe como consecuencia de la coacción y compelido por la amenaza. 5.º Que actúe necesaria y razonablemente para evitar la amenaza. 6.º Que no tenga intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar (ponderación entre el mal temido y el causado que ha eliminado el Código Penal español). 7.º Que la amenaza hubiere sido hecha por otras personas o estuviera constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

Precisamente es esta última alternativa (amenaza constituida por otras circunstancias ajenas al control del sujeto) la que plantea la naturaleza de la exigente en tal supuesto, ya que si la amenaza proviene de "otras personas" parece fácilmente encuadrable en el miedo insuperable. Pero si la amenaza no dimana de una actuación coactiva humana, con independencia de lo poco apropiado que resulta llamar "amenaza" o "coacción" a estas circunstancias ajenas al control, nos acercamos a los lindes de otra causa de inculpabilidad: el estado de necesidad exculpante. Eximente que se caracteriza justamente por la existencia de un "estado de necesidad" y aquí se trataría de una persona compelida a actuar necesaria y razonablemente para evitar una "amenaza" inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, constituida por "otras circunstancias ajenas a su control". Es decir, esta situación parece subsumible en la clásica definición de Cerezo Mir de estado de necesidad: "Una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber".

El estado de necesidad, en opinión de la mayor parte de la doctrina, es causa de justificación cuando el mal causado es menor que el que se trata de evitar y causa de exculpación basada en la no exigibilidad de otra conducta cuando la colisión de deberes se produce entre bienes equivalentes ("... siempre que no

se tuviera intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar", dice el Estatuto).

8. Especial consideración de la obediencia jerárquica

Toda la actividad del Estado, escribe H. H. Jescheck, se realiza mediante órganos que ordenan y órganos que ejecutan, al encontrarse el personal (militar o funcionario) en una relación jerárquica de la que deriva la potestad de mando y su correlativo deber de obediencia. Ahora bien, el deber de obediencia descansa en la existencia de mandatos vinculantes (órdenes) y al emanar la orden del superior competente, el mandato goza de la presunción de juridicidad. De forma que la orden vincula al subordinado hasta donde llega esta presunción, aunque sea un mandato antijurídico.

Naturalmente para que se trate de un mandato vinculante debe reunir la orden una serie de requisitos formales (competencia del superior y forma adecuada) y materiales (no violar manifiestamente el ordenamiento jurídico ni imponer una conducta contraria a la dignidad humana o al Derecho Internacional Humanitario), que son recogidos por los artículos 19 y 21 del Código Penal Militar, artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, artículo 5 de la Ley Orgánica 2/1986 y artículo 410.2 del CP.

Para esta postura hay mandatos antijurídicos obligatorios, porque la ley (en casos poco importantes) valora más el deber de obediencia del subordinado que el deber de respeto al resto del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, si el cumplimiento de la orden constituye un delito, el mandato vinculante se convierte para el subordinado en una causa de justificación, aunque el contenido de la orden vinculante sea antijurídico.

En resumen, el deber de obediencia del subordinado nace de un mandato vinculante y, al ejecutarlo, el inferior actúa conforme a derecho porque se encuentra obligado a obedecer, incluso si la orden es contraria al ordenamiento jurídico administrativo.

Por el contrario, un mandato sin fuerza vinculante sólo puede tener efectos exculpativos, porque el subordinado que cumple una orden contraria al ordenamiento jurídico penal obra típica y antijurídicamente, aunque crea (erróneamente) en el carácter vinculante del mandato que recibe, de forma que responde penalmente cuando el subordinado advierte que la ejecución constituye delito o cuando resulta evidente según sus conocimientos. Así pues, el militar no resulta exculpado si la antijuricidad penal de los actos de cumplimiento de la orden es evidente, manifiesta o palmaria, lo que sucede cuando esta contrariedad al ordenamiento jurídico puede ser advertida por cualquier persona.

No hay base para la exculpación si no se han cumplido los requisitos formales de la orden (emanar de un superior, referirse al servicio y revestir la forma adecuada) o si el inferior sabe que faltan los requisitos materiales de la

orden vinculante porque su ejecución entraña un delito. En resumen, los límites del efecto exculpatório de una orden no vinculante radican en que sólo puede eximir de responsabilidad si el subordinado creyó que la orden era vinculante y era posible considerarla así.

Naturalmente también el miedo insuperable, coacción, estado de necesidad coactivo o amenaza graves, pueden exculpar al subordinado que ejecuta un mandato antijurídico constitutivo de un crimen de la competencia de la Corte, según el apartado d) del artículo 31 del Estatuto, al que nos remitimos.

Según C. Pérez del Valle, la tesis mayoritaria en la doctrina española es la consideración de la obediencia debida como una causa de justificación, por lo que las órdenes legales son un problema de la eximente de cumplimiento de un deber. Y ello ha conducido a la supresión de la clásica eximente de obediencia en el Código Penal de 1995. Para esta tesis existe el deber de cumplir una orden antijurídica, lo que lleva al subordinado a una colisión entre el citado deber de obediencia y el deber general de evitar lo delictivo o ilícito. Si en este conflicto prevalece el deber de obedecer, el subordinado actúa justificadamente, pues el superior es autor mediato detrás del instrumento (el subordinado) que actúa de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Para otro sector de la doctrina penal, sólo son obligatorias las órdenes que son conforme a derecho, por lo que no existen los mandatos antijurídicos obligatorios y únicamente se puede producir la exculpación por la creencia errónea en la obligatoriedad de una orden por parte del subordinado que la recibe y cumple. Esta eximente de obediencia jerárquica, por otra parte, ha sido tradicionalmente rechazada en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, particularmente en el castigo de los crímenes de guerra. Así se excluye la aplicación de la obediencia por violaciones del Derecho Internacional Humanitario en los códigos o leyes penales de Italia, Bélgica, R. F. de Alemania, Canadá, Brasil, Yugoslavia y España.

En general, a la vista de las legislaciones penales de los Estados, la obediencia jerárquica como causa de exclusión de la pena sólo queda suprimida cuando el subordinado conoce el carácter delictivo de la orden o cuando éste es manifiesto y tal desconocimiento le sería reprochable.

Después de lo dicho es fácil concluir que, tanto para los partidarios de elaborar la obediencia (jerárquica o debida) como causa de justificación o como causa de exculpación, se acaba reconociendo que la regulación de tal eximente se debe construir en sede del error de prohibición (art. 14 del CP), pues la consideración de la obediencia debida como eximente de obrar en cumplimiento de un deber (causa de justificación) se debe completar en el marco del error (vencible o invencible) de prohibición (causa de inculpabilidad). Acaso la solución pueda encontrarse en la elaboración de una causa de exculpación específica (particularmente en el Derecho penal militar), próxima al error de prohibición, donde se especifiquen sus límites y se establezca una presunción *iuris tantum* en favor del que actúa en virtud de obediencia jerárquica.

Estas u otras reflexiones han llevado al Estatuto a regular en su artículo 33 la eximente de obediencia jerárquica bajo el epígrafe de "Órdenes superiores y disposiciones legales", mientras que el legislador penal español suprimía tal circunstancia de exención del Código Penal de 1995, aunque no en el Código Penal Militar.

El presupuesto del que parte la norma estatutaria es el cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, que entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte. Así, la superioridad jerárquica puede tener virtualidad suficiente para eximir de responsabilidad criminal sin que baste con la remisión a la correspondiente causa de justificación (obrar en cumplimiento de un deber), puesto que el tratamiento de la obediencia jerárquica en el Estatuto se inscribe en su consideración como causa de inculpabilidad o exculpación muy próxima al error de prohibición. Tan próxima que el propio artículo 32 del Estatuto (error, de hecho o error de derecho), al regular el error de derecho, para concederle la consideración de eximente (en uno de los supuestos) se remite expresamente a la regulación de la obediencia jerárquica ("... o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto").

En todo caso, la virtualidad exculpatoria de la obediencia jerárquica en el Estatuto es excepcional. Y ello porque, en primer lugar, se formula una regla general de forma negativa ("Una persona que haya cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximida de responsabilidad penal ...") seguida de una excepción ("... a menos que ...") condicionada a la existencia de los tres requisitos que detalla. En segundo término porque, en la práctica, la eximente sólo será aplicable a los crímenes de guerra (o al *non nato* crimen de agresión), puesto que el mismo precepto, en su número 3, se encarga de establecer una presunción legal de que "las órdenes para cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas", lo que impide la concurrencia en tales crímenes del tercer requisito exigido por la norma: que la orden no fuera manifiestamente ilícita.

Con sobrada razón pudiera pensarse que tal presunción alcanza la categoría de *iuris et de iure* (es decir: no admite prueba en contrario) y si así se interpretara, el artículo 33 sería en cierto modo contradictorio, pues la frase inicial "Una persona que haya cometido un crimen de la competencia de la Corte (...)" comprende los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra (y, en su caso, el crimen de agresión), mientras que la presunción *iuris et de iure* excluye radicalmente a dos de ellos. Pero es que, además, no hay razones válidas que avalen la distinción que se establece entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, a efectos de la manifiesta ilicitud de las órdenes superiores para cometerlos. Basta leer el apartado xxi), letra b), número 2, del artículo 8 del Estatuto ("Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado ...") y comparar estos crímenes

de guerra con las acciones idénticas que se tipifican en el artículo 7.1.g) como crímenes de lesa humanidad, para concluir que carece de sentido estimar que una orden para cometerlos debe presumirse manifiestamente ilícita en un supuesto y no en otro exacto. Si buscamos el ejemplo de la deportación o traslado forzoso de población (crimen de lesa humanidad y también crimen de guerra) nos encontraremos con preceptos casi idénticos, en los que no deja de presentar fundadas dudas la proclamación de una presunción *iuris et de iure* relativa a que todos los mandatos emitidos (ordenando la comisión de tal crimen de lesa humanidad) revistan el carácter de “manifiestamente ilícitas”, puesto que el propio precepto [art. 7.2.d) del Estatuto] al definir la “deportación o traslado forzoso de población” se ha visto obligado a excepcionar la antijuricidad en algunos casos, añadiendo un elemento negativo del injusto de carácter normativo (“... sin motivos autorizados por el Derecho Internacional”). Son posibles pues órdenes no manifiestamente ilícitas cuando existan dudas sobre si determinados motivos para el traslado forzoso de población para alejarla de la proximidad de un objetivo militar, están o no autorizados por el Derecho Internacional.

Finalmente, la tradicional cautela con que un Derecho penal culpabilista (que no puede prescindir del elemento intencional o *mens rea*) examina las presunciones *iuris et de iure* nos inclina por una decidida crítica del precepto al considerar que la presunción establecida debería admitir prueba en contrario (presunción *iuris tantum*).

En el artículo 33 que analizamos se exige para la eximente la concurrencia imprescindible de tres requisitos.

El primero es meramente formal y hace referencia a la relación jerárquica que debe existir entre el superior de quien emana el mandato y el subordinado en quien debe concurrir el deber de obediencia. De manera que la orden debe ser dada por un superior jerárquico (es decir: el gobierno o un superior, sea militar o civil), dentro de la esfera de su competencia y en relación con asuntos del servicio (que implica que la orden se encuentre dentro de las atribuciones que legalmente correspondan al superior, pues fuera de ellas no existe deber de obediencia jerárquica), es necesario que se comunique el mandato en la forma adecuada (normalmente se puede exigir por escrito si la ejecución de la orden compromete la responsabilidad del subordinado) y es preciso que se trate de una orden concreta (para llevar a cabo u omitir una actuación específica) y de un mandato inequívoco y terminante (algo distinto al mero asesoramiento o consejo). Finalmente es imprescindible que el deber de obediencia derivado de la relación jerárquica se encuentre establecido por ley, es decir por una norma jurídica de adecuado rango.

Este primer requisito (que la persona que haya cometido el crimen estuviera obligada por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superiores) no hace referencia a la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, pues no se pronuncia sobre el contenido de la orden (conforme o no al ordenamiento jurídico), sino que se limita al aspecto formal consistente en la preexistencia de

una relación jerárquica de subordinación de la que se derive la genérica obligación del subordinado de obedecer las órdenes emanadas del gobierno o de sus superiores.

El segundo requisito se adentra ya en el contenido del mandato, puesto que es necesario que el subordinado "no supiera que la orden era ilícita", lo que describe un clásico e invencible error de prohibición. A este requisito se refería, con ancestral terminología, el derogado Código de Justicia Militar español cuando excluía la eximente de obediencia debida si se había prestado "con malicia". En definitiva, el subordinado que sabe que la orden recibida es ilícita (no se exige que conozca su carácter delictivo, sino que basta con que sea consciente de su contrariedad al ordenamiento jurídico), aunque estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes de sus superiores, no puede ampararse en la eximente de obediencia jerárquica pues su exculpación se puede basar únicamente en el error de prohibición. Y como consecuencia, podemos decir que no se le puede imponer el deber de obediencia respecto al cumplimiento de tales órdenes (ilícitas), sino que, por el contrario, al negarle la exención de responsabilidad penal si las ejecuta, realmente se le obliga a desobedecerlas.

Pero no basta para la apreciación de la eximente que el sujeto estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes de sus superiores, ni que no supiera que la orden era ilícita, además es preciso (y éste es el tercer requisito que establece el precepto) que la orden no fuera manifiestamente ilícita. El adverbio "manifiestamente" (es decir, con claridad y evidencia, descubiertamente) es la clave del precepto y confiere cierto carácter objetivo a la calificación de la orden (frente a la ignorancia del sujeto sobre la ilicitud del mandato). Ahora sí se elimina la posibilidad de un error de prohibición puesto que, en todo caso, ese error sería vencible ante la manifiesta ilicitud de la orden. A parecida solución llegó el artículo 21 del Código Penal Militar español (y otros muchos en el panorama del Derecho comparado, entre los que destaca la Ley Penal Militar alemana de 1974) cuando rechaza la exención o atenuación de la obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución. En nuestro Código Penal de 1995, estas cuestiones deben resolverse mediante la aplicación del artículo 14.3, que regula el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal.

9. Tratamiento del error

Pese a todos los esfuerzos empeñados en la Conferencia Diplomática de Roma, el Estatuto, en su artículo 32, sigue empleando la caduca terminología del "error de hecho o error de derecho" para eximir de responsabilidad penal. La clave del precepto es el error (de hecho o de derecho, o con mejor técnica: error de tipo o error de prohibición) que "hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen", denominador común en el precepto

a las dos clases de error, pues el inciso final del artículo remite simplemente a la eximente de obediencia jerárquica (art. 33 del Estatuto), como uno de los posibles supuestos del error de derecho.

La crítica se refiere pues a la ya superada terminología (error de hecho y error de derecho), abandonada por la legislación, jurisprudencia y doctrina penal modernas, que se refieren hoy al error de tipo (error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, art. 14.1 y 2 del CP) o al error de prohibición (o de permisión), en el que el autor supone erróneamente que su acción está permitida, bien directamente porque desconoce la norma prohibitiva o bien indirectamente porque cree justificada su conducta (causa de justificación putativa).

Ahora bien, como ha puesto de manifiesto la doctrina (G. Rodríguez Mourullo), no coincide la distinción error de tipo-error de prohibición con la dicotomía error de hecho-error de derecho, pues hay errores de prohibición que son errores de hecho (agresión sin base real en la legítima defensa putativa) y errores de tipo que son errores de derecho (error sobre un elemento normativo del tipo penal, por ejemplo, el error sobre la naturaleza de objetos civiles u objetivos militares, o sobre la condición de prisionero de guerra). La referencia del Estatuto al error de hecho y error del derecho fue justamente calificada en Roma por un ilustre penalista como una distinción propia del paleolítico superior superada hace tiempo por la ciencia del Derecho Penal Continental.

Nada se dispone en el precepto sobre la vencibilidad del error, dada la inexistencia de tipos imprudentes en los crímenes de la competencia de la Corte [con la excepción, como hemos visto, de un supuesto previsto en el art. 28.a).i) del Estatuto], en virtud de lo determinado por el artículo 30 (Elemento de intencionalidad). Sin embargo, es evidente que el error vencible, tanto de hecho como de derecho, debe ser tenido en cuenta a la hora de individualizar la pena aplicable (art. 78), como causa de atenuación que debe incluirse en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Finalmente, es indudable que el "error de derecho" acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte, que es un error procesal intrascendente para la intencionalidad delictiva (y que deja inalterables todos los elementos del tipo), no puede eximir de responsabilidad criminal, como acertadamente dispone el primer párrafo del artículo 32.2 del Estatuto.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.2

O DIREITO PENAL ENTRE A “SOCIEDADE INDUSTRIAL” E A “SOCIEDADE DO RISCO”*

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

* **Resumo:** Para fazer face à sociedade do risco, deve o Direito Penal renunciar ou modificar o paradigma atual? O novo século e o novo milênio devem assistir à persistência da função do direito penal de exclusiva tutela subsidiária de bens jurídico-penais, tanto individuais e pessoais como sociais e transpessoais? Ou deve o Direito Penal instrumentalizar-se como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades de política criminal ou de tutela de ordenamentos morais? Essas são as questões básicas tratadas, concluindo-se no sentido de que “a dogmática penal deve evoluir, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos que não podem ser decerto os dos séculos passados como formas adequadas de resolver os problemas do século XXI, mas sem por isso ceder à tentação de ‘dogmáticas alternativas’ que podem, a todo momento, volver-se em ‘alternativas à dogmáticas’, incompatíveis com a regra do Estado de direito e, como tal, democraticamente ilegítimas”.

Palavras-chave: Sociedade do risco – Função do Direito Penal – Paradigmas.

O doutor Rogério Soares escreveu, vão lá três décadas, um livro notabilíssimo no conspecto do pensamento juspublicista mundial – se bem que o reconhecê-lo possa custar à sua modéstia intelectual e ao seu impenitente (mas benfazejo) relativismo perante “as coisas” do Direito.¹ Desse estudo disse Aníbal Almeida, em justa apreciação, “que, a ter tido a fortuna de ser escrito em inglês e lançado lá fora, seria hoje, seguramente, um ‘clássico moderno’ sobre as vicissitudes do ‘espírito público’ nas actuais *sociedades técnicas* com a complexidade própria da nossa *aldeia global* delineada por Marshall Mc Luhan, ao mesmo título que o são as obras conhecidas de Jürgen Habermas ou de Norberto Bobbio...”.² Nele se leva a cabo uma síntese do estado do direito público na transição da sociedade liberal “clássica” para a sociedade técnica de massas, caldeada pela certa premonição dos problemas fulcrais que a sociedade industrial avançada teria de defrontar e resolver um dia para manutenção e

(*) O presente texto foi originariamente escrito como contributo para o livro de homenagem ao Prof. Dr. Rogério Guilherme Erhardt Soares, em vias de publicação pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(1) Rogério Soares. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântida, 1969.

(2) Aníbal Almeida. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (=BFD)*, 1993, p. 761.

reforço do ideal democrático. Até ao ponto de se poder asseverar que nas páginas de *Direito público e sociedade técnica* – ou sob elas – se contém já, claramente presente, o *paradigma juspublicista* próprio da sociedade industrial acabada do fim do século XX.

Esta convicção dá-me ensejo para tomar uma tal síntese como pressuposto das considerações que em seguida bordarei sobre o *paradigma penal* neste dobrar do século e sobre as suas esperanças de poder subsistir nos tempos que se avizinham ou em que já está imerso. Deixarei implícito o aludido paradigma juspublicista, na certeza de que por todos será reconhecido que ele se interpenetra estreitamente com o paradigma penal e, em muitos pontos essenciais, constitui mesmo o seu suposto subjacente; e que, assim, aquele continuará presente nos momentos essenciais das considerações posteriores. Que elas, na sua singeleza, possam ser gratas ao nobre espírito de Rogério Soares, para quem foram pensadas desde o primeiro instante³ e a quem as dedico com a amizade e a admiração da primeira hora, acompanhadas do sinceríssimo voto *ad multos et bonos*.

I. A reforma do Código Penal português de 1982, que teve lugar em 1995, introduziu no articulado um novo preceito – aquele que reputo o mais importante de todo o diploma, o do novo art. 40.º – subordinado à epígrafe “Finalidades das penas e das medidas de segurança” e que reza assim: “1 – A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. 2 – Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa. 3 – A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do ilícito e à perigosidade do agente”.

Este preceito culmina, em minha opinião, toda uma evolução político-criminal e dogmática, cujo primeiro esboço sistemático talvez possa ancorar-se na publicação na Alemanha, em 1966, da Parte Geral do Projecto Alternativo de um Código Penal;⁴ mas, mais do que isso, ele consubstancia, de forma exacta, o *paradigma penal* das sociedades democráticas industriais do fim do séc. XX. Um paradigma cujas raízes mais longínquas devem procurar-se no pensamento filosófico ocidental moderno a partir do séc. XVII e se exprimem por excelência no racionalismo cartesiano; na doutrina jurídico-política do individualismo liberal cunhada pelos pensadores europeus coevos, sobretudo ingleses e franceses, e que teve na Revolução Francesa a sua máxima realização política e social; e na mundividência antropocêntrica e humanista que, por entre teses e

(3) Se bem que uma versão preparatória deste escrito tenha servido à minha intervenção no Colóquio organizado pela Universidade Lusfada por ocasião do doutoramento *honoris causa* de Claus Roxin (mar., 2000) e posteriormente a uma conferência que proferi no Brasil, em Recife, no I Congresso das Américas de Ciências Criminais, que teve como tema central “As ciências criminais e a realidade social do terceiro milénio” (maio, 2000).

(4) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, Tübingen : Mohr, 1996.

antíteses aparentemente irreductíveis, haveria de se impor no nosso século e conduzir o movimento formidável a favor dos direitos humanos e da sua afirmação em todos os tempos, lugares e condições. Um paradigma, por outro lado, que no âmbito jurídico-penal deve reivindicar-se da sua filiação no movimento do Iluminismo Penal e em muitas das suas teses centrais, em particular as da função *exclusivamente protectiva* do direito penal no sistema social, da natureza puramente *secular* deste direito, da *intervenção mínima* e da sua *necessidade*.

Um tal paradigma – de que o notabilíssimo *Tratado de direito penal* de Claus Roxin oferece agora o mais qualificado testemunho político-criminal e dogmático⁵ – corresponde, nas teses essenciais que o perpassam e lhe dão fundamento, àquilo que eu mesmo venho, modestamente, pensando e ensinando ao longo das últimas três décadas.⁶ Se quiser desimplicar um tal paradigma – embora quanto em seguida afirme só a mim me vincule e não necessariamente ao pensamento de Roxin –, talvez que me atreva a fazê-lo por meio das seguintes teses:

1.ª tese: Na inter-relação das três disciplinas que conformam a “ciência conjunta do direito penal” – correspondente a um entendimento renovado da *gesamte Strafrechtswissenschaft* de que há um século falou v. Liszt –, o primeiro e indisputável lugar deve ser concedido à *política criminal*. Por duas razões principais: porque é à política criminal que pertence hoje definir o *se* e o *como* da punibilidade, isto é, nesta acepção, os seus *limites*; e porque (de algum modo, consequentemente) os conceitos básicos da doutrina do facto punível, muito para além de serem “penetrados” ou “influenciados” por considerações político-criminais, devem pura e simplesmente – e foi mérito indeclinável de Roxin tê-lo posto em evidência⁷ – ser *determinados* e *cunhados* a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema.

2.ª tese – Função do direito penal é, *exclusivamente*, a *protecção subsidiária de bens jurídicos*, tal como Roxin a vem definindo há longo tempo.⁸ Apenas acrescentarei que se não trata da tutela de *quaisquer* bens jurídicos, mas só de bens jurídico-penais, entendendo por tais os bens jurídicos fundamentais à vida comunitária e ao livre desenvolvimento da pessoa e que, por isso mesmo, hão-de encontrar refracção no texto e na intencionalidade da Constituição, em

(5) C. Roxin. *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, München: Beck,³ 1997, sobretudo § 2. Há tradução espanhola da 2.ª ed. por Luzón Peña, Díaz e García Conlledo e De Vicente Remesal, Madrid : Civitas, 1977.

(6) Já em “A reforma do direito penal português. Princípios e orientações fundamentais”. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* XLVIII, 1972, p. 117 *et seq.* e, por último, em *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999, Capítulos 1, 2 e 3.

(7) C. Roxin. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*,² 1973. Há tradução espanhola da 1.ª ed. alemã (1970) por F. Muñoz Conde, Barcelona : Bosch, 1972.

(8) C. Roxin, como na nota 5, § 2.

matéria seja de direitos individuais, seja de direitos sociais, seja de organização política e económica.⁹

3.^a tese – A aplicação de penas e de medidas de segurança é comandada *exclusivamente* por finalidades de prevenção, nomeadamente de *prevenção geral positiva* ou de *integração* e de *prevenção especial positiva* ou de *socialização*; a culpa, segundo a função que lhe é político-criminalmente determinada, constitui somente condição necessária de aplicação da pena e limite inultrapassável da sua medida. Enfatizarei, neste contexto, somente dois pontos que não encontram paralelo na doutrina roxiniana. É um o de que, dentro do limite máximo permitido pela culpa, a pena deve ser determinada – como desde há muito defendo¹⁰ e em data recente, de forma pormenorizada e concludente, demonstrou Anabela Rodrigues¹¹ – no interior de uma “moldura de prevenção geral positiva”, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; dentro desta moldura de prevenção geral positiva a medida da pena será encontrada em função de exigências de prevenção especial, *maxime*, de socialização. O outro ponto – que pode soar estranhamente aos ouvidos de quem desconheça o sistema legislativo português, mas que, no contexto internacional, já hoje encontra suporte em jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹² – é o de que considerações de prevenção *geral* positiva, nomeadamente sob a forma de manutenção da tranquilidade social e de tutela da confiança comunitária nas normas, podem desempenhar papel essencial também no domínio da aplicação das *medidas de segurança*, nomeadamente das privativas da liberdade.

Nestas três teses político-criminais se consubstancia essencialmente, em meu modo de ver as coisas, o paradigma penal que nos acompanha neste fim de século. Mas no momento que passa é natural – e salutar – que perguntemos: estará ele destinado a acompanhar-nos no século e no milénio que se avizinham? Ou haverá já no horizonte sinais da necessidade de uma nova *revolutio* nas concepções básicas, nomeadamente no que toca ao modo de produção da legislação penal, à função deste ramo de direito no sistema social e às finalidades a assinalar à aplicação dos seus instrumentos naturais, as penas e as medidas

(9) J. de Figueiredo Dias, como na nota 6, 1999, p. 65 *et seq.*

(10) J. de Figueiredo Dias. *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*. Lisboa : Editorial Notícias, 1993, § 301 *et seq.*

(11) Anabela Rodrigues. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra : Coimbra Editora, 1993.

(12) Cf. “Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, caso Silva Rocha c. Portugal. Decisão de 15 de novembro de 1996”, com “Anotação” de A. Henriques Gaspar e de Maria João Antunes, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (=RPCC)* 7, 1997, p. 131.

de segurança? E, conseqüentemente, sinais de uma “nova” política criminal” e de uma “nova dogmática jurídico-penal?

II. As perguntas que acabei de formular põem hoje qualquer estudioso perante o *topos* que, na esteira do sociólogo Ulrich Beck, se tornou conhecido como o da “sociedade do risco”.¹³ Não posso aqui discutir a questão (aliás interessante e, julgo, particularmente significativa para filósofos e juspublicistas) de saber se este *topos* se não inclui na problemática mais vasta da *pós-modernidade*, quando não mesmo com ela se confunde.¹⁴ Como tão-pouco poderei analisar o problema de saber se e como o fenómeno da *globalização*¹⁵ se correlaciona e interage com a sociedade do risco. Seja como for quanto a estes pontos, parece-me hoje indiscutível que a ideia da sociedade do risco suscita ao direito penal problemas novos e incontornáveis.¹⁶ Não cometerei a injúria de expor, sequer em breves palavras, o conteúdo essencial das ideias que presidem ao tópico da “sociedade do risco”. Direi apenas que, nas suas implicações com a matéria penal, ele quer pôr em evidência uma transformação radical da sociedade em que já vivemos, mas que seguramente se acentuará exponencialmente no futuro próximo. Uma tal ideia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de acções humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o património...; para contenção das quais, numa palavra, era bastante o catálogo puramente

(13) U. Beck. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt : Suhrkamp, 1986. Há tradução espanhola de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, Barcelona : Paidós, 1998.

(14) Sobre a experiência da modernidade como contributo para uma cultura pós-moderna v. B. de Sousa Santos. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. Porto : Afrontamento, 2000.

(15) Também ele tratado monograficamente por U. Beck. *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*. Frankfurt : Suhrkamp, 1997. Há tradução espanhola de Bernardo Moreno e Maria Rosa Borrás, Barcelona : Paidós, 1998. Sobre o tema, nas suas relações com a criminalidade dos poderosos, cf. a excelente conferência de A. Silva Franco. “Globalização e criminalidade dos poderosos”, *RPCC* 10, 2000, p. 183 e J. Faria Costa. “O fenómeno da globalização e o direito penal económico”, neste mesmo livro.

(16) Diversamente do que afirmei em escritos anteriores, p. ex. em “Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal português”, do Centro de Estudos Judiciários (Org.), *Jornadas de direito criminal. A revisão do Código Penal*, I, 1996, p. 30 *et seq.* e como na nota 6, 1999, p. 71 *et seq.* Criticou-me a este propósito, com razão, A. Silva Dias, *Protecção jurídico-penal dos interesses dos consumidores*. Coimbra : Faculdade de Direito, policopiado, 1999, p. 12, nota 22. Uma 2.^a ed. deste estudo (2000), onde o autor leva já em conta a versão deste artigo que utilizei no

individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados¹⁷ e, assim, o paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. Aquela ideia anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos também eles *globais* ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*.

Ora, diz-se, para tutela destes “novos” ou “grandes” riscos – afinal, dos riscos que ameaçam as *gerações futuras* e que suscitam ao direito penal, no exacto dizer de Schüller-Springorum a propósito do direito penal do ambiente, problemas de “*mega-dimensões*”) ¹⁸ – não está o direito penal que cultivamos, de decidida vertente liberal, suficientemente preparado.

Não o está – assevera-se –, desde logo, quanto ao *seu modo próprio de produção legislativa*:¹⁹ este não pode mais ser o da tradicional e geralmente aceite competência legislativa reservada dos Parlamentos, conducente a alterações na legislação penal politicamente difíceis, por isso mesmo raras e sofrendo quase sempre de um endémico atraso relativamente a uma transformação social que agora se processa à velocidade de uma comunicação global e instantânea e de um progresso científico e tecnológico acelerado, radical e imprevisível; e, por isso, um modo de produção inadequado a uma criminalidade organizada dominada por “senhores do crime”,²⁰ que ultrapassam já de muito a figuração clássica do *white-collar criminal*²¹ para se aproximarem do cenário catastrófico, imaginado por Ziegler, de “donos” de um crime organizado instalado à escala planetária, como fase última do capitalismo, que põe em sério risco a própria democracia e faz assim reear uma ruptura civilizacional.²²

Colóquio da Universidade Lusfada referido supra, nota 3, chegou ao meu conhecimento quando o presente artigo já estava praticamente concluído; é todavia a esta 2.ª edição que se referirão as citações posteriores.

- (17) Os “monolitos juridicamente corporizados” de que falou Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965, p. 224.
- (18) Schüller-Springorum. *Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, p. 236 *et seq.*, 364 *et seq.*
- (19) Sobre esta questão, em postura fortemente crítica, F. Mantovani, “Sobre a exigência perene da recodificação”, *RPCC* 5, 1995, p. 143 e J. de Figueiredo Dias, como na nota 16, p. 17 *et seq.*
- (20) De que na literatura portuguesa falaram com propriedade Cunha Rodrigues. “Os senhores do crime”, *RPCC* 9, 1999, p. 7 e A. Almeida Santos. “Novo mundo, novo crime, nova política criminal”, de próxima publicação na *RPCC*.
- (21) Desenhada pela primeira vez, como é sabido, por E. Sutherland, “White-collar criminality”, *American Sociological Review* 5, 1940.
- (22) Ziegler. *Les seigneurs du crime – Les nouvelles mafias contre la démocratie*, Paris : du Seuil, 1998.

Não está o direito penal, por outra parte – argumenta-se –, preparado para a tutela dos grandes riscos se teimar em ancorar a sua *legitimação substancial* no modelo do “contrato social” rousseauiano,²³ fundamento último de princípios político-criminais até agora tão essenciais como o da função exclusivamente protectora de bens jurídicos, o da secularização, o da intervenção mínima e de *ultima ratio*. Porque se se quiser manter estes princípios, tal significará – assinalou-o Stratenwerth em duas conferências a vários títulos notáveis²⁴ – a confissão resignada de que ao direito penal não pertence nenhum papel na protecção das gerações futuras; como, entre outros e principalmente, os temas dos atentados ao ambiente, da manipulação genética e da desregulação da actividade produtiva se vão encarregando já de mostrar ou de prenunciar. Não uma função minimalista de tutela de bens jurídicos na acepção moderna, constituintes do padrão crítico de legitimação, mas a atribuição sem reбуços, ao direito penal, de uma função promocional e propulsora de valores orientadores da acção humana na vida comunitária – eis a única via que se revelaria adequada aos desafios formidáveis da “sociedade do risco”.

Aqui chegados, só um passo mais se torna necessário para justificar a necessidade de uma *nova dogmática jurídico-penal*. Na verdade, como poderão os “novos” ou “grandes” riscos – que ameaçam grupos indeterminados de pessoas, quando não a generalidade delas ou mesmo a humanidade no seu todo, e têm origem em actuações profundamente diversificadas no espaço e no tempo, ocasionadas no âmbito de uma acentuadíssima repartição de funções, de tarefas e de competências – ser contidos ou obviados por um direito penal que continue a ter na individualização da responsabilidade o seu princípio precípua e cujo objecto de tutela seja constituído por bens jurídicos individuais reais e tangíveis (e portanto “actuais”), quando o problema posto por aqueles riscos é por essência indeterminado no seu agente e na sua vítima? Como poderão manter-se exigências – todavia postuladas por um princípio político-criminal da culpa isento de manobras dogmáticas manipuladoras – como as dos critérios de aferição da causalidade, da imputação objectiva, do dolo e da negligência, do erro e da consciência do ilícito? Como pode continuar a manter-se a ideia – que todavia, uma vez mais, parece implantada mesmo no cerne do princípio da culpa – de que o delito doloso de acção constitui a forma “normal” e paradigmática de aparecimento do crime, quando a contenção dos grandes riscos exige, pelo contrário, uma criminalização expansiva dos delitos de negligência e de omissão? Como poderão finalmente – para não alargar em demasia o rol das dificuldades – manter-se os princípios que presidem à definição da autoria singular, quando, como atrás ficou

(23) Jean-Jacques Rousseau. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Paris : Classiques Garnier.

(24) G. Stratenwerth. “Zukunftssicherung durch die Mitteln des Strafrechts?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (=ZStW) 105, 1993, p. 679; e *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, Rektoratsrede Basel, 1993.

já assinalado, existirá as mais das vezes uma radical distância temporal e espacial entre a acção e o resultado (trate-se de resultado de dano ou de resultado de perigo) em que se consubstanciam e se exprimem os grandes riscos?

III. Este requisito torna-se muito mais denso e convincente quando se recubra com a veste da transformação radical em curso das convicções filosóficas fundamentais que vêm conformando o pensamento ocidental dos últimos três séculos. Se me atrevesse a indicar a razão que está na base desta transformação, diria que ela se encontra na *crise ecológica* de que tomámos consciência pungente neste ocaso do século XX e que nos obriga a colocar em novos moldes – ou, em todo o caso, em moldes diferentes daqueles que até há pouco tomávamos quase por axiomáticos – toda a questão da relação entre o Homem e a Natureza. Com o que, no fundo, é toda a velha questão da relação entre sujeito e objecto que de novo ressurge em toda a sua problematicidade.

O que em tudo isto existe de essencial – como Stratenwerth, neste preciso contexto, justamente acentuou²⁵ – é nada menos que a inevitabilidade de superação do dogma da *razão técnico-instrumental* ou *razão instrumental calculadora*²⁶ que assim se proclama. Sobre uma tal inevitabilidade se pronunciou agora entre nós Anselmo Borges²⁷ em termos que, na perspectiva aqui interessante, me merecem uma adesão tão completa que não posso nem devo fazer mais do que atrever-me a sintetizar, com a fidelidade que estiver ao meu alcance, o seu pensamento. Tanto mais quanto os caminhos de superação preconizados por Anselmo Borges²⁸ tiveram o efeito de despertar em mim uma ressonância profunda, trazendo-me ao espírito uma linha de pensamento que, na companhia de Baptista Machado, eu próprio havia ensaiado nos finais dos anos 60²⁹ mas que, sem haver de todo abandonado,³⁰ me ficava de algum modo já guardada nos arcanos da memória.

Nota Anselmo Borges como na formação da razão técnico-instrumental concorreram, por paradoxal que possa parecer, o idealismo e o naturalismo, tanto num como no outro cabendo papel decisivo à concepção da objectividade científica como *Gegenstand* e à do sujeito como mera consciência universal,

(25) Como na nota anterior, sobretudo ZSrw, cit., p. 688 *et seq.*

(26) Também poderíamos dizer em português vernáculo “razão instrumental *actuarial*”.

(27) “O crime económico na perspectiva filosófico-teológica”, *RPCC* 10, 2000, p. 7. Cf. também agora, num diferente enquadramento, B. de Sousa Santos, como na nota 14.

(28) Que expressamente refere a necessidade de uma “superação” no preciso sentido da *Aufhebung* hegeliana: como na nota anterior, p. 21.

(29) J. Baptista Machado. *Antropologia, existencialismo e direito*, 1966. E depois o meu *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*,¹ 1969.

(30) Cf. o meus *Liberdade – Culpa – Direito penal*,¹ 1976, esp. p. 137 *et seq.* e agora “Dos factos de convicção aos factos de consciência”, na obra colectiva *Ab uno ad omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*, 1998, p. 663.

intemporal e impessoal. Daqui uma razão instrumental de domínio, profundamente imperialista, que concebe o saber como poder segundo a expressão famosa de Bacon e vê no homem, inebriado por aquilo que Horkheimer chamou a "doença da razão", o dominador absoluto do mundo e da natureza; e que haveria de encontrar na racionalidade do *homo oeconomicus* e no espírito do capitalismo a sua versão sócio-económica acabada, assente no dogma do progresso material ilimitado da humanidade.³¹

Um ensaio de "superação" desta *razão* passa antes de mais, seguramente, pelo reconhecimento dos benefícios que, para a humanidade, a tecnociência permitiu. Mas também, e sobretudo, daquilo que constitui o legado da modernidade e das suas conquistas irrenunciáveis: os direitos humanos, a secularização, a razão crítica. Passa, por uma outra parte, pela consciência progressiva e cada vez mais clara dos perigos e ameaças que ela faz desabar sobre a humanidade e põem em risco a própria sobrevivência do planeta. Mas também, em definitivo, pela tomada de consciência de que, "extremamente poderosa no domínio dos meios, a razão instrumental é de uma penúria extrema na ordem e no reino dos fins humanos".³² Por isso aquela superação implica pôr fim á "cegueira ontológica" em que radica a já longa tentativa de substituir o transcendental ontológico pelo transcendental gnoseológico, como meio de domínio do mundo pela tecnociência.³³ Como implica reconhecer em definitivo, não importa em que domínio do pensamento ou da ciência, a impossibilidade da cisão absoluta entre sujeito e objecto com que se quis animar o "projecto da objectivação total e da plena transparência de pensar e ser".³⁴

Com isto toco o ponto que me parece verdadeiramente essencial no caminho da "superação" ensaiada. Reconhecido que não pode haver nem Filosofia, nem ciência de qualquer categoria, da natureza ou do espírito,³⁵ sem supostos básicos subjacentes, nestes entra, com importância decisiva, a *imagem* do homem, ou o *projecto de homem* como ser dotado de uma *liberdade* que o acompanha como seu característico e ineliminável modo-de-ser, de uma liberdade que se realiza no mundo e que o obriga, como *dever*, à "participação" na humanidade histórica. Justamente por aqui se tornando seu elemento determinante uma atitude de

(31) Anselmo Borges, como na nota 27, p. 13 *et seq.*

(32) Anselmo Borges, como na nota 27, p. 13.

(33) Digo-o aproximando-me, uma vez mais, de Anselmo Borges, como na nota 27, p. 22, embora colocando entre parênteses a questão religiosa da Divindade, para me ficar, com M. Heidegger, *Sein und zeit*,⁴ 1935 e com M. Müller, *Existenzphilosophie in geistigen Leben der Gegenwart*,² 1958, pela questão ontológica do Ser.

(34) Anselmo Borges, como na nota 27, p. 23.

(35) Incluídas, deste modo, tanto a ciência jurídico penal em sentido estrito (a "dogmática jurídico-penal) como a política criminal e a própria criminologia: cf. já J. de Figueiredo Dias/M. da Costa Andrade. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*,¹ 1984, p. IX e 41 *et seq.*

“abertura” e de “solidariedade” – no preciso sentido do “reconhecimento do outro” –, através da qual ele não recuse o seu contributo para a humanização do mundo e da história.³⁶

Dentro desta perspectiva, por conseguinte, nada é neutro – e muito menos ciências do espírito, ou do homem, como as que compõem a “ciência conjunta do direito penal” – do ponto de vista axiológico-antropológico, a tudo estando subjacente aquela concepção do Homem e a correspondente ordem de valores individuais e colectivos, neste últimos incluída a natureza e todos os seus ecossistemas. Um quadro axiológico, este, sobre o qual os homens de hoje, perante os grandes riscos ecológicos, técnicos e sociais têm de lograr um consenso alargado, que haverá de ser transposto e concretizado nas leis fundamentais dos países. Só assim – para de novo me acolher, ao terminar esta parte das minhas considerações, ao pensamento de Anselmo Borges – se podendo ter a esperança de superar a crise da razão moderna e do seu imperialismo devastador: perante a ameaça comum de que somos objecto *todos*, e de que o serão seguramente ainda mais as gerações futuras, impõe-se que a humanidade, se quiser ter futuro, se tenha de tornar sujeito comum da responsabilidade pela *vida*.³⁷

IV. Isto dito, perguntemos de novo: a “superação” da razão técnico-instrumental, associada à emergência da “sociedade do risco”, implicará o abandono do paradigma penal actual, atrás sumariado, e a sua substituição/superação por outro? E se sim, por qual?

1. Numa postura acentuadamente conservadora há os que, perante o dilema descrito, defendem a necessidade de continuar a guardar para o direito penal o seu *âmbito clássico de tutela* e os seus *critérios experimentados de aplicação*. Não que sejam surdos ao ruído trazido pela emergência dos mega-riscos a que conduziu – e conduzirá potenciadamente no futuro – o modelo de desenvolvimento prosseguido pela sociedade industrial avançada. O que afirmam é que não pode – nem deve – pedir-se ao direito penal que se arvore em instrumento de tutela perante aqueles riscos, sob pena de nada se ganhar em mais efectiva protecção pessoal e social e de muito (ou tudo...) se perder na prossecução de uma defesa efectiva e consistente dos direitos, liberdades e garantias das pessoas que constitui o património ideológico inalienável do Iluminismo penal. Para aquela protecção deve intervir, não o direito penal – sendo por isso de recusar *in limine* a pretensão de construir um “direito penal do risco” –, mas outros ramos de direito, nomeadamente o direito administrativo, e (porventura sobretudo) outros meios de controlo social não jurídicos.³⁸

(36) J. de Figueiredo Dias, como nas notas 29 e 30.

(37) Anselmo Borges, como na nota 27, p. 31.

(38) A posição que aqui tentei resumir corresponde à que hoje é defendida – entre muitos outros – por autores como W. Hassemer, p. ex. “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 10 e “Perspectivas del derecho penal futuro”, *Revista Penal* 1, 1997, p. 37 e F. Herzog, p. ex. “Limites del

O que me afasta hoje radicalmente, em tese geral, desta via de (pretensa) solução do problema são duas considerações de índole bem diferente: é uma a de que uma tal via não parece reconhecer a indispensabilidade, neste nosso tempo pós-moderno, de superação dos dogmas da razão técnico-instrumental calculadora; é outra – a que, à falta de melhor, chamarei de índole “moral” – a de que não valerá a pena, nem sequer será socialmente aceitável, o cultivo de um direito penal que, seja em nome de que princípios for, se desinteresse da sorte das gerações futuras e nada tenha para lhes oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa.³⁹

Decerto, de acordo logo com o bom princípio da *ultima ratio* da intervenção penal, cabe um papel de primeira linha e fundamental a meios não penais e mesmo não jurídicos no domínio e controlo das fontes dos mega-riscos que pesam sobre a humanidade. Mas isto é uma coisa que sem mais deve ser reconhecida, outra diferente – e inadmissível – é esquecer que para tanto são indispensáveis, antes de tudo, normas de comportamento; e depois que estas, em si mesmas, não são suficientes, tornando-se em certos casos, *nos mais graves*, necessária a uma prevenção que se espere minimamente eficaz a punição criminal das suas violações. Em casos tais não vejo como possa pedir-se a (e esperar-se de) meios não jurídicos de política social, como o hoje tão reclamado⁴⁰ fomento das formas de *auto-protecção da vítima* (como pode ela, suposto que seja determinável, auto-protger-se da danificação da camada de ozono?) ou com o apelo patético (e com sabor a pesada ironia de pedir o remédio ao causador da doença!) às *forças auto-reguladoras do mercado*.

Se dos meios gerais de política social passarmos aos instrumentos jurídicos não penais, nem por isso o balanço se torna mais animador. Praticamente nada se poderá esperar da *tutela jurídico-civil*,⁴¹ submetida como se encontra a um estrito “princípio do pedido”. Se, dentro de 20 ou 30 anos, se verificarem danos

derecho penal para controlar los riesgos sociales”, *Poder Judicial* 32, 1993, e “Algunos riesgos del derecho penal del riesgo”, *Revista Penal* 4, 1999, p. 54 e se vai já imputando a uma chamada “Escola de Frankfurt”.

⁽³⁹⁾ Nesta parte e nesta medida encontro-me completamente de acordo com as críticas que G. Stratenwerth, *ZStW* como na nota 24, dirige a todos quantos se recusam a reconhecer a existência e/ou a especificidade do problema suscitado pela “sociedade do risco”. Uma viva crítica às teses da escola de Frankfurt encontra-se agora também em Marinucci/Dolcini, “Diritto penale ‘minimo’ e nuove forme di criminalità”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1999, p. 808 *et seq.*

⁽⁴⁰⁾ Com boa razão político-criminal e criminológica, em todo o caso: desenvolvadamente, M. da Costa Andrade. *A vítima e o problema criminal*. Coimbra : Coimbra Editora, 1980, esp. p. 44 *et seq.* e 227 *et seq.* e, em súmula, J. de Figueiredo Dias/M. da Costa Andrade, como na nota 35, p. 393 e 411.

⁽⁴¹⁾ Menos pessimista, no que toca ao dano do ambiente, J. J. Gomes Canotilho. “Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais”, *BFD* 69, 1993, p. 1 *et seq.*, 55 *et seq.*

civilmente avaliáveis no corpo ou na saúde de certas pessoas, comprovadamente (!) imputáveis a manipulações genéticas que hoje se operam sobre cereais, quem possuirá legitimidade (e contra quem?) para intentar uma acção de responsabilidade civil minimamente destinada ao sucesso? E ainda que a possua: constitui esta uma via razoavelmente eficaz de defesa da humanidade perante o risco pressuposto que pode advir da manipulação genética?

O único caminho apontado neste campo que parece ter alguma coisa por si é, assim, o da preconizada transferência da função de tutela jurídico-penal para o âmbito do *direito administrativo*, nele incluído o direito administrativo sancionatório, porventura sob uma forma reforçada como a que é hoje preconizada – embora eu deva confessar que não vejo ainda com um mínimo de clareza a definição do seu âmbito, da sua extensão e dos seus instrumentos⁴² – em nome de um *Interventionsrecht*, de um “direito de intervenção”. Este caminho, repito, tem alguma coisa por si, mas só na medida em que, sendo, como disse, os grandes ou novos riscos fruto as mais das vezes de acções humanas anónimas, quotidianas, socialmente insignificativas na sua individualidade e só socialmente relevantes pela sua repetição inumerável, a tutela jurídico-penal não poderá surgir as mais das vezes na primeira linha (e, nesta acepção, como “autónoma”), antes sim subordinada à exigência de que apenas abranja ofensas *inadmissíveis* e, por isso, sujeita a uma estrita *acessoriedade administrativa*. Mas isto é uma coisa, e exactíssima. Outra coisa, em minha opinião inexacta, é pensar que o sancionamento das ofensas *hoc sensu* “inadmissíveis” possa ser atribuído a sanções administrativas – no máximo, ao que vejo, de natureza contra-ordenacional –, ainda que “intensificadas”. Não falta quem a propósito lembre a velha crítica da “burla de etiquetas”; com razão até a um ponto em que eu me atreveria a falar de nada menos que de um pôr o princípio jurídico-penal de subsidiariedade ou de *ultima ratio* “de pernas para o ar”, ao subtrair à tutela penal precisamente as condutas socialmente tão gravosas que põem simultaneamente em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas – as que existem e as que hão de vir.

2. No outro extremo se colocam todos aqueles que preconizam a aceitação e o desenvolvimento de um direito penal absolutamente funcionalizado às exigências postas por uma tutela, que assim se espera efectiva, dos mega-riscos que ameaçam a subsistência da humanidade. Dispõe-se neste contexto já de uma diversidade de propostas e de ensaios de caminhos de solução que, todavia, eu julgo poder reconduzir com justeza às direcções que já atrás deixei referidas:⁴³

(42) Tranquiliza-me a circunstância de não ser só eu, mas os seus próprios propugnadores; leia-se a respeito W. Hassemer, *Revista Penal* como na nota 38, p. 40: “estes instrumentos ‘os de um *Interventionsrecht*’ estão ainda em gestação e têm de ser desenvolvidos, inclusive teoricamente”.

(43) Cf. supra p. 6 *et seq.*

alteração do modo próprio de produção legislativa em matéria penal, retirando cada vez mais aos Parlamentos a reserva de competência que em tal matéria normalmente lhes assiste, para a atribuir aos Executivos; antecipação da tutela penal para estádios prévios (e inclusivamente ainda muito distanciados) da eventual lesão de um interesse socialmente significativo, até ao ponto em que se perde, ao menos para a generalidade dos destinatários das normas, toda a ligação entre a conduta individual e o bem jurídico que em definitivo se intenta proteger; alterações dogmáticas básicas, no sentido do “enfraquecimento” ou “atenuação” de princípios como os que classicamente presidem à individualização da responsabilidade, à imputação objectiva, à culpa, à autoria; consequente extensão, em suma, do âmbito da tutela penal em assumida contradição com o princípio político-criminal da intervenção mínima ou moderada. Tudo em nome de uma função promocional de valores que tornaria o direito penal em instrumento de *governo* da sociedade e, por aqui, faria esbater – até ao desaparecimento – a linha de fronteira entre este direito e o direito administrativo. Tudo isto estaria, no todo ou em partes, na palavra ou no espírito do actual requisito a favor de um *direito penal do risco*.

Devo com franqueza confessar que recuso tanto globalmente, como parcelarmente, toda esta perspectiva. Sem penetrar no mais fundo da questão que ela suscita – a famosa *questão da legitimação* da intervenção penal, já atrás também aludida,⁴⁴ a cujo entendimento iluminista mantenho integral fidelidade –, o que logo mais desfavoravelmente se me apresenta é a cegueira que me parece revelar perante a necessidade de superação da razão técnico-instrumental calculadora e o apego que, pelo contrário, manifesta à sua persistência e, se possível, à sua intensificação. Tendo eu, em escritos anteriores, por várias vezes e com insistência, manifestado a minha crença nos benefícios que um pensamento funcional traz à doutrina jurídico-penal, nunca quis ver nele o *alfa* e o *omega* da concepção penal⁴⁵ e sempre reafirmei, pelo contrário, a minha convicção de que é na preservação da dignidade da pessoa – da pessoa do delinquente e dos outros – “que radica o axioma onto-antropológico de todo o discurso jurídico-penal”.⁴⁶

⁽⁴⁴⁾ Cf. *supra* p. 4.

⁽⁴⁵⁾ Como justamente nota, em análise do meu pensamento penal, Maria Fernanda Palma, “Do sentido histórico do ensino do direito penal na universidade à actual questão metodológica”, *RPCC* 9, 1999, p. 418 *et seq.*

⁽⁴⁶⁾ J. de Figueiredo Dias, como na nota 10, p. 10. Que a via de compatibilização se possa encontrar, como sustentou Luhmann a partir do seu *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 1984, através do reconhecimento de contacto entre o “sistema pessoal” e o “sistema social” (v. M. da Costa Andrade. *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra : Coimbra Editora, 1991, p. 19, 35, 107), é uma hipótese aceitável mas que aqui não deve ser explorada.

No prosseguimento da via agora sob análise crítica não vejo eu, pois, nenhuma superação da razão técnico-instrumental, tal como ela se me afigura necessária. A *Aufhebung* é afirmação, negação, supra-assunção. Ela tem deste modo como momento essencial e irrecusável – disse-o já atrás – o reconhecimento das conquistas da modernidade e do património ideológico em que assentam. Por isso se tem de recusar uma “evolução” do paradigma penal que passe pelo pôr em causa a defesa consistente e efectiva dos direitos humanos, o pluralismo ideológico e axiológico, a secularização. Por isso, numa palavra, mantenho a ideia⁴⁷ de que se deve recusar qualquer concepção penal baseada na *extensão* da criminalização, em que o direito penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual. Seria o agora tão apregoado *Estado-Intervenção* ou *Estado-Prevenção* que aqui reapareceria – estranhamente (ou talvez não!), o mesmo Estado que a dita Escola de Frankfurt também advoga, desde que ele seja radicalmente afastado do campo do direito penal e exclusivamente imputado ao âmbito do direito administrativo.⁴⁸

Neste contexto, creio, pode razoavelmente inserir-se também o teor que o tópico da sociedade do risco, no seu relacionamento com o problema criminal, assumiu em um certo pensamento anglo-saxónico, nomeadamente norte-americano. O que nele se indaga é a possibilidade de levar ainda mais longe, neste campo, o dogma da razão técnico-instrumental, sob a forma de uma razão *calculadora* ou *actuarial*. Até ao ponto de aí se falar já de uma *actuarial justice*,⁴⁹ cujo propósito não seria mais o de actuar sobre a vida de pessoas individuais, propondo-se definir a sua responsabilidade, fazendo os culpados “pagar pelos seus crimes” ou transformando-os, mas o de *regular certos grupos* (de pessoas “perigosas”) *como parte de uma estratégia de gestão dos riscos*. O que conduziria (muito para além do problema em análise), aqui sim, a uma radical substituição do paradigma penal que comecei por desenhar e da sua base de legitimação, agora procurada na máxima *eficiência do sistema* “em matéria – são palavras justas de Pedro Caeiro – de redução dos danos globais inerentes ao crime através de uma adequada redistribuição dos riscos, tanto no plano da prevenção, como no plano da repressão”.⁵⁰

(47) J. de Figueiredo Dias, como na nota 16, p. 31 *et seq.*

(48) Cf. W. Hassemer. “Prävention im Strafrecht”, *Juristische Schulung*, 1987, p. 257.

(49) Fundamentais muitos dos artigos inseridos na colectânea Pat O'Malley (Ed.), *Crime and the risk society*, 1998, em particular o de Malcom Feeley/Jonathan Simon, “Actuarial justice: the emerging new criminal law”, p. 375.

(50) Pedro Caeiro, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema”, artigo de próxima publicação na *Revista do Ministério Público*; seguindo já de resto, nesta parte, um *paper* (não publicado) que serviu de guião à sua intervenção no I Programa de Doutoramento (11.04.2000) a decorrer na Faculdade de Direito da Universidade

O que, insisto, sobressai nesta concepção é a tentativa de levar ainda mais longe – até aos limites – o dogma da razão técnico-instrumental, em vez de reconhecer a necessidade urgente da sua superação. Mesmo não curando da questão prática de saber se os grandes riscos são susceptíveis de ser abarcados por uma razão actuarial e de ser integrados numa conta risco/prémio (se são susceptíveis, neste sentido, de “socialização”),⁵¹ o que para mim está aqui sobretudo em causa é, mais do que a “cegueira” de que atrás foi questão, a verdadeira “inimizade” pelo axioma onto-antropológico do direito penal e por uma ordem axiológica (mínima, mas nem por isso menos essencial) que daí há-de por força derivar para salvação da nossa sociedade e da sociedade futura. Nem a “eficiência” pode constituir base de legitimação democrática; nem vejo como um sistema de justiça actuarial possa eximir-se a cair numa nova e ainda mais contestável “justiça de classe”, com a consabida substituição dos antigos “explorados” pelos novos “excluídos”.⁵²

3. Entre os dois extremos referidos assiste-se hoje a uma tentativa de solucionar o problema através da construção de uma espécie de *via per mezzo* que corre sob o designativo geral de “*expansão* do direito penal”.⁵³ Aos problemas próprios da sociedade pós-industrial deveria o direito penal responder através de uma política criminal e de uma dogmática jurídico-penal *duais* ou *dualistas*. Dotadas de um cerne relativamente ao qual valeriam, imodificados, os princípios do direito penal clássico; e isto significaria um direito penal dirigido à protecção subsidiária de bens jurídicos individuais, assente na individualização da responsabilidade e conseqüentemente na acção, na imputação objectiva e subjectiva, na culpa e na autoria também puramente individuais. E com uma *periferia* ou um *âmbito lateral* especificamente dirigido à protecção contra os grandes e novos riscos, onde aqueles princípios se encontrariam amortecidos ou mesmo transformados, dando lugar a outros

de Coimbra, subordinada ao tema: “A relevância da ‘gestão de riscos’ na prevenção e repressão criminal. Em especial: a chamada Nova Penologia na experiência americana”.

(51) Negam a possibilidade, ao menos por agora, Hilgendorf, “Gibt es ein strafrecht der risikogesellschaft”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1993, p. 15 *et seq.* e *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”*, Berlin: Dunker & Humblot, 1998, p. 24 e A. Silva Dias, como na nota 16, p. 5, 10. Compartilho em absoluto esta convicção, dada, precisamente, a já também neste texto aludida indeterminação dos factos geradores, dos seus autores e, sobretudo, das suas vítimas, actuais e potenciais.

(52) Insiste, com razão, neste ponto A. Silva Franco, como na nota 15, p. 196 *et seq.*

(53) É este, de resto, o título do estudo de J.-M. Silva Sánchez. *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 1999. Esta construção parece merecer, no essencial, a simpatia de A. Silva Franco, como na nota 15, p. 222 *et seq.*

princípios, de “flexibilização controlada”,⁵⁴ assentes na protecção antecipada de interesses colectivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem autores, nem vítimas, definidos ou definíveis e por conseguinte, numa palavra, de “menor intensidade garantística”.⁵⁵ Mas princípios estes, em todo o caso – e aqui residiria o ponto principal e a especificidade desta concepção –, ainda formalmente pertencentes ao *direito penal*, embora substancialmente aparentados com os princípios do direito sancionatório de carácter *administrativo*. Com a reserva absoluta em todo o caso – segundo Silva Sánchez – de que todos os comportamentos ameaçados com penas privativas de liberdade deveriam ser imputados, por razões óbvias de defesa dos direitos, liberdades e garantias, ao núcleo duro (clássico) do direito penal, não à sua flexível periferia.

Serei o último a contestar o bom fundamento da divisão do direito penal em dois âmbitos relativamente autónomos. Desde há muito, com efeito, me propus desenhar, com a nitidez possível,⁵⁶ a distinção entre um direito penal clássico ou de justiça e um direito *penal* administrativo ou secundário (que nada tem a ver com as categorias das contra-ordenações ou mesmo das contravenções). Como serei o primeiro a defender que este último âmbito – dominado pela circunstância de os círculos dos bens jurídicos por ele protegidos deverem possuir uma relação de mútua referência funcional com a ordem jurídico-constitucional dos direitos económicos, sociais, políticos e culturais – deve ser penetrado com princípios dogmáticos relativamente autónomos; tendo sido precisamente nesta base que cheguei a propor formalmente, para a ordem jurídica portuguesa, a elaboração de uma lei-quadro do direito penal económico-social.⁵⁷

Não tenho com esta proposta porém em vista, por uma banda, a criação de um qualquer “direito penal a duas velocidades”,⁵⁸ de uma qualquer “periferia” que envolvesse o núcleo duro do direito penal clássico constituindo uma espécie de lugar à *mi-chemin* entre o direito penal e o direito administrativo sancionatório. Enquanto, por outro lado, uma tal proposta é pensada e tem, creio eu, todo o sentido relativamente ao direito penal económico-social próprio da sociedade industrial avançada, mas não se propõe defrontar o

(54) J.-M. Silva Sánchez, como na nota anterior, p. 125.

(55) A. Silva Franco, como na nota 15, p. 223.

(56) Mas em moldes diferentes dos que a doutrina corrente imputa às construções dos anos trinta de Goldschmidt e de Wolf de um “direito penal administrativo”. Com pontos essenciais da construção depara-se em J. de Figueiredo Dias, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, sep. da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 1984; “Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht”, *Festschrift für Jescheck*, I, 1985, p. 79; e como na nota 6, 1999, Cap. 5.

(57) J. de Figueiredo Dias, como na nota anterior, 1984, p. 40.

(58) A expressão é, uma vez mais, de Silva Sánchez, como na nota 53, p. 124.

problema específico da “sociedade do risco” e constituir tutela capaz perante os mega-riscos ou os riscos globais que ameaçam a existência. Decerto que também a “sociedade do risco” tem que ver em boa parte com o modelo de desenvolvimento económico no seu mais amplo sentido, próprio da sociedade industrial, e, nesta medida, acarreta problemas que podem sem esforço incluir-se no âmbito do direito penal económico-social. Mas também aqui, de um ponto de vista problemático, tem sentido distinguir, para efeito de questionar a susceptibilidade da sua tutela penal, os problemas económicos da sociedade industrial avançada e os problemas económicos que reentram na sociedade do risco. Quanto a estes últimos, a proposta agora em análise parece-me equívoca e, em definitivo, inadequada: porque além de ficar, ao menos *in partibus*, de novo a um passo da insuportável “burla de etiquetas”, acaba por trazer para o direito penal dois paradigmas diferentes e incompatíveis, que a breve prazo haverão de conduzir ao domínio de um sobre o outro – quando não ao esmagamento de um pelo outro – sob a forma, muito provavelmente, de uma invasão incontroável do “cerne” pela “periferia”.⁵⁹

V. A tutela dos novos ou grandes riscos típicos da “sociedade do risco” deve assim continuar a fazer-se (também e subsidiariamente) por intermédio do direito penal, para tanto me não parecendo, em definitivo, que se torne necessária uma mudança radical do paradigma penal, com uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal. E nesta conclusão julgo convergir Silva Dias, o autor português que até agora mais aprofundadamente estudou o problema, a propósito dos grandes riscos suscitados em matéria de consumo.⁶⁰

1. De um ponto de vista político-criminal – mas, como sempre, com notórias e directas implicações dogmáticas –, a questão básica que aqui se suscita, como Roxin lapidarmente a definiu, reside em saber se a introdução do *topos* da “sociedade do risco” na função do direito penal tem por força de significar o fim da protecção de bens jurídicos, “das ende der Rechtsgüterschutzes”.⁶¹ Esta questão não pode ser nem contornada, nem escamoteada.

⁽⁵⁹⁾ Por isso me parecendo vã a esperança de W. Hassemer/ F. Muñoz Conde, “La responsabilidad por el producto en el derecho penal”, Valência : Tirant lo Blanch, p. 37 *et seq.*, 187 *et seq.*, de que uma construção “dualista” constitua uma forma de impedir que a “modernização” – aquilo que chamei a “periferia” – acabe por apoderar-se pouco a pouco de todos os âmbitos do direito penal clássico. Precisamente o contrário é, como disse em texto, aquilo que julgo que poderá acontecer! Na conclusão crítica agora também A. Silva Dias, como na nota 16, p. 35 *et seq.*

⁽⁶⁰⁾ Como na nota 16 e também, em certa medida, em “Entre ‘comes e bebes’: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor”, *RPCC* 8, 1998, p. 515 e 9, 1999, p. 45.

⁽⁶¹⁾ C. Roxin, como na nota 5, § 2, n. m. 25 *et seq.*

Por mim, responderia afirmativamente à questão posta se considerasse que, para que o bem jurídico cumpra a função de critério legitimador e de padrão crítico da incriminação que por força lhe tem de ser assinalada dentro do paradigma penal actual, se torna indispensável guardar um seu carácter extremadamente *antropocêntrico*, que dele só permite que se fale quando estão em causa interesses reais, tangíveis e portanto também actuais do indivíduo. Um “entendimento *monista-pessoal* do bem jurídico”,⁶² este, que se reivindica como o único legítimo face a uma concepção liberal do Estado e se vem tornando, pelo menos até há bem pouco, cada vez mais insistente na literatura dogmática jurídico-penal, estando na raiz de alterações doutrinárias sensíveis a propósito dos mais diversos problemas dogmáticos.⁶³

E a resposta afirmativa persistiria ainda quando me devesse ligar à concepção segundo a qual bens jurídicos da comunidade só podem ser aceitáveis se e na medida em que eles se constituam em meros *mediadores* também com interesses das pessoas.⁶⁴ Tentemos entender-nos. Se com isto se quer dizer que os bens jurídicos colectivos existem *por causa do Homem*, então é difícil pôr em dúvida uma tal asserção: isso sucede com tudo que é fruto do espírito e do labor humano, com as suas construções e instituições, nelas incluído o próprio Estado. Mas isto é uma coisa – e evidente. Outra é pretender que, entre os bens supra-individuais, só possam ser erigidos em bens jurídicos aqueles cuja razão de tutela seja em último termo reconduzível à protecção de bens jurídicos individuais e que portanto (nesta acepção e como defende Silva Dias)⁶⁵ – se encontrem “dotados de referente pessoal”, possuam um “núcleo personalizável” ou sejam “unicamente... dedutíveis a partir de bens jurídicos individuais”;⁶⁶ com a inevitável consequência de que tais bens jurídicos estariam sempre hierarquicamente subordinados aos bens jurídicos individuais, sendo a sua violação, por princípio, menos gravosa. A ser assim, diria eu então que está aqui presente ainda – se bem que talvez só na “face oculta da lua”! – uma “concepção monista-pessoal do bem jurídico” perante a qual o tratamento jurídico-penal dos

(62) Hassemer, *NSiZ*, 1989, p. 90 *et seq.* e em *Alternativ-Kommentar zum StGB (= AK)*, 1990, vor § 1, n. m. 274 *et seq.*

(63) Alterações de que apresentarei aqui apenas um exemplo: o que se está a passar em matéria de fundamento e de âmbito da da legítima defesa: cf. só – ressalvadas todas as diferenças entre as diversas concepções – C. Roxin, como na nota 5, § 15, n. ms. 1 *et seq.* e 29 *et seq.* e, entre nós, Maria Fernanda Palma. *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*, 2 vol., Lisboa : AAFDL, 1990, e A. Taipa de Carvalho. *A legítima defesa*. Coimbra : Coimbra Editora, 1995.

(64) Cf. de novo Hassemer, *AK* como na nota 62.

(65) Como na nota 16, p. 29 *et seq.*, 31.

(66) Cf. p. ex. Hohmann. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, 1991, p. 189. E no mesmo sentido Hassemer, in Scholler/Philipps, *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, p. 85 e 92.

problemas da “sociedade do risco” parece implicar a alteração do paradigma penal assente na função de tutela subsidiária de bens jurídicos.

Mas à questão básica suscitada responderei definitivamente que *não*, enquanto puder conservar-me convencido do bom fundamento daquilo que a este propósito sempre pensei, a saber, que – sem prejuízo do axioma onto-anropológico sobre o qual repousa toda a matéria penal –, ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual *e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma*, existem autênticos bens jurídicos sociais, trans-individuais, transpessoais, colectivos, ou como quer que prefiramos exprimir-nos a propósito.

Claro que isto não constitui nenhuma novidade para a dogmática jurídico-penal; e se da dogmática passarmos ao direito legislado, é seguro que a maioria dos códigos penais, entre os quais o nosso, assume a construção *dualista* do bem jurídico que acabei de delinear. Mas verdade é também que, sobretudo nos últimos tempos, cada vez mais a dogmática se centra (e progride) sobre os bens jurídicos individuais e cada vez menos sobre os colectivos. A tal ponto que talvez possa afirmar-se que, depois das investigações fundamentais de Klaus Tiedemann,⁶⁷ pouco se terá avançado na dilucidação da essência dos bens jurídicos colectivos. Decerto: tais bens apresentam-se, por sua própria natureza, como muito mais vagos e carentes de definição precisa, de mais duvidosa corporização ou mesmo de impossível tangibilidade. Mas nada disso impõe uma mudança ou um abrandamento na proposição penal básica segundo a qual é função exclusiva do direito penal a tutela subsidiária de bens jurídicos; porque também neste âmbito é de verdadeiros bens jurídico-penais que se trata. O que implica é que se trabalhe no aprofundamento do seu estudo, se progrida no estabelecimento dos seus contornos e se tome sempre a benefício de inventário, com o auxílio indispensável da ordem axiológica jurídico-constitucional, a erupção de novos bens jurídicos deste tipo que apelem para a tutela penal. Os progressos indiscutíveis alcançados em matéria, por exemplo, de direito penal económico, ou, de forma mais abrangente, de direito penal secundário ou económico-social, como mesmo em matéria de direito penal do ambiente,⁶⁸

⁽⁶⁷⁾ K. Tiedemann. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen : Mohr, 1969 e *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, I-II, Hamburg : Rowohlt, 1976. E sem dúvida também agora – embora, como se viu, numa linha de todo não coincidente – de A. Silva Dias, como na 16, p. 38 *et seq.*, passim. Cf. do ponto de vista do direito público, J. J. Gomes Canotilho. “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, *BFD* 1988, p. 40 e, por último N. López Calera. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos colectivos*. Barcelona : Ariel, 2000. Fundamentalmente no sentido do texto também Marinucci/Dolcini, como na nota 39.

⁽⁶⁸⁾ Exemplar, a propósito, L. Kuhlen. “Umweltstrafrecht – Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, *ZStW* 105, 1993, p. 697.

mostram perfeitamente que a tarefa, sendo difícil, não é de cumprimento impossível.

Sobretudo quando para o efeito se parta de uma reconsideração aprofundada dos chamados *bens colectivos*. Se quisermos conferir ao direito penal uma função de tutela perante os mega-riscos ameaçadores da subsistência da humanidade, ainda aí é preciso assentar em que o problema jurídico-penal é, modestamente, um problema de ordenação social, concretamente, o de saber como é possível promover ou conservar os bens públicos relativos aos fundamentos naturais da vida – face, nomeadamente, à natureza trágica da relação entre o agente racional em seu próprio proveito e os bens colectivos.⁶⁹ Ora, a criminalização é aqui legítima e pode afigurar-se necessária. Legítima, logo porque tais bens – como se torna particularmente visível numa lei fundamental como a CRP⁷⁰ – encontram refracção legitimadora mais que bastante na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, económicos, culturais e ecológicos. Necessária, sem grande dúvida, de um ponto de vista de prevenção geral negativa, porque será razoável esperar que a punibilidade se revele susceptível de influenciar o cálculo vantagem/prejuízo – que pesem as teorias da escolha racional e as “técnicas de neutralização”,⁷¹ que nestes domínios intervirão com particular força – de modo a promover a obediência à norma. Mas também e sobretudo de um ponto de vista de prevenção geral positiva, de modo a reforçar a disposição de obediência à norma da parte do cidadão em geral fiel ao direito. Considerações estas que valem não só para a pessoa individual, mas também, e de modo muito particular, para a actuação dos *entes colectivos*.

Claro que se torna levar a reflexão muito mais fundo. Mas talvez o que fica pensado seja bastante para se concluir pela dispensabilidade de qualquer novo paradigma penal. Até porque, no fundo, do que se trata nesta visão da função do direito penal não é de nenhum problema especificamente pós-moderno, em especial da (muito invocada, para depois ser mais facilmente exautorada!) absorção *simbólica* das inseguranças comunitárias na sociedade do risco. Do que se trata antes é de uma *protecção efectiva de bens comunitários*, sejam eles ameaçados por acções individuais abstractamente perigosas ou por acções em si mesmo e individualmente destituídas de perigo. E isto não é nada de novo: não é nada, v. g., que não suceda com os crimes de corrupção no seu mais amplo sentido, ou contra a saúde pública, ou contra o fisco, embora as situações se não devam confundir.⁷² Por isso também, de

(69) Assim, e como se segue – a propósito, concretamente, do direito penal do ambiente –, L. Kuhlen, como na nota anterior, p. 720 *et seq.*

(70) Cf. M. da Costa Andrade, sobretudo como na nota 46, p. 51 *et seq.* e 180 *et seq.*

(71) Sobre elas J. de Figueiredo Dias/M. da Costa Andrade, como na nota 35, p. 235 *et seq.*

(72) Com efeito, existe entre elas proximidade, não identificação. Porque, desde logo, em crimes como p. ex. os da droga, o que está em causa não são bens públicos (como

resto, é que aqui não vale a fórmula optimista – cara à referida “Escola de Frankfurt” – da “protecção de bens jurídicos por meio da descriminalização”, muito menos, como já houve quem pretendesse, em nome de uma mais efectiva protecção da Humanidade! Este optimismo – baseado em que um egoísmo racional conduziria, mais facilmente do que a norma penal, à omissão de comportamentos perigosos – não se afigura dotado de qualquer fundamento.

Em conclusão quanto a este ponto fulcral: a ideia de Stratenwerth de, a partir do tópico da sociedade do risco, fazer dobrar os sinos pela noção do bem jurídico, substituindo-a pela tutela directa de “relações da vida como tais” (*Lebenszusammenhänge als solche*)⁷³ – e correndo nesta medida paralelamente ao movimento hoje em voga, neste preciso contexto, de uma progressiva juridificação das relações sociais enquanto tais –, essa ideia não precisa, em meu entendimento, de ser aceite como forma de preservação da função do direito penal perante os grandes e novos riscos. Como, de resto, o próprio Stratenwerth reconhece, ela conduziria no fundo a um requiem pela própria função do direito penal, pela questão da sua legitimação, e a um regresso a um direito penal moralista, protector da moral ou de uma certa moral⁷⁴ e, assim, a um pequeno passo de se tornar em promotor ou propulsor de fins puramente ideológicos. O que nada – mas rigorosamente nada – tem a ver com a por mim atrás preconizada assunção de um quadro de valores individuais e colectivos, correspondente a uma certa concepção do Homem, sobre o qual os homens de hoje, perante os grandes riscos ecológicos, técnicos e sociais têm de lograr um consenso alargado, que haverá de ser transposto e concretizado nas leis fundamentais dos países.

De pé continuará assim a atribuição às penas e às medidas de segurança criminais de finalidades exclusivamente preventivas, nomeadamente de prevenção geral e especial positiva: porque se não torna então necessária a ligação, à maneira exasperadamente normativista de Jakobs, da concepção da finalidade sancionatória penal como estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade da norma violada a uma função eminentemente *simbólica*; antes uma tal ligação deverá ser feita, numa postura que eu já uma vez caracterizei como sócio-axiológica,⁷⁵ à protecção de bens jurídicos não só individuais, mas também *sociais como tais*.

uma certa concepção paternalista pretende fazer crer), mas uma multiplicidade de bens jurídicos individuais: cf., por outros, J. de Figueiredo Dias, “Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas”, *Scientia Iuridica* 250-2, 1994, p. 193.

⁽⁷³⁾ G. Stratenwerth, *ZStW*, como na nota 24, p. 692 *et seq.*

⁽⁷⁴⁾ G. Stratenwerth, *ZStW*, como na nota 24, p. 694 *et seq.*

⁽⁷⁵⁾ J. de Figueiredo Dias, como na nota 10, § 303.

2. Uma segunda ideia de primordial importância que aqui deve ser acentuada é a de que não vale sequer a pena pensar em assinalar ao direito penal a mínima capacidade de contenção dos mega-riscos próprios da sociedade do risco se, do mesmo passo, se persistir em manter o dogma da *individualização da responsabilidade penal*. Mas a verdade é que, já antes e independentemente de uma “dogmática do risco”, o preconceito do carácter individual de toda a responsabilidade penal (uma vez mais, um preconceito de raiz exasperadamente antropocêntrica!) havia feito o seu curso e havia sido definitivamente abalado. E aqui a doutrina penal portuguesa⁷⁶ encontra-se para tal bem melhor posicionada do que tantas outras que só muito recentemente ultrapassaram (quando tenham já ultrapassado...) os escolhos da incapacidade de acção e da incapacidade de culpa jurídico-penais que tradicional e axiomáticamente se considerava atingirem toda a responsabilidade penal de entes não individuais. Aceite, ao lado da responsabilidade penal individual (e não necessariamente a ela subordinado), o *princípio da responsabilidade penal dos entes colectivos*, torna-se todavia necessário e urgente saber muito mais sobre ele, sobre a sua desimplicação prático-normativa, sobre as suas relações com a responsabilidade individual, sobre as exigências que dele resultarão no plano do direito a constituir. Estou certo de que se verá então que muitos dos problemas do dito “direito penal do risco” podem encontrar aqui adequadas soluções, tornando menos instantes alterações, que agora parecem indispensáveis, na dogmática da imputação objectiva, da comprovação do dolo, da negligência e do erro, enfim, da autoria e da cumplicidade: se a chamada “criminalidade organizada”, o que quer que por ela deva entender-se em perspectiva dogmática, faz parte, ela também, do direito penal do risco, então ela mostra exemplarmente como o progresso da dogmática relativa à responsabilidade penal dos entes colectivos constitui uma exigência instantânea para a qual não existe alternativa.

3. Não poderei curar obviamente, um por um, dos problemas dogmáticos concretos atrás referenciados. Mas neles encontro um ponto comum, que de resto tem sido posto variamente em relevo pela dogmática do risco como sendo aquele que suscita mais instantaneamente uma “nova dogmática” e se poderá consubstanciar na circunstância de, dadas as características de anonimidade, de distância e as mais das vezes de insignificatividade social das acções que estão na base dos riscos e, eventualmente, dos danos resultantes da concretização destes para a humanidade, se tornarem necessários novos e (à luz da dogmática

⁽⁷⁶⁾ Cf. J. Castro e Sousa, *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “Direito de mera ordenação social”*. Coimbra : Coimbra Editora, 1972 (mas publicado em 1985); J. de Figueiredo Dias, como na nota 56, 1984, p. 72 *et seq.*; J. de Faria Costa, “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, *RPCC* 2, 1992, p. 537 e T. Serra, “A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder”, *RPCC* 5, 1995, p. 303 e “Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas”, *RPCC* 9, 1999, p. 187.

tradicional) *anómalos critérios de imputação*. Dito por outras palavras – e tomada a globalidade do problema pela sua parte essencial –, o que se passa é que nestes domínios se torna indispensável o reconhecimento de um acentuado enfraquecimento, atenuação ou “amolecimento” da relação entre a acção e o bem jurídico (não necessariamente o resultado!) protegido pelo tipo – mesmo para além do que era doutrinariamente aceite (com reservas ou mesmo à *contre-cœur*) em matéria de crimes de perigo abstracto.

O tema é demasiado largo para que eu possa considerá-lo nas suas incidências. Direi sobre ele apenas o seguinte: aceite, como sempre aceitei, a legitimidade e a constitucionalidade de princípio dos crimes de perigo abstracto – pressuposto que, como decidiu muito exactamente entre nós o Tribunal Constitucional a propósito de eventuais violações do princípio da legalidade penal (ao qual poderia acrescentar-se o princípio da culpa), o tipo contenha ou torne suficientemente compreensíveis “os critérios do ilícito penal – desvalor da acção proibida, desvalor do resultado lesivo e identificação do bem jurídico tutelado”⁷⁷ –, não vejo por que razão o “enfraquecimento” da relação entre acção e bem jurídico haja forçosamente de ir, no contexto em apreciação, ainda mais longe, conduzindo à necessária aceitação de “critérios atípicos de imputação” que, quantas vezes, acabariam por significar a postergação (ou, no mínimo, a colocação entre parênteses) do princípio da culpa e da sua função no sistema. O que me parece, sim, é que os critérios da dogmática mais recente podem aqui continuar a ser utilizados no essencial relativamente aos casos em que se indague da eventual responsabilidade jurídico-penal *individual*; enquanto, no capítulo já atrás reputado central de toda esta problemática, ainda estão por determinar com o necessário rigor e concreção os critérios de imputação sempre que se trate de indagar da eventual responsabilidade jurídico-penal de *entes colectivos*: nada porém permite afirmar *a priori* que os critérios dogmáticos que venham a ser considerados válidos, nesta matéria, para o direito penal tradicional, não possam também ser utilizados, com êxito, no âmbito do direito penal do risco.

Com isto, cada vez mais se reconhecerá – o que já hoje se pode dizer, todavia, uma conclusão dominante – que o problema da imputação objectiva se não confunde com o (se não reduz ao) problema da causalidade; e que tal não implica desvalorizá-lo para questão a decidir de acordo com o puro convencimento do juiz, antes implica a sua normativização definitiva, assente em uma objectivação mínima, de acordo com a função que a categoria assume no sistema; e para a qual o critério da criação ou da potenciação de um *perigo*⁷⁸

⁽⁷⁷⁾ Ac. 427/95, de 6 de julho, *Acórdãos do Tribunal Constitucional* 31, 1995, p. 703.

⁽⁷⁸⁾ Uso aqui a palavra “perigo”, em vez da mais frequentemente utilizada, “risco”, para sublinhar a evidência de que não há aqui sinonímia com o sentido que a mesma palavra assume quando se fala da “sociedade do risco”. Concorda com a separação das questões A. Silva Dias, como na nota 16, p. 26 e nota 55.

*não permitido*⁷⁹ me parece destinado a ganhar cada vez maior importância. Que, no domínio próprio do risco, intervenham com mais frequência formas de imputação paralela, acumulativa (nomeadamente em matéria de riscos para o ambiente)⁸⁰ e outras que venham a ser determinadas é coisa que poderá, em meu parecer, integrar-se sem contradição na suma de conhecimentos de que a este respeito já dispõe a dogmática jurídico-penal.

Isto dito, concluo que os perigos para a dogmática jurídico-penal tradicional resultantes da famosa “antecipação da tutela” podem ser, também no âmbito da sociedade do risco, esconjurados, em certos casos mesmo, se tanto se afigurar necessário, tornando em crimes formalmente de dano tipos que, substancialmente, são na realidade de perigo ou mesmo de perigo abstracto.⁸¹ Decisiva é a opção legislativa de valorar ou não valorar tais comportamentos como crimes; onde, há que reconhecê-lo, se torna particularmente sensível a “questão da legitimação”, mas onde também, como ficou dito, não pode negar-se a existência de bens jurídicos colectivos dignos e necessitados de tutela penal. Uma vez legitimamente tomada a decisão de criminalização, não vejo onde tenham necessariamente de intervir “critérios atípicos de imputação” que ponham definitivamente em causa os princípios da legalidade e da culpa jurídico-penal.

4. Para além dos problemas acabados de enunciar, muitos outros estão a ser trazidos a debate no requisitório a favor de uma nova dogmática jurídico-penal do risco.

Assim, desde logo, o da *imputação subjectiva*, nomeadamente as questões relativas à comprovação do *dolo* e do *erro*, mas relativamente às quais a situação não me parece substancialmente diferente (e porventura, de certos pontos de vista, até menos complexa) do que a que esbocei a propósito da imputação objectiva.

É verdade, por outra parte, que a definição da *autoria* parece poder suscitar, no âmbito em consideração, problemas de grande complexidade. Mas também estes estão longe de ser desconhecidos, em particular no que toca aos crimes chamados, em geral, *crimes de organização*. O que vale por dizer que a dogmática que cultivamos possui já instrumentos capazes de uma evolução que responda em parte a problemas específicos do direito penal do risco, nomea-

(79) Critério que tem o seu arauto mais qualificado e produtivo em C. Roxin, pela primeira vez em “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, *Festschrift für Honig*, 1970, p. 133 e, por último, como na nota 5, § 11, B.

(80) Aprofundadamente sobre este ponto Kuhlen, como na nota 68, p. 715 *et seq.* Cf. também já Maria Fernanda Palma, “A teoria do crime como teoria da decisão penal”, *RPCC* 9, 1999, p. 549 *et seq.*

(81) Na demonstração e na conclusão, muito exactamente, também A. Silva Dias, como na nota 16, p. 27 *et seq.*

damente⁸² através da ideia da autoria mediata por via do *domínio-da-organização*. Em 1998, em Huelva, tive ocasião de participar, com Claus Roxin e Muñoz Conde, em um *atelier* onde a questão foi discutida no contexto da criminalidade organizada. Facilmente concordarei que nenhum dos participantes se atreveu a defender que a categoria do domínio-da-organização seria por si mesma suficiente para atalhar aos complexos e graves problemas que, relativamente àquela espécie de criminalidade, se suscitam em matéria de autoria; mas também nenhum fechou definitivamente a porta a um paulatino desenvolvimento do conceito e a uma sua aplicação alargada a domínios diferentes daqueles para os quais ele foi inicialmente pensado por Roxin.⁸³ Se neste lugar fizermos intervir, uma vez mais, a ideia de que a dogmática presente pensa a questão da autoria, de forma exclusiva, para o caso da responsabilidade penal individual, mas que importa agora pensá-la também, em termos só relativamente diferentes, para a hipótese da responsabilidade penal colectiva, creio que ficam abertas boas perspectivas para que também neste ponto se encontrem respostas adequadas sem se tornar necessária qualquer dogmática alternativa.

É exacto, ainda por outra parte, que uma fatia substancialíssima dos crimes de que se quer ocupar a dogmática do direito penal do risco serão crimes de *omissão* e, sobretudo, crimes de *negligência*, sob a forma de *negligência grave* ou *grosseira*. Isso torna necessário e urgente reconhecer algumas deficiências da dogmática que aí está e trabalhar afincadamente na sua superação; mas, uma vez mais, não me parece exigir qualquer “dogmática alternativa”. Quero desde logo, neste contexto, juntar a minha voz à de todos quantos proclamam que a diferença de ilícito e de culpa entre dolo eventual e negligência consciente mal se compadece com a insegurança, a indeterminação e a obscuridade – sobretudo no momento da aplicação prática do direito – que acompanham uma tal distinção e tenho, por isso, a mais clara consciência de ser este um dos pontos em que precisamos de saber muito mais.⁸⁴ Como importa, por outra banda, rever os

(82) E ainda aqui o mérito da concepção cabe por inteiro a C. Roxin, na sua obra fundamental *Täterschaft und Tatherrschaft*,¹ 1963, especialmente p. 242 *et seq.*

(83) Cf. respectivamente C. Roxin, “Problemas de autoria y participación en la criminalidad organizada”, *Revista Penal* 2, 1998, p. 61; J. de Figueiredo Dias, “Autoria y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el ‘dominio de la organización’”. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva : Universidad, 1999, p. 99 e como na nota 6, 1999, Cap. X; F. Muñoz Conde. “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones ‘no desvinculadas del Derecho’?”, *Revista Penal* 6, 2000, p. 104. Cf. ainda entre nós, a propósito do crime de poluição, Anabela Rodrigues. *Comentário conimbricense do Código Penal*, II, Coimbra : Coimbra Editora, 2000, art. 279.º, § 30 *et seq.*

(84) Cf. já Maria Fernanda Palma, como na nota 44, p. 441 *et seq.* e como na nota 80, p. 562 *et seq.*

limites mínimos e máximos das molduras penais dos crimes de negligência, quando não considerar com maior atenção e menor preconceito a sugestão, já antiga, de criar, a propósito de certos tipos objectivos de ilícito, crimes negligentes *sui generis*, ou mesmo um *tertium genus* de delitos abrangentes do dolo eventual e da negligência consciente grosseira e dotados de molduras penais substancialmente agravadas.⁸⁵

Não sendo lícito levar mais longe a minha consideração, fico-me por aqui. Com a consciência de que outros âmbitos existem onde as especificidades da sociedade do risco podem suscitar ao direito penal total novos e interessantes problemas: o da tipologia das *sanções* e, em geral, o do *direito processual penal*, nomeadamente em tudo quanto respeita à definição da *vítima* e à admissibilidade e aos modos da sua participação no processo; o que, quanto a este último ponto, assume entre nós particular interesse, perante a figura (com tendências ainda incipientes e relativamente imprecisas de alargamento)⁸⁶ dos *assistentes* como exclusivos titulares do bem jurídico protegido pela incriminação. Discutir a possibilidade de esta figura ter também – em termos ainda a precisar – lugar relativamente a certos crimes cujo bem jurídico protegido seja de natureza supra-individual ou mesmo colectiva⁸⁷ é decerto uma tarefa que os anos próximos tornarão particularmente instante e mesmo inevitável.

V. Permitirão as considerações anteriores retirar delas uma conclusão definitiva relativamente à questão posta – à questão de saber se a protecção das gerações futuras, face aos grandes e novos riscos da sociedade pós-industrial, exige, paralelamente à superação indispensável do reino da razão técnico-instrumental calculadora, uma mudança do paradigma penal e, por esta via, uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal?

Face ao que deixei dito sobre a situação espiritual da sociedade industrial contemporânea – que, insisto, foi claramente intuída no estudo de Rogério Soares que comecei por citar –, fácil é concluir que recuso por igual (embora por razões diversas e mesmo opostas) tanto uma acentuação funcionalista, empirista e eficientista do paradigma penal, que se sustentaria numa tentativa de reforçar e levar ainda mais longe o dogma da razão técnica instrumental; como uma radicalização da perspectiva individualista e liberal, que porventura conduziria, no fim, ao retorno a uma função *moral* atribuível ao direito penal. Os caminhos do futuro direito penal passam antes pela superação daquela razão técnica instrumental e, assim, pela redescoberta do axioma onto-antropológico

(85) Concorde A. Silva Dias, como na nota 16, p. 35 *et seq.*

(86) Cf. J. de Figueiredo Dias/Anabela Rodrigues. “A legitimidade da sociedade portuguesa de autores em processo penal”, na colectânea *Temas de direito de autor*, III, Lisboa : SPA, 1989, p. 107.

(87) Como se ensaia já no processo administrativo relativamente à questão da legitimidade: cf. por último, J. Eduardo Figueiredo Dias. *Tutela ambiental e contencioso administrativo*. Coimbra : Coimbra Editora, 1997, especialmente p. 179 *et seq.*

que preside à função penal, produtor de uma imagem do Homem com ser-com e ser-para os outros. Nisto reside a melhor protecção que o direito penal pode oferecer às gerações futuras, sem que para tanto precise de renunciar ao (ou modificar o) paradigma estabelecido pela modernidade.

O novo século e o novo milénio devem, em conclusão, assistir à persistência da função do direito penal de exclusiva tutela subsidiária de bens jurídico-penais tanto individuais e pessoais, como sociais e trans-pessoais; porque essa função é exigida pela persistência do ideário personalista, pelo património irrenunciável dos direitos humanos, numa palavra, pelo quadro axiológico de valores que nos acompanha desde o século XVIII e deve ser aperfeiçoado no futuro – mesmo num futuro onde tenha mudado radicalmente a relação entre o Homem e a Natureza. O direito penal deve continuar a resguardar-se de tentativas de instrumentalização como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades da política estadual, ou de tutela de ordenamentos morais – porque aí mesmo abica o movimento de secularização que se apresenta como um dos factores mais importantes de superação da razão instrumental. A dogmática penal deve evoluir, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos que não podem ser decerto os dos séculos passados como formas adequadas de resolver os problemas do século XXI,⁸⁸ mas sem por isso ceder á tentação de “dogmáticas alternativas” que podem, a todo o momento, volver-se em “alternativas à dogmática” incompatíveis com a regra do Estado de direito e, como tal, democraticamente ilegítimas.

Deste modo há o direito de esperar que os novos e grandes perigos da sociedade pós-industrial possam ser contidos dentro de limites ainda comunitariamente suportáveis, num quadro axiológico regido pelos valores da vida, da dignidade humana e da solidariedade; e comunitariamente suportáveis tanto por nós próprios, como pelas gerações futuras que temos todos o dever indeclinável de, dentro das nossas forças e da nossa previsão, proteger. Tal como Anselmo Borges,⁸⁹ lembro os versos de Hölderlin no poema *Patmos*: “Wo aber Gefahr ist, wächst/das Rettende auch”: “Mas onde há perigo/Cresce também o que salva”. Todavia, nem por ser assim ganhamos o direito à resignação, à comodidade das coisas feitas, à imobilidade preguiçosa sobre os resultados já alcançados, à indiferença perante a novidade e a transformação. Antes importa acrescentar o nosso contributo, nas belas palavras de Baptista Machado,⁹⁰ “ao de todos quantos habitam pertinho das coisas e não podem deixar de proclamar, olhando a história e a vida: *eppur si muove*”!

(88) Nestes termos Hirsch. “Strafrecht als Nittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen”, in Kühne/Miyazawa. *Neue Strafrechtsentwicklungen in deutsch-japanischen Vergleich*. Köln : Heymann, 1995. p. 13.

(89) Como na nota 27, p. 24.

(90) J. Baptista Machado. Nota prévia à tradução portuguesa de Engisch. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa : Gulbenkian, 1964. p. LXIV.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENAIS

ANDREI ZENKNER SCHMIDT

SUMÁRIO: 1. O tipo penal subjetivo – 2. A separação entre direito e moral – 3. Concurso aparente de tipos penais e de tipicidades – 4. Origens – 5. Da necessidade de regulamentação legal – 6. Topologia – 7. Fundamento – 8. Princípios: 8.1 Princípio da especialidade: 8.1.1 Especialidade expressa e tácita; 8.1.2 Especialidade em tipos penais permissivos; 8.1.3 Especialidade em causas de aumento ou de diminuição de pena; 8.1.4 Requisitos para a incidência do tipo penal especial; 8.1.5 Fatores irrelevantes à incidência do princípio da especialidade; 8.1.6 Casuística; 8.2 Princípio da consunção: 8.2.1 Conceito; 8.2.2 Pressupostos da consunção total; 8.2.3 Pressupostos da consunção parcial; 8.2.4 A consunção *de lege lata* e *de lege ferenda* – 9. Princípio da subsidiariedade: 9.1 O princípio da subsidiariedade na doutrina; 9.2 A subsidiariedade como resqúcio da teoria causal-naturalista – 10. Crime progressivo e progressão criminosa: 10.1 Diferenciação; 10.2 O crime progressivo, a progressão criminosa, a subsidiariedade e a consunção – 11. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: Dada a inexistência de consenso quanto ao conteúdo dos princípios que regulam o concurso aparente de normas, propomos o seguinte sistema: a) o princípio da especialidade, garantia contra o *bis in idem*, situa-se no plano abstrato (tipos penais), e sua incidência independe de previsão legal, visto que se refere a critérios de “verdadeiro” ou “falso”; b) o princípio da consunção, garantia da *proporcionalidade da pena*, verifica-se *in concreto* (tipicidade), e sua incidência, apesar de prescindir de previsão legal, mereceria tratamento expreso, visto referir-se a critérios de “justo” ou “injusto” na adequação típica da conduta. Neste caso, sendo os delitos praticados contra vítimas diversas, a absorção seria parcial; sendo idênticas as vítimas, a absorção seria total.

Palavras-chave: Concurso – Normas – Consunção – Requisitos – Vítimas – Absorção.

1. O tipo penal subjetivo

Uma vez constatadas as falhas do sistema causal-naturalista de Von Liszt, verificou-se a necessidade da análise do tipo penal de forma diversa. Passou-se a perceber a impossibilidade de enquadramento de uma conduta humana em um tipo penal sem que se examine o desiderato do sujeito ativo, isto é, um tipo penal não só se analisa sob o fato praticado, senão também de acordo com o elemento subjetivo do agente. Assim, por exemplo, é impossível afirmar-se que a conduta de alguém que desfere disparos de arma de fogo enquadre-se, por si só, no tipo penal do homicídio, pois que

a intenção do agente pode ter sido só a de causar um perigo, ou só a de lesionar.

Tais peculiaridades foram percebidas por Hans Welzel. Para ele, a ação é uma realidade ordenada, um contexto ôntico definido que a configura. Ao apreender a essência dos atos do querer e do conhecimento do homem – postos como objetivas realidades, na posição de objetos do conhecimento – verifica-se que o conhecer e o querer humanos se voltavam sempre para uma meta; visam um objetivo. O conhecimento é conhecimento de algo, posto ante o sujeito. O querer é querer algo posto como fim do sujeito. A característica ontológica, portanto, do conhecer e do querer humanos está nesta “intencionalidade”, isto é, nesta “finalidade”, que é sempre, por força da normação ôntica, visada pelo agente. A ação, portanto, como decorrência desta estrutura ontológica, é sempre, enquanto autenticamente humana, “exercício da atividade final”.¹ Portanto, a vontade do agente que age, segundo concebe a teoria finalista, se insere, como bem acentuou Dario Santamaria, no processo causal, “não apenas como fator que modifica a realidade, mas sobretudo como fator que, conscientemente, a forma”. O fim querido pelo agente – por força da estrutura mental do homem que lhe possibilita prever, dentro de certos limites, as conseqüências do seu agir – o orienta no sentido de ordenar o processo causal para a concreção do objetivo colimado. A finalidade, por ser “vidente”, sustém e dirige, portanto, a “cega” causalidade de modo a que a sucessão do acontecer dos fatos seja concatenada e ordenada no sentido do fim proposto. A ação humana, pois, é ontologicamente finalista.²

O *tatbestand*, como imperativo lógico das premissas filosóficas postas por Hans Welzel e seus epígonos, é uma mera descrição da realidade ordenada e valorada da ação humana. Sendo esta regida e formada pela vontade finalista, isto é, pelo conteúdo do querer do agente, evidente é que o tipo, por consistir na conceituação da conduta, inclui, como dado basilar, o conteúdo da vontade. O fim, isto é, o realmente querido pelo agente, passa a integrar a estrutura do tipo penal. Vale dizer: o dolo, e também a culpa, constituem dados do contexto do tipo penal, que, com esse conteúdo, está longe de ser o tipo meramente objetivo e não valorativo de Ernst von Beling, para, completando o processo de subjetivação – iniciado pela descoberta dos elementos subjetivos da antijuridicidade, poucos anos depois do aparecimento de *Die Lehre von Verbrechen* do antigo Mestre de Munich, em 1906 – se apresentar com nuances objetivas e subjetivas.³

É bem verdade que o finalismo de Hans Welzel tem-se demonstrado falho em relação a alguns aspectos. Claus Roxin criticou, com propriedade, a afirmativa de Hans Welzel no sentido de que o legislador está vinculado às leis

(1) Hans Welzel. *Derecho penal – Parte general*. 1956. p. 40 et seq.

(2) Cf., por todos: Luiz Luisi. *O tipo penal, a teoria finalista da ação e a nova legislação penal*. 1987. p. 39 e 40.

(3) Idem, p. 42.

da natureza física, e, dessa forma, a estrutura ontológica da ação teria existência prévia a qualquer valoração e regulação. Para o precursor do finalismo, o legislador não pode alterar a estrutura da atividade final do homem ou a função que o dolo nela desempenha, pois se a pretende submeter a uma disciplina normativa, tem de vincular a sua regulação a tal estrutura, já que, do contrário, malogra o objetivo da regulação.⁴ Ao contrário, para Roxin, o legislador é completamente livre nas suas regulações e construções conceituais, nada impedindo entenda ele o dolo no sentido jurídico apenas como *dolus malus*, por exemplo.⁵ Ao contrário do nexo-causal, esse sim preexistente e vinculante da atividade do legislador, o dolo não possui uma realidade natural ontológica e verdadeira. Por outras palavras: a finalidade só faz parte da conduta por opção legislativa. Com isso, nada impede atrelarmos a finalidade à atuação com conhecimento da ilicitude.

Dessa forma, os argumentos de Roxin vão de encontro à separação do dolo, elaborada por Welzel: o dolo psicológico – finalidade da conduta –, situado na tipicidade, e o dolo normativo – consciência da ilicitude da conduta –, localizado na culpabilidade. Para aquele autor, deve o *dolus malus* (psicológico e normativo) ser tratado pelo legislador como um todo uniforme, dentro da tipicidade, como forma de adequação ao desvalor ético-social das condutas criminosas.⁶

Pode-se perceber, dessarte, os encontros e desencontros do finalismo e da concepção social da ação. Divergem em relação à localização da consciência da ilicitude: para Welzel, na culpabilidade; para Roxin, na tipicidade. Comungam, entretanto, da necessidade de a finalidade (pré-jurídica, para Welzel; jurídica, para Roxin) ser abordada dentro da tipicidade.⁷

Não há como se afastar, assim, da necessária análise do elemento subjetivo do agente, quando da realização de sua conduta, para que se possa enquadrá-la no correto tipo penal. Em outras palavras: uma realidade inafastável é a congruência de duas tipicidades: uma objetiva e outra subjetiva. Só se pode afirmar ser típico um determinado fato quando ambas estiverem presentes. E é uma decorrência da filosofia iluminista, da separação entre direito e moral,

(4) *Naturrecht und materiale gerechtigkeit*, p. 197, apud Claus Roxin. *Problemas fundamentais de direito penal*, 1998. p. 94 e 95.

(5) Op. cit., p. 100.

(6) Op. cit., p. 103 e 104.

(7) “Deve renunciar-se a um conceito ontológico de acção final repleto de conteúdo, e ‘independente de qualquer relação com o direito’, como constituindo a base do sistema de direito penal, porque tal conceito não existe nem pode existir. Não cabe todavia retirar a finalidade da tipicidade, pois se prescindirmos das circunstâncias do facto, o máximo que poderemos afirmar é que as acções no sentido dos crimes comissivos devem ser dirigidos para uma qualquer meta”. Claus Roxin, op. cit., p. 126.

ou dos critérios de verdadeiro/falso e justo/injusto, que também a concreção de uma conduta ao tipo penal possa ser analisada em dois aspectos: de um lado, no *plano do dever ser*, verificado nas abstrações descritas pelo legislador como normas penais, originando tipos penais objetivos e tipos penais subjetivos; por outro lado, no *plano do ser*, ou seja, pela análise do enquadramento ou não da situação fática a um tipo penal, surgindo, caso afirmativa a resposta, o fenômeno da tipicidade, que, assim como o tipo penal, também há que ser objetiva e subjetiva.

2. A separação entre direito e moral

Sem adentrarmos na procedência ou não dos fundamentos criminológicos do *Garantismo Penal*, elaborado contemporaneamente por Luigi Ferrajoli,⁸ impõe-se uma breve síntese das bases de sua formulação, já que a observância da separação entre direito e moral é uma realidade inafastável e de extrema utilidade para a solução dos problemas ligados ao concurso aparente, seja de tipos penais, seja de tipicidades.

A secularização do direito, fruto do pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII, foi responsável pela percepção de que o direito não reproduz, nem tem a missão de reproduzir, os ditames da moral, sendo só produto de convenções legais não pré-determinadas ontológica nem axiologicamente, e, ao inverso, os juízos morais não se baseiam no direito, senão só na autonomia da consciência individual. Diferencia-se, pois, o direito “como é” em relação ao direito como “deve ser”.

Da primeira das concepções, ou seja, da separação do direito em relação à moral, podem ser entendidas duas situações diferentes, dependendo de sua utilização no sentido *assertivo* ou no sentido *descritivo*. No primeiro caso, trata-se de uma tese teórica acerca da autonomia dos juízos jurídicos em relação a juízos ético-políticos, intimamente ligada à *legitimação interna* ou *validade*. No segundo, é um princípio normativo acerca da autonomia das normas jurídicas em relação às normas morais, de conotação *política* da *justificação externa* ou da *justiça*.

No sentido *assertivo* ou *teórico*, três aspectos são relevantes: a) trata-se de uma tese *metalógica* de aplicação da Lei de Hume, que veta a falácia naturalista resultante da derivação do direito válido – ou como “é” – ao direito justo – ou como “deve ser” –, e vice-versa. Ferrajoli denomina *ideologias* as teses ou doutrinas viciadas por essa falácia, ou porque confundem o “dever ser” com o “ser” – considerando as normas juridicamente válidas enquanto sejam eticamente justas⁹ –, ou porque confundem o “ser” com o “dever ser”¹⁰ – considerando

(8) Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*. 1995, Capítulo II.

(9) Nessa falácia incorrem as doutrinas ou teses *jusnaturalistas* ou de moralismo jurídico.

(10) Nessa falácia incorrem as doutrinas ou teses de *legalismo* ou estatalismo ético.

eticamente justas as normas enquanto juridicamente válidas; b) também trata-se de uma *tese científica*, pois que exclui a falácia de que a idéia de justiça seja uma condição necessária ou suficiente de validade das normas jurídicas, ou seja, supondo que existam normas positivas acerca da produção de normas jurídicas, de modo que qualquer norma de um ordenamento seja passível de análise de sua validade sobre as bases de outras normas do mesmo ordenamento. Isso evidenciou-se na adoção pelas codificações e pelas constituições do princípio da *legalidade*; c) além disso, a tese da separação é *metacientífica*, a partir do instante em que evidencia a recíproca autonomia do *ponto de vista externo* em relação ao *ponto de vista interno* no estudo do direito, pois é só com o abandono de qualquer moralismo jurídico que se permite à ciência do direito reconhecer a validade das normas jurídicas de acordo com parâmetros internos ao ordenamento, e, por outro lado, é só com o abandono de qualquer legalismo ético que se permite ao analista político e ao sociólogo identificar e criticar, com parâmetros externos e não-jurídicos, os perfis de injustiça ou irracionalidade do direito positivo.

Essas três teses constituem a concepção *juspositivista* do direito e da ciência jurídica, também conhecida como *convencionalismo* ou *formalismo jurídico*, decorrente da filosofia iluminista em contraposição ao substancialismo do *jusnaturalismo*.

Já no sentido *prescritivo* ou *axiológico*, a separação entre direito e moral impõe que o direito e o Estado não possuam valores enquanto tais e não tenham fins em si mesmos, senão que se justifiquem na busca de utilidade concreta dos cidadãos, garantindo seus direitos e sua segurança. Esse princípio *político* de liberalismo moderno¹¹ é produto do *utilitarismo jurídico iluminista*, discurso *metajurídico*, nem verdadeiro nem falso, que evidencia um “dever ser” do direito e do Estado, acarretando a formulação de três princípios axiológicos, que definem os *fins* e os *limites* do direito penal: em relação ao *delito abstratamente descrito*, o direito penal não tem a função de impor ou de reforçar a moral, senão só a de impedir a comissão de ações danosas a terceiros. Deve-se proibir só o que seja imoral ou reprovável, mas não só isso, também só o que seja *lesivo a bens jurídicos alheios*. Em outras palavras: o Estado não deve reprimir só a imoralidade, senão também a lesão de interesses alheios; b) no que tange ao *processo*, a separação exige que o juízo não verse acerca da imoralidade, do caráter, da personalidade do réu, senão só acerca de *atos* penalmente proibidos, pois que são os únicos que podem ser empiricamente provados pela acusação e refutados pela defesa. Não é a alma do réu o objeto do juízo – já afirmava

⁽¹¹⁾ “(...) en primer lugar por estar basada en el valor de la libertad de consciencia de las personas, la igualdad de su tratamiento penal y la minimización de la violencia punitiva; en segundo lugar, por estar destinada únicamente al legislador y no a los ciudadanos, cuya moralidad se considera por el contrario sólo como jurídicamente irrelevante, sino también como jurídicamente intangible” (Ferrajoli, *ibidem*, p. 224).

John Locke –, eis que o julgamento recai sobre o que aquele *fez*, e não sobre o que aquele *é*. Tal princípio atinge-se não através de uma mera legalidade, mas sim pela *estrita legalidade*; c) em relação às *penas* e seus modos de *execução*, a dicotomia determina que a sanção não deva ter por finalidade e conteúdo a transformação moral do condenado, eis que o Estado não tem o direito de forçar os cidadãos a não serem malvados, nem de alterar suas personalidades – seja almejando reeducar, redimir, recuperar, ressocializar etc. –, mas sim, somente, de evitar que se lesem entre si. Ao lado do dever de não delinquir existe o direito de ser *malvado*. As penas, assim, não devem perseguir fins pedagógicos ou correccionais, senão que devem consistir em sanções taxativamente pré-determinadas e não agraváveis com tratamentos diferenciados e personalizados do tipo ético ou terapêutico.¹²

Esses princípios embasam a filosofia política de todas as *garantias* penais e processuais, a saber: de estrita legalidade ou taxatividade dos delitos, da exterioridade e materialidade da ação delitiva, da lesividade do resultado, da culpabilidade, da carga da prova, dos direitos de defesa e da correspondente presunção de inocência em ausência de provas e de juízo.

Segundo o modelo *Garantista*, a função do direito penal é tanto a defesa social como a defesa individual; a proteção do mais fraco em relação ao mais forte: do mais fraco ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como o mais fraco ou ameaçado da vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinquente e na vingança é a parte ofendida em relação aos sujeitos públicos ou privados solidários a ele. E essa é a legitimação do direito penal – que não é democrática, mas sim garantista – como forma de *tutela dos direitos fundamentais*, definindo estes normativamente os âmbitos e limites daquele enquanto *bens* que não está justificado lesionar nem com os delitos, nem com os castigos.

No que tange ao concurso aparente, interessa-nos a percepção das consequências da secularização do direito em relação às proibições penais, ou seja, o exame da tipicidade, prescindindo-se, neste trabalho, de sua análise em relação ao processo e às penas.

As condutas descritas pelo legislador como criminosas não se baseiam em critérios de justiça ou não, pois que nem tudo que é injusto e imoral é, necessariamente, proibido. Ao contrário, as proibições penais nem sempre acarretam proibições e punições justas, sendo que, hodiernamente, tem-se mostrado como regra a inobservância dessa circunstância.

Em suma: enquanto analisamos os tipos penais – objetivos e subjetivos – estamos diante de abstrações, e, como tais, juízos de verdadeiro ou falso. É verdadeiro afirmar que matar alguém com *animus necandi* corresponde ao tipo penal de homicídio, enquanto que é falso afirmar que as relações sexuais entre

(12) Esse terceiro princípio tem suas origens em John Locke, seguido, também, por Anselm Feuerbach, John Stuart Mill e Francesco Carrara.

irmãos constituam proibições penais previstas em nosso ordenamento, apesar de serem imorais. Por outro lado, a análise da tipicidade – objetiva e subjetiva – somente é possível mediante situações fáticas concretizadas, que, para serem típicas, devem ser verdadeiras, apesar de poderem ser justas ou injustas. A inobservância dessa dicotomia necessária tem sido o fator desencadeante das inúmeras dificuldades criadas pela doutrina ao tentarem explicar o conflito aparente de normas. Tal confusão é evidenciada, principalmente, nos casos de aplicação do princípio da consunção, quando, com a percepção da injustiça decorrente da incidência de diversas normas, erigem-se apenas aparente essa pluralidade de tipicidades. Como veremos no item 8.2, os exemplos utilizados para demonstrar a aplicação da consunção comportam, a bem da verdade, uma pluralidade de tipicidades, mas, por restar injusta a aplicação das diversas penas, acabam por erigir como falsa uma realidade que é apenas injusta, mas verdadeira. Já no estudo do princípio da especialidade, tais devaneios não se evidenciam, pois que o verdadeiro sempre será justo. E essa é a razão de este princípio ser admitido pela grande maioria da doutrina.

3. Concurso aparente de tipos penais e de tipicidades

Fala-se em concurso aparente de normas toda vez que uma conduta humana realizar a descrição contida em mais de um tipo penal, mas, não obstante, nem todos eles tenham incidência, seja em razão da inexistência abstrata de um *plus* em uma das normas, seja porque uma das normas foi concretizada conscientemente como meio para a realização de um outro fim, posterior ou anterior a ela.

Empregaremos, como uma espécie de *neologismo técnico*, o termo *conflito aparente de normas* como gênero de que são espécies o *conflito aparente de tipos penais* e o *conflito aparente de tipicidades*. No primeiro caso, o conflito trava-se abstratamente, tornando-se aparente porque, no plano do *dever ser*, na verdade inexistiu. Já no segundo caso, o conflito tratava-se não no plano do *dever ser*, mas sim no plano do *ser*, e passa a ser aparente somente a partir de um critério de justiça eleito pelo legislador. Naquele está situado o *princípio da especialidade*; neste, o *princípio da consunção*.

Essas peculiaridades não foram observadas pela doutrina penal, acarretando, em virtude disso, o emprego de terminologias e conteúdos não uniformes para os princípios que se propõem a solucionar o conflito. Existem autores que denominam o problema ora de *concurso*, *concorrência* ou *conflito aparente de leis* (*Gesetzkonkurrenz*),¹³ ora como *concurso aparente de tipos*,¹⁴ ora como

⁽¹³⁾ Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*, 1950. t. II, p. 462.

⁽¹⁴⁾ Eugenio Raúl Zaffaroni et alii. *Manual de direito penal – Parte geral*, 1997. p. 736; Álvaro Mayrink da Costa. *Direito penal – Parte geral*. 1982. p. 204.

colisão de leis penais.¹⁵ Na doutrina brasileira, a terminologia mais empregada é o *conflito aparente de normas*.¹⁶

Há que se ressaltar, ainda, que o concurso aparente não se dá somente em relação a *tipos penais incriminadores*, senão também, como veremos, em relação a *tipos penais permissivos*, e até nas causas de aumento ou de diminuição da pena.

4. Origens

O concurso aparente de normas é tema de recente investigação.¹⁷ A doutrina alemã foi a precursora na pesquisa, quando, pelos ensinamentos de Binding e Merkel, traçou a distinção entre concurso formal de delitos e concurso de leis. A partir de então, o tema foi objeto de estudo nos Tratados de Mayer, Hippel, Liszt-Schmidt, Mezger etc., e foi objeto de trabalhos monográficos, como os de Köhler, Baumgarten, Lent, Honig, Hirschberg, Grimme e outros. Por seu lado, Beling revelou a importância da tipicidade para resolver esses problemas, ignorados na Itália – apesar do fato de Vannini afirmar, infundadamente, que os havia previsto o art. 78 do Código de Zanardelli –, até sua inclusão em um artigo do Código fascista e, finalmente, Grispieni escrever seu *Curso de direito penal*. Logo após, foram estudados em alguns Tratados, como os de Antolisei e Ranieri. Também Frosali edita uma copiosa monografia sobre o tema, de prolixidade excessivamente prejudicial à clareza da exposição.¹⁸ Na Espanha e na Argentina o tema passou a ser estudado, principalmente pelas obras de Asúa, Soler e Gavier.

No Brasil, Costa e Silva¹⁹ foi o primeiro a ocupar-se do assunto, seguindo-se a ele Nélson Hungria²⁰ e Basileu Garcia,²¹ difundindo-se desde então.

(15) Frederico Puig Peña. *Colisión de normas penales*, 1958.

(16) Por exemplo: Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*, 1994. p. 50. Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal – Parte geral*, 1997. p. 157.

(17) Assevera Marcelo Fortes Barbosa, entretanto, que “ensina Puig Peña que o princípio da especialidade já havia sido reconhecido por jurisconsultos romanos, pois efetivamente Papiniano (N. 80, D. De R.J., 50, 17) consignou a forma geral *in toto iure generi per speciem derogatur*, a qual servia como meio de resolução, através dos tempos, de numerosos casos que compreendem o denominado concurso aparente”. *Concurso de normas penais*, 1976. p. 66.

(18) Cf. Asúa, op. cit., p. 464.

(19) Costa e Silva. *Código Penal*, 1938. vol. II, p. 280.

(20) Nélson Hungria. *Comentários ao Código Penal*, 1949. vol. I, p. 118.

(21) Basileu Garcia. *Instituições de direito penal*, 1982. vol. II, p. 508.

5. Da necessidade de regulamentação legal

As dificuldades advindas dos problemas que envolvem o concurso aparente de normas ensejam a seguinte indagação: prescinde-se ou não de expresso regramento legislativo que enumere princípios básicos capazes de solucionar o problema?

Da análise das leis penais já editadas em nosso país, pode-se perceber que inexistem preceitos contemplativos dos princípios oferecidos à solução do problema do concurso aparente de normas, ao menos expressamente, à exceção do Anteprojeto de Nélson Hungria, de 1963, que, em seu art. 5.º, tratava do concurso aparente de normas.²²

Deparamos, entretanto, com afirmações como a de Oscar Stevenson²³ de que o princípio da especialidade estaria previsto implicitamente nas regras do art. 10 do CP de 1940²⁴ e do art. 12 do CP de 1969,²⁵ através de uma interpretação *a contrario sensu*.

Marcelo Fortes Barbosa, escrevendo sob a égide da *vacatio legis* do Código Penal de 1969, entendia que "somente a solução legislativa, através de norma declaratória, colocada no capítulo da aplicação da lei penal, semelhante quanto à funcionalidade àquelas relativas ao concurso de crimes, poderá, na prática, facilitar a solução de certos casos, freqüentes e característicos da própria concretização do ordenamento jurídico-penal, evitando as soluções confusas que, de regra, geram injustiças no tocante à aplicação das penas".²⁶

Entendo, contudo, ponderável uma necessária diferenciação: o reconhecimento legislativo expresso de um princípio só é admissível quando a realidade

(22) "Art. 5.º Quando a um mesmo fato podem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que só uma pena seja imposta:

a) a norma especial exclui a norma geral;

b) a norma relativa a crime que passa a ser elemento constitutivo ou qualitativo de outro é excluída pela norma atinente a este;

c) a norma incriminadora de um fato que é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, é excluída pela norma a este relativa.

Parágrafo único. A norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidades de um mesmo crime, só é aplicável um vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo agente, sucessivamente."

(23) Francisco Oscar Penteado Stevenson. "Concurso aparente de normas penais", *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nélson Hungria*, 1962. p. 37.

(24) "Art. 10. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispõe de modo diverso."

(25) "Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso."

(26) Marcelo Fortes Barbosa, op. cit. p. 4.

mostre-se injusta, ou seja, o princípio só será utilizado para tornar justa uma realidade que não é. Dessa forma, é completamente supérflua a enumeração expressa do princípio da especialidade, pois que a sua aplicação demonstra um fato que, além de verdadeiro, é justo. Assim, por exemplo, não é necessária a afirmação legal expressa de que a norma especial afasta a incidência da norma geral para podermos chegar à conclusão de que matar o próprio filho sob estado puerperal não constitui o tipo penal de homicídio, mas sim de infanticídio. E isso porque, além de verdadeiro, é justo que tal abstração seja um infanticídio.

Ao contrário, impõe-se a enumeração expressa de um princípio sempre que for necessário adequar uma situação verdadeira a um critério de justiça. O agente que falsifica uma assinatura a fim de emitir um cheque e, com isso, praticar um estelionato, está a sofrer a incidência de dois tipos penais: o de falsidade ideológica e o do estelionato. Essa realidade – da qual não podemos nos afastar –, entretanto, acarretaria a imposição de uma pena assaz injusta no caso de concurso real de crimes, pois que uma das infrações foi praticada como meio para a realização de um fim. A enumeração de um princípio, nesse caso, seria satisfatória a fim de tornar justa uma efetiva realidade. Em nosso Código Penal, uma proposição semelhante foi adotada no caso do crime continuado (art. 71).

6. Topologia

Uma única conduta pode juridicizar-se em mais de um tipo penal incriminador. Se todos eles forem aplicáveis, estaremos diante de um concurso real de crimes, mais especificamente na modalidade formal. Ao contrário, esta mesma conduta singular pode, também, incidir em mais de uma norma incriminadora e, não obstante, sofrer o regramento de apenas uma delas. Aqui, estaremos diante de um concurso ilusório de tipos penais, verificado só aparentemente.

Por outro lado, uma pluralidade de condutas pode, também, enquadrar-se numa pluralidade de tipos penais, e, em havendo incidência de todas elas, diz-se, também, que estamos diante de um concurso real, seja na modalidade de concurso material, seja na modalidade de crime continuado. Ao revés, em havendo incidência de uma única tipicidade, estaremos diante de um concurso aparente.

Pode-se chegar à conclusão, pois, que a unidade ou pluralidade de condutas são comuns, tanto no concurso ilusório como no real. As consequências é que são diversas: no primeiro, não incidem todas as normas que aparentemente incidiriam; no segundo, a incidência é total.

Essas similaridades fazem com que tenhamos de situar adequadamente o problema.

Alguns autores estudam o concurso aparente ou ilusório de normas no capítulo referente ao concurso de crimes, pois que, como afirmou Aldo Moro, deve ficar esclarecido se uma “realidade jurídica eminentemente complexa” deve ser “interpretada como unidade ou, ao contrário, como pluralidade de crimes”.²⁷ Dessa mesma opinião compartilham autores alemães como Mayer, Hippel, Liszt-Schmidt, Mezger, dentre outros,²⁸ e, na Itália, Antolisei²⁹ e Bettiol.³⁰ No Brasil, tal topologia é levada em consideração por Frederico Marques³¹ e Pierangelli, em sua obra escrita conjuntamente com Zaffaroni.³²

Parte da doutrina, entretanto, admite ser problema de interpretação penal, como são os casos de Florian e Soler.³³

Uma terceira orientação, ainda, afirma tratar-se de tema ínsito à aplicação da lei penal. Seguem essa linha de raciocínio: Asúa,³⁴ Binding,³⁵ Grispiñi³⁶ e, no Brasil, Mayrink da Costa³⁷ e Aníbal Bruno.³⁸

A solução do problema está adstrita ao exame de alguns conceitos.

No direito penal, a norma penal incriminadora recebe a denominação de *tipo penal incriminador*. Enquanto tal, inexistente qualquer análise acerca do enquadramento ou não de uma conduta a esse tipo penal incriminador, já que o exame é meramente abstrato, ou seja, no plano do *dever ser*.

Já a *tipicidade* é o resultado da juridicização que uma conduta humana recebe quando realiza a descrição contida no tipo penal. Portanto, a tipicidade surge no exato instante em que uma ação ou omissão humana incidir em um tipo penal incriminador. Nesse caso, o exame não se faz, simplesmente, mediante uma análise abstrata da norma, mas sim através de uma verificação

(27) *Unità e pluralità di reati*, 1951. p. 27 e 33, apud José Frederico Marques. *Tratado de direito penal*, 1967. vol. 1, p. 336.

(28) Cf., por todos, Luis Jiménez Asúa, op. cit., p. 463: “Apesar de que a doutrina alemã viu certamente a diferença entre concurso de infrações e concurso aparente de leis, tratou a questão em lugar impróprio: ao expor o referente ao concurso de delitos (como fizeram Mayer, Hippel, Liszt-Schmidt, Mezger etc.)”.

(29) Francesco Antolisei. *Manuale di diritto penale*, 1947. p. 267 et seq.

(30) Giuseppe Bettiol. *Direito penal*. Trad. de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco, 1971. p. 323 et seq.

(31) Op. cit., p. 335 et seq.

(32) José Henrique Pierangelli et alii. *Manual de direito penal – Parte geral*, 1997. p. 737.

(33) Sebastian Soler. *Derecho penal argentino*, 1954. t. II, p. 169.

(34) Op. cit., p. 465.

(35) Cf. Luis Jiménez Asúa, op. cit., p. 464.

(36) Grispiñi Fillipo. *Diritto penale italiano*, 1952. t. I, p. 416.

(37) Álvaro Mayrink da Costa, op. cit., p. 206.

(38) Aníbal Bruno. *Direito penal*, 1973. t. I, p. 273.

no caso concreto. Dessarte, o problema desloca-se do plano do *dever ser* para o plano do *ser*.

Se uma conduta humana realiza a descrição contida em mais de um *tipo penal*, há que se determinar se todos estes terão incidência naquele fato, isto é, se existirá uma *tipicidade* para cada *tipo penal* realizado. Em caso afirmativo, estaremos diante de um concurso real de crimes; do contrário, o concurso é meramente ilusório.

Pode-se concluir, pois, que no concurso real de crimes existe uma coincidência entre os planos do *ser* e do *dever ser*, já que existirão tantas tipicidades quantos forem os tipos penais incidentes. Pelo contrário, esta coincidência inexistente no concurso aparente, porque a existência da probabilidade de concorrência de diversas normas penais não se confirma ante o surgimento de uma singular *tipicidade*. Assim, por exemplo, a mãe que mata o próprio filho em estado puerperal sofrerá a incidência, no plano do *dever ser*, de dois *tipos penais* – homicídio e infanticídio –, enquanto que no plano do *ser* surgirá, apenas, uma *tipicidade*: infanticídio.

Ora, se o exame a ser realizado quando do surgimento de problemas semelhantes efetiva-se pela comparação entre *tipos penais* e *tipicidades*, é mais do que evidente que a topologia adequada do tema está na *aplicação da lei penal*, ou seja, na busca do correto enquadramento legal da conduta tida como criminosa, e isso, por certo, é realizado na tipicidade. Se o fator que determina a adequação típica da conduta, *verbi gratia*, de uma pessoa que acerta uma facada em outra é a verificação de seu elemento subjetivo – dolo de matar ou de lesionar –, e se esse exame dá-se na tipicidade, forçoso é concluir que o fator que determina a adequação típica da conduta da mãe que mata o próprio filho – a elementar *estado puerperal* – também há que ser examinado na *tipicidade*, isto é, a busca da correta aplicação da lei penal.

Além disso, também o concurso real de crimes deveria ser tratado como problema atinente à *aplicação da lei penal*, já que a pena a ser imposta depende da *aplicação* ou não de mais de um tipo penal incriminador. Para estes casos, deveria o legislador conceitualizar os concursos material e formal, bem como o crime continuado, no capítulo da *aplicação da lei penal*, reservando-se, somente, as consequências destes para o capítulo da *aplicação da pena*.

A consideração do concurso aparente de normas no capítulo referente ao concurso de crimes revela uma contradição, pois a aparente concorrência de tipos penais evidencia que, efetivamente, inexistiu concorrência de crimes.

Problemas semelhantes surgem quando uma conduta humana realiza a descrição contida em mais de um tipo penal *permissivo*, ou em mais de uma causa de aumento ou de diminuição de pena. Nesses casos, há que se verificar qual delas terá incidência.

7. Fundamento

É comum a afirmação de que os princípios que se propõem a solucionar o problema do conflito aparente de normas têm por fundamento evitar o *bis in idem*, ou seja, uma dupla punição pelo mesmo fato.³⁹

Tal premissa, contudo, deve ser considerada verdadeira somente em relação ao princípio da especialidade, já que sua aplicação, efetivamente, está motivada pela impossibilidade de se punir, mais de uma vez, uma única conduta.

No que tange, entretanto, ao princípio da consunção, tal fundamento não se justifica. Inexiste *bis in idem*, pois que não estamos diante de uma singular conduta criminosa, mas sim de uma pluralidade de fatos, que tanto podem estar distanciados no tempo como próximos um do outro, acarretando uma aparente confusão. A violação de domicílio, por exemplo, e o furto praticado são duas condutas penais distintas, apesar de estarem bem próximas temporalmente. Por outro lado, tal proximidade inexistente quando o autor do furto destrói a *res furtiva*. A verdade é, porém, que estamos diante de uma multiplicidade de fatos.

Com base nisso, seria correto e verdadeiro afirmar a possibilidade de o agente receber mais de uma punição, pois que, na consunção, não estaria sendo infringida a regra do *bis in idem*. E tal punição estaria legitimada *internamente*, pois que mais de um crime foi praticado.

O mesmo não se diga, entretanto, em relação à legitimação *externa* da pluralidade de punições incidentes sobre esses fatos, visto não ser justo punir mais de uma vez um criminoso que ofendeu um só objeto jurídico de uma mesma vítima, apesar de tal lesão restar consolidada mediante mais de uma conduta criminosa. Caso reconheça-se um concurso real de crimes, estaremos exacerbando severamente os custos da aplicação do direito penal em comparação com a sua não-incidência.

Pode-se perceber, dessarte, que o fundamento do princípio da consunção é a *proporcionalidade* entre os delitos praticados e a punição recebida, como forma de *justificar* a intervenção do direito penal.

8. Princípios

Uma vez excluído o concurso real e o concurso ideal de tipos penais, há que se oferecer uma solução ao problema do conflito aparente de normas. A doutrina enumera alguns princípios capazes de solucionar o impasse, sem, contudo, estarem de acordo acerca da quantidade, da terminologia e do conteúdo de cada um deles.

Beling e Asúa, por exemplo, enumeram três princípios: o da *exclusividade*, o da *especialidade* e o da *neutralidade*. Por sua parte, Mezger concentra o

⁽³⁹⁾ V. José Frederico Marques, op. cit., p. 337.

problema em duas situações: o da *especialidade* e o da *consunção*. A essa mesma conclusão chega Antolisei, denominando o último, entretanto, de *progressão*. Grisпинi trata da *especialidade*, *subsidiariedade* e *consunção*. Já Soler refere-se à *neutralidade*, à *exclusividade* (por alternatividade ou consunção), *especialidade* e *subsidiariedade*.⁴⁰

No Brasil, a doutrina majoritária enumera três princípios: *especialidade*, *subsidiariedade* e *consunção*.⁴¹

Veremos que, a bem da verdade, dois são os princípios que solucionam o problema: *especialidade* e *consunção*.⁴²

8.1 Princípio da especialidade

Pode-se afirmar que esse é o único princípio de incidência e conteúdo unânimes entre a doutrina. Consagrado pelo direito romano sob a forma do *lex specialis derogat legem generali*, incide quando uma conduta humana realiza a descrição contida em mais de um tipo penal, sendo que, entretanto, um deles possui um *plus* em relação ao(s) outro(s). Como bem assevera Asúa, “diz-se que duas leis ou duas disposições legais acham-se em relação de geral e especial quando os requisitos do tipo geral estão todos contidos no especial, em que figuram, ademais, outras condições qualificativas em virtude das quais a lei especial tem preferência sobre a geral em sua aplicação”.⁴³

O exemplo mais elucidativo de aplicação do princípio da especialidade é a relação entre homicídio e infanticídio. No primeiro, temos um “matar alguém”; no segundo, um “matar” não mais alguém, mas o próprio filho e desde que sob a influência de “estado puerperal”. Assim, a norma específica tem todos os elementos da norma geral, e mais dois outros. A solução para o caso é que a norma geral resta excluída pela norma especial. Afasta-se, assim, o *bis in idem*, pois a conduta do agente só será incriminada

(40) Cf. por todos: Luis Jiménez Asúa, op. cit., p. 465 e 466.

(41) Assim, por exemplo: Cezar Roberto Bitencourt, op. cit., p. 158; Francisco de Assis Toledo, op. cit., p. 50; Aníbal Bruno, op. cit., p. 275; José Frederico Marques, op. cit., p. 337; Álvaro Mayrink da Costa, op. cit., p. 204; Damásio de Jesus. *Direito penal*, 1994. p. 94; Paulo José da Costa Júnior. *Comentários ao Código Penal*, 1990. vol. 1, p. 361 e 362.

(42) O princípio da *alternatividade* não configura, na verdade, um problema atinente ao conflito aparente de normas, pois que evidenciam-se quando o agente realiza a descrição de mais de um verbo descrito no tipo penal. Assim, por exemplo, aquele que induz e auxilia outrem a suicidar-se pratica um só crime, mas não em razão de um conflito aparente – já que só há uma norma a incidir –, e sim porque o tipo penal possui um verbo nuclear de conteúdo múltiplo ou variado.

(43) Op. cit., p. 471.

em função de uma das figuras legais, muito embora também se enquadre na de caráter geral.⁴⁴

Assim como este, outros exemplos também podem ser assinalados e de fácil percepção: a denúncia caluniosa exclui o tipo penal da calúnia, já que a atribuição falsa a alguém da prática de um crime (tipo penal genérico) acarreta a instauração de investigação policial ou de processo judicial (*plus*); o tipo penal do peculato exclui a incidência do tipo penal do furto e da apropriação indébita, pois a subtração ou a apropriação (tipos penais genéricos) são realizadas por funcionário público (*plus*); os crimes contra a honra do Código Penal (normas genéricas) são excluídos pelos crimes contra a honra da lei de imprensa (*plus*).

A univocidade do princípio da especialidade decorre da admissão de sua análise no plano do *dever ser*, ou seja, não é necessária a prática de uma conduta humana típica para que possamos afastar ou não a norma geral. Em outras palavras: a norma geral *deve ser* sempre afastada quando analisada frente à norma especial, pois o juízo aqui incidente é de *verdadeiro* ou *falso*, e não de *justo* ou *injusto*, verificável na consunção.

O princípio da especialidade evidencia um concurso aparente de tipos penais e, quando analisado sob uma situação fática, também de tipicidades. Já o princípio da consunção, como veremos no item 8.2, revela um concurso real de tipos penais, mas aparente de tipicidades.

8.1.1 Especialidade expressa e tácita

Pode ocorrer que a descrição da norma mencione expressamente a não-incidência do tipo penal genérico desde que realizado, também, o elemento especializador. No Código Penal Brasileiro, podem-se vislumbrar os seguintes casos: a) a especialidade expressa genérica, contida no art 12;⁴⁵ e b) a especialidade expressa específica, encontrada, *exempli gratia*, no art. 177, § 1.º, em que o tipo penal de *fraude e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações* (norma geral) resta excluído se houver lesão à *economia popular* (*plus*). Outros exemplos podem ser encontrados no art. 18 e no art. 29 do Dec.-lei 3.688/41: o *fabrico, comércio ou detenção de armas ou munição* só é punível se não constitui crime contra a ordem social e política; e o *desabamento de construção* (tipo penal genérico) deixará de ser uma mera contravenção se constituir crime contra a *incolumidade pública* (*plus*).

Entretanto, a maioria dos casos são de *especialidade tácita*.

⁽⁴⁴⁾ José Frederico Marques, op. cit., p. 337.

⁽⁴⁵⁾ "Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso."

8.1.2 Especialidade em tipos penais permissivos

É de se ressaltar a possibilidade de tal princípio ter aplicação também em relação a tipos penais permissivos. Verifica-se nos casos em que a excludente genérica é afastada pela verificação da excludente específica. Assim, por exemplo, ao lado da excludente da ilicitude genérica relativa ao *estado de necessidade* (art. 24 do CPB), pode-se vislumbrar a mesma natureza de exclusão da ilicitude na conduta do médico que realiza o aborto para salvar a vida da gestante (art. 128, I, do CPB).

Por vezes, a excludente só é descrita no caso específico, sem ser, entretanto, mencionada como norma genérica, mas, por construção doutrinária, tem ela existência apesar de não prevista em lei. É o caso da norma especial relativa ao *favorecimento pessoal* praticado por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do fugitivo (art. 348, § 2.º, do CPB), que exclui a genérica *inexigibilidade de conduta diversa*, causa de exclusão da culpabilidade, mencionada pelo nosso ordenamento somente em dois casos: coação moral irresistível e obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal (art. 22).

Outros casos: o estrito cumprimento de dever legal (art. 23, III, do CPB) descrito no caso específico de difamação ou injúria praticada por funcionário público ao emitir conceito desfavorável em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever de ofício (art. 142, III, do CPB); o estado de necessidade (art. 25 do CPB) previsto no caso específico do tipo penal de constrangimento ilegal quando se dá a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, dês que justificada por iminente risco de vida; o estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, do CPB) incidente na violação de domicílio durante o dia para efetuar prisão em flagrante (art. 150, § 3.º, I, do CPB) etc.

8.1.3 Especialidade em causas de aumento ou de diminuição de pena

Admite-se, também, que a incidência de uma causa genérica de aumento ou de diminuição da pena seja afastada pela previsão específica. Assim, as agravantes relativas ao *motivo fútil ou torpe* (art. 61, I, *a*, do CPB) são afastadas quando tal desiderato é a causa de um homicídio (art. 121, § 2.º, I e II, do CPB). Da mesma forma, a agravante de crime cometido contra criança (art. 61, I, *h*, do CPB) não será aplicada no caso dos tipos penais de homicídio doloso ou lesão corporal dolosa praticados contra criança menor de 14 anos (art. 121, § 4.º, *in fine*, e art. 129, § 7.º, ambos do CPB).

Já a atenuante genérica relativa ao motivo de relevante valor social ou moral (art. 65, III, *a*, do CPB) não incide no caso de homicídio privilegiado (art. 121, § 1.º, do CPB). Semelhante situação há no afastamento da incidência da atenuante da reparação do dano anterior ao julgamento (art. 65, III, *b*, *in fine*, do CPB) quando tal reparação efetiva-se voluntariamente e antes do recebimento

da denúncia pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça – arrependimento posterior (art. 16 do CPB).

Nesses casos, pode-se perceber que a causa de aumento ou de diminuição da pena é aplicável genericamente à maioria dos tipos penais, enquanto que também possui previsão de aumento ou de diminuição de pena em relação a um tipo penal específico.

8.1.4 Requisitos para a incidência do tipo penal especial

Para que a norma especial possa excluir a aplicação da norma geral, alguns requisitos devem estar presentes:

a) *a norma especial deve conter todos os elementos da norma geral, mais o especializador*. Essa relação de continência entre os tipos penais deve restar evidenciada, ainda que não de forma expressa. É o que se dá, por exemplo, entre os tipos penais de contrabando e de tráfico internacional de entorpecentes: da análise dos dois dispositivos (art. 334 do CPB e art. 12 da Lei 6.368/76) pode-se perceber que no último não estão descritas todas as elementares do primeiro, mas, por uma simples valoração, pode-se perceber a continência existente entre “mercadoria proibida” e “substância entorpecente”;

b) *o elemento especializador não pode configurar um tipo penal autônomo*. Não se pode afirmar seja o princípio da especialidade o apresentado para explicar a não incidência, *exempli gratia*, do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CPB) quando utilizada esta para a prática de um crime do extorsão mediante seqüestro, pois que, nesse caso, o tipo penal autônomo é tratado como causa de aumento de pena (art. 159, § 1.º, *in fine*, do CPB). Por certo, a aplicação de ambos acarretaria um *bis in idem*. Entretanto, não será o princípio da especialidade o regente *in casu*, já que não estamos frente a uma norma especial em contraposição a uma norma geral. Caso o elemento especializador constitua um tipo penal autônomo, estaremos diante do *soldado de reserva*, situação essa só verificada no princípio da consunção, e não na especialidade;⁴⁶

c) *os tipos penais genérico e o específico devem estar em vigor quando da prática da conduta*. Caso o tipo penal específico entre em vigor após a

⁽⁴⁶⁾ A não observância desse requisito levou Álvaro Mayrink da Costa a cometer o equívoco de vislumbrar a incidência do princípio da especialidade como forma de solução ao caso em que o rapto é praticado com violência, excluindo a aplicação dos tipos penais de seqüestro e constrangimento ilegal (op. cit., p. 207). Pode-se perceber que, *in casu*, os elementos componentes do tipo penal do rapto configuram tipos penais autônomos, de modo que a solução é de ser dada pelo princípio da consunção, e não pelo princípio da especialidade.

A mesma crítica é de ser feita a Damásio de Jesus, que entende ser o latrocínio uma norma específica em relação ao homicídio qualificado (op. cit., p. 95).

juridicização do tipo penal genérico, a aplicação deste ou daquele dar-se-á segundo as regras da aplicação da lei penal no tempo, vale dizer, se a norma especial superveniente tiver a natureza de *lex mitior* em relação à genérica, terá aplicação retroativa; caso configure-se uma *lex gravior*, a norma geral aplicase ultra-ativamente. Por outro lado, na situação inversa, a norma geral superveniente jamais terá aptidão para regular o fato tratado por norma específica, seja ela mais grave, seja mais leve.

8.1.5 Fatores irrelevantes à incidência do princípio da especialidade

A norma especial afasta a incidência da norma geral ainda que:

- a) a pena do tipo penal específico seja menor que a pena do tipo penal genérico, pois que, nem sempre, o *plus* incidente é causa de reprovação da conduta. É o caso, por exemplo, do infanticídio, em que a pena resultante é menor do que a atribuída ao homicídio;
- b) a norma especial esteja prevista em outro diploma legal, como é o caso do contrabando e do tráfico internacional de entorpecentes;
- c) o objeto jurídico do tipo penal especial seja diverso do objeto jurídico do tipo penal genérico.⁴⁷ No caso em que, por exemplo, a calúnia desencadeia a instauração de inquérito policial, o objeto jurídico do tipo penal genérico é a *honra*, enquanto que o do específico é a *administração da justiça*.

8.1.6 Casuística

O princípio da especialidade resolve os seguintes problemas:

- a) a apropriação indébita fiscal (art. 2.º, II, da Lei 8.137/90) exclui a apropriação indébita do Código Penal (art. 168);
- b) a facilitação de fuga de pessoa presa (art. 351 do CPB) exclui a aplicação do tipo penal da corrupção passiva (art. 317 do CPB);
- c) o tipo penal do peculato (art. 312 do CPB) exclui a incidência dos tipos penais de furto e de apropriação indébita (arts. 155 e 168, ambos do CPB);
- d) a subtração de cadáver (art. 211 do CPB) e a subtração de papel de uso exclusivo da Justiça Eleitoral (art. 340 do Código Eleitoral) afastam o tipo penal do furto (*idem*);
- e) a falsificação de atestado (art. 301, § 1.º, do CPB) e de nota fiscal (art. 1.º, III, da Lei 8.137/90) excluem a imputação pelo tipo penal de falsificação de documento (arts. 297 e 298 do CPB).

⁽⁴⁷⁾ Bettiol entende, ao contrário, que “as leis em relação de gênero e espécie sejam colocadas na tutela de um mesmo bem jurídico, tenham a mesma objetividade jurídica” (op. cit., p. 327).

8.2 Princípio da consunção

8.2.1 Conceito

Pode ocorrer que uma conduta humana, em vez de realizar a descrição contida em diversos tipos penais que se excluem entre si, realize o conteúdo de mais de um tipo penal não excludente, mas, em virtude de uma conexão lógica e justa, um deve ser considerado absorvido pelo outro. Em outras palavras: nos casos de aplicação do princípio da especialidade, os tipos penais incidentes absorvem-se entre si já no plano do *dever ser*, formando uma relação de alternatividade necessária; já nos casos de aplicação do princípio da consunção inexistente tal absorção no plano do *dever ser*, mas, por critérios de justiça, deve restar excluída, no plano do *ser*, a *tipicidade* correspondente a algum deles. Trata-se, destarte, de um concurso real de tipos penais, mas aparente de tipicidades.

A *consunção* (*lex consumens derogat legi consumptae*), pois, é o princípio aplicável nos casos em que o desiderato criminoso do agente é atingido através da realização voluntária e ontológica de mais de um tipo penal, que não necessariamente deve ser praticado na busca do fim almejado, mas, por critérios de justiça, deve restar absorvido. Sua verificação, ao contrário da especialidade, só pode ser analisada no caso concreto, e é uma relação de absorção, e não de exclusão.

Veja-se o exemplo já citado do autor do crime de furto que, para efetuar a subtração, viola o domicílio alheio: a conduta criminosa juridiciza a descrição dos tipos penais de violação de domicílio e do furto, sendo que, não obstante, surgirá, apenas, a tipicidade do último. Se a conduta desse agente fosse analisada somente à luz do que é *verdadeiro* ou *falso*, estaria ele sujeito ao concurso real de crimes, mas, por certo, tal consequência seria *injusta*, já que o crime meio foi um modo de realização do crime fim.

Desde a sua formulação originária por Edmund Mezger, a doutrina não é unânime no reconhecimento da existência de tal princípio, e, mesmo quando admitido, as conceitualizações são por demais díspares. Von Hippel, por exemplo, considera que o princípio da consunção não tem substantividade própria e distinta da especialidade e subsidiariedade, porque os casos que nele se enquadram podem situar-se em um ou outro destes critérios.⁴⁸

Para Bettiol, ao contrário, “é bem verdade que entre o princípio da subsidiariedade e o da consunção nem sempre subsiste a possibilidade de uma demarcação nítida, mas, nem por isso deve negar-se autonomia à própria consunção. O critério da consunção se refere à idéia de atividade que se desenvolve sucessivamente no tempo, de atividade complexa mas unitária sob

(48) Apud Luis Jiménez Asúa, op. cit., p. 483.

o prisma social-valorativo, que, em seu envolver viola pluralidade de normas na qual uma é contida perfeitamente em outra. Enquanto na hipótese da especialidade e da subsidiariedade a ação pode exaurir-se num único momento e num só segundo, na consunção, ao contrário, achamo-nos necessariamente diante de ação que, embora única desde que julgada em seu complexo, é cindível nos vários atos que se realizam sucessivamente cada um dos quais violando uma disposição penal".⁴⁹ Contornos semelhantes são traçados por Assis Toledo: "há, na lei penal, tipos penais mais abrangentes e tipos penais mais específicos que, por visarem a proteção de bens jurídicos diferentes, não se situam numa perfeita relação de gênero para espécie (especialidade), nem se colocam numa posição de maior ou menor grau de execução do crime".⁵⁰

Grande parte da doutrina que admite sua autonomia ressalta dois elementos relevantes na consunção: o crime absorvido ou é um meio necessário, ou uma normal fase de preparação do crime fim.⁵¹ E o resultado disso é que, como bem ponderou Mezger, o grande esforço da doutrina penal contemporânea, apesar de útil, consolidou-se em formular soluções meramente exemplificativas para o problema.⁵² Tentarei, nas linhas que seguem, formular uma solução teórica e exauriente.

8.2.2 Pressupostos da consunção total

São pressupostos para a absorção total de uma infração penal por outra:

a) *pluralidade de elementos subjetivos*: a absorção decorrente da aplicação deste princípio só ocorre quando o elemento subjetivo do agente abranja todos os tipos penais realizados. A pluralidade de delitos resulta do surgimento de uma tipicidade completa em relação a todos, vale dizer, uma tipicidade objetiva e subjetiva. No exemplo da destruição da *res furtiva*, pode-se perceber que o sujeito ativo age dolosamente em relação ao tipo penal do furto, e dolosamente em relação ao tipo penal de dano. Trata-se de uma atividade voluntária e ontológica dirigida a dois tipos penais incriminadores.

Esse é o elemento fundamental para tornar possível a distinção entre este princípio e o (falso) princípio da subsidiariedade, pois que neste o elemento subjetivo é único, embora o fato enquadre-se objetivamente em mais de um tipo penal (v. n. 9, *infra*).

(49) Op. cit., p. 329.

(50) Op. cit., p. 53.

(51) Nesse sentido, por exemplo: Cezar Roberto Bitencourt, op. cit., p. 160; Damásio de Jesus, op. cit., p. 99.

(52) Edmund Mezger. *Tratado de derecho penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1956. vol. II, p. 330.

Por outro lado, há que se ressaltar que a pluralidade de elementos subjetivos não se refere, somente, à pluralidade de condutas dolosas, visto que também é admissível a absorção de uma infração penal dolosa por outra culposa (v. n. 8.2.3, *infra*).

b) *inexistência de relação de necessariedade entre crime absorvido e o crime absorvente*: é comum encontrarmos na doutrina a afirmação de que a prática do crime meio é uma necessária etapa para a realização do crime fim, ou que um é elemento constitutivo de outro.⁵³ Neste último caso, estaremos diante de um crime complexo, que se forma pela adesão de um tipo penal autônomo a outro tipo penal, seja para a formação de um terceiro, seja para constituir um deles.⁵⁴

Há que se ressaltar que a consunção só é aplicável quando inexistente relação de necessariedade, e quando o tipo penal absorvido não seja elemento constitutivo do absorvente. Se a realização do *minus* é uma etapa necessária da realização do *plus*, estaremos diante de uma unidade de elemento subjetivo, e não de uma pluralidade. Neste equívoco incide Silvio Ranieri, ao afirmar que o homicídio consome os delitos de lesões leves, lesões graves e lesões gravíssimas.⁵⁵ É evidente que o sujeito ativo de um homicídio deve, antes de causar a morte, necessariamente causar uma lesão corporal. Porém, o elemento subjetivo do delito de homicídio não traz, em seu *iter*, o elemento subjetivo do crime de lesão corporal, visto que o atuar do agente com *animus necandi* tem em mira, somente, o crime mais grave, e não o mais leve. Em outras palavras: quem quer matar, não quer antes lesionar; quer simplesmente matar. Os diversos tipos penais só encontram-se em relação de necessariedade na análise da tipicidade *objetiva*, e não da tipicidade *subjetiva*. Inexiste, nesses casos, sequer conflito aparente de normas, pois que, para tanto, deve haver uma coexistência ou de tipos penais objetivos e subjetivos – como ocorre na *especialidade* –, ou de tipicidades

(53) “Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendida em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta” (Cezar Bitencourt, *op. cit.*, p. 160). No mesmo engano incidem os ensinamentos de Aníbal Bruno: “Pode ocorrer isso quando o fato previsto em uma norma figura como elemento constitutivo do tipo delituoso, definida em outra conduta inicial, meio para realizá-lo ou parte do todo que ele representa” (*op. cit.*, p. 276).

(54) É bem verdade que o crime complexo é conceituado pela maioria da doutrina como a fusão de dois ou mais tipos penais na formação de um terceiro. Assim, com base nesse conceito, o crime de latrocínio é um crime complexo, pois que formado pela fusão do tipo penal furto com o tipo penal do homicídio. Utilizando-se desse conceito, não seria crime complexo o tipo penal do constrangimento ilegal, pois que o tipo penal da ameaça não adere a outro para formar um terceiro, mas, simplesmente, é um elemento constitutivo do constrangimento.

(55) Silvio Ranieri. *Reato progressivo e progressione criminosa*, 1942.

objetivas e subjetivas – como ocorre na *consunção*. O tema será melhor abordado no item 9, ao tratarmos do falso princípio da subsidiariedade.

Por outro lado, também não se aplica a consunção para os casos em que um dos tipos penais é elemento constitutivo de outro, pela simples razão de que, neste caso, inexistente absorção. Assim, por exemplo, não se pode dizer que o delito de estupro absorva o delito de constrangimento ilegal, pois que este último constitui aquele, e, se restasse absorvido, inexistiria crime. O que se evidencia é que o constrangimento ilegal é punido através da punição do crime contra os costumes.

Portanto, a relação de necessariedade faz surgir duas situações: quando tal necessariedade dá-se por simples opção legislativa, em que o elemento constitutivo é *expresso* (p. ex., a grave ameaça componente do tipo penal de roubo), estaremos diante de um crime complexo; quando tal necessariedade é simplesmente lógica, em que o elemento é *tácito*, estaremos diante de um mero caso de adequação típica (v.g., as lesões corporais em relação ao homicídio). Em ambos, inexistente concurso de normas, nem real, nem aparente.

O correto é, porém, que só se poderá falar em absorção quando inexistir tal relação de necessariedade. Veja-se que a violação de domicílio não é uma etapa necessária para a prática de um crime de furto, e nem um elemento constitutivo deste.

c) *o crime absorvido deve ser um meio ou um fim do intuito criminoso*: a ausência de necessariedade, entretanto, não afasta a exigência de que o crime absorvido seja, ou um crime meio em relação ao crime fim (antefato impunível), ou um simples exaurimento do intuito criminoso (pós-fato impunível) – v. 8.2.4.

Essa é a razão pela qual o crime de estupro não absorve o crime de atentado violento ao pudor nos casos em que os atos libidinosos diversos da conjunção carnal não constituem os denominados *proeludia coiti*, ou seja, os meios normalmente – embora não necessariamente – utilizados para a consumação da conjunção carnal.

d) *o crime absorvido deve ser menos grave que o crime absorvente*: justamente por ser um critério de legitimação externa, o princípio da consunção pressupõe, como solução justa, que o crime absorvido seja de menor gravidade que o crime absorvente. Por essa razão é que o crime de dano pode ser absorvido pelo crime contra o patrimônio, a lesão corporal absorve os maus tratos, a calúnia absorve a injúria, o constrangimento ilegal absorve a violação de domicílio etc.

Admite-se, também, a absorção quando os delitos são de igual gravidade. Assim, por exemplo, o uso de documento falsificado pelo autor (art. 304 do CPB) absorve a falsificação (arts. 297 a 302 do CPB).⁵⁶

(56) Nesse sentido: “Quando o mesmo agente se torna responsável pela falsificação e uso do documento falsificado, não ocorre o crime progressivo, pois não existe unidade de ação, mas duas condutas distintas. Assim, o crime de uso, que revela maior audácia, absorve o falso que, em última análise, assume a condição de *antefactum* não punível”. RT 496/264.

e) o sujeito passivo direito deve ser idêntico em todas as infrações penais: assim como seria injusto afirmar que a dívida pecuniária que possuo com dois credores esteja adstrita ao pagamento da maior em relação a um deles, também seria injusto admitirmos a absorção total entre crimes com sujeitos passivos diferentes. Dessarte, se diversas condutas lesam pessoas diversas, impossível é a absorção.

Como vimos (item 2), a função do direito penal, segundo o modelo *Garantista*, é tanto a defesa social como a defesa individual, ou seja, a proteção do mais fraco em relação ao mais forte: do mais fraco ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como o mais fraco ou ameaçado da vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinquente e na vingança é a parte ofendida em relação aos sujeitos públicos ou privados solidários a ele. Impossível será, entendo, admitirmos tal legitimação ao direito penal se aceitarmos que uma lesão reste absorvida por outra, com vítimas diversas. A supressão desse requisito faz com que a função do direito penal seja, somente, a defesa individual, e não a social.

Esse requisito exclui, desde já, a consunção entre os crimes de estelionato mediante falsificação de documento, pois que a vítima do primeiro não se confunde com o Estado, vítima do segundo.⁵⁷ O mesmo ocorre em relação ao estelionato praticado mediante a venda de um bem anteriormente furtado, pois a vítima do furto é uma; a do estelionato é outra.⁵⁸ Essas mesmas conclusões podem ser extraídas dos seguintes casos: o falso testemunho não absorve a injúria proferida em juízo;⁵⁹ o estelionato praticado mediante a falsificação de assinatura de cheque subtraído não absorve nem o furto, nem a falsidade;⁶⁰ a bigamia não absorve a falsificação da certidão de nascimento ou o constran-

⁽⁵⁷⁾ Pode-se perceber que essa solução vai de encontro à solução prevista na Súm. 17 do STJ: "Quando o falso exaure o estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido." Aparentemente nesse sentido: "O falso foi, pois, o meio necessário à disposição da coisa alheia fraudulenta obtida, isto é, à realização do proveito econômico inerente ao estelionato. (...) Não se vêem dois crimes, como naturalmente poderia parecer, mas um fato que se consome como realização do fim visado com o primeiro crime" *RJTJSP* 13/516.

⁽⁵⁸⁾ Nesse sentido: Johannes Wessels. *Direito penal – Parte geral (Aspectos fundamentais)*, 1976. p. 181; Assis Toledo, op. cit., p. 54.

⁽⁵⁹⁾ Nesse sentido: "Testemunha que em seu depoimento relata fato tido como mendaz e injurioso. Comprovação, posteriormente, de falso testemunho. Não absorção, por essa figura, do crime contra a honra" *JUTACrim-SP* 88/151.

⁽⁶⁰⁾ Nesse sentido: "O furto não é meio ordinário, segundo o *id quod plerumque accidit*, para chegar ao estelionato, nem foi cometido visando a sua prática, o que exclui o reconhecimento do crime progressivo ou do *antefactum* não punível. Os autores que estudam esta última categoria não a reconhecem quando diverso o sujeito passivo do crime posterior, e por conseguinte, maior o dano que resulta de sua prática" *JUTACrim-SP* 74/279.

gimento ilegal; a lesão corporal não absorve o abuso de autoridade;⁶¹ o desacato não absorve as lesões corporais⁶² etc.

f) *ausência de exclusão legislativa da absorção*: pode ocorrer que, apesar de presentes todos os requisitos legais para a absorção, o legislador expressamente imponha o concurso real de crimes. Isso dá-se, por exemplo, no caso do art. 10, § 2.º, da Lei 9.437/97,⁶³ em que o delito de contrabando ou descaminho não resta absorvido pelo porte ilegal de arma de uso proibido ou restrito.

8.2.3 Pressupostos da consunção parcial

A ausência de um ou mais dos pressupostos mencionados impede a absorção total entre as infrações. Entretanto, pode resultar extremamente injusto que o agente, por exemplo, que falsifica um instrumento de procuração para a prática de um estelionato receba cumulativamente as penas de ambos os crimes, pois que aquele foi um meio para a prática de um crime fim.

Dessa forma, pode-se buscar uma solução moderada a fim de ser atingida a legitimação externa do modelo aqui proposto. Surge, nesse caso, a absorção parcial como proposta de solução ao problema, em que o agente deve ser punido só com a pena do crime fim, com a incidência, entretanto, de uma causa de aumento de pena.

E, assim como a *consunção total*, também a *consunção parcial* deve preencher alguns pressupostos para que ocorra:

- a) *pluralidade de elementos subjetivos* (v. 8.2.2.a);
- b) *inexistência de relação de necessariedade entre crime absorvido e o crime absorvente* (v. 8.2.2.b);
- c) *o crime absorvido deve ser um meio ou um fim do intuito criminoso* (v. 8.2.2.c);
- d) *o crime absorvido deve ser mais grave que o crime absorvente* (v. 8.2.2.d);⁶⁴

(61) Nesse sentido: “Se da violência empregada por autoridade no exercício das funções ou a pretexto de exercê-la, resultar lesão corporal deverá aquela responder, cumulativamente, por ambos” RT 393/450.

(62) “Em tema de desacato, sendo as ofensas morais ao funcionário público seguidas de agressão física, esta constitui mero desdobramento do propósito inicial de humilhá-lo e desprestigiar-lo, inserindo-se na própria figura do desacato” RT 565/343.

(63) “Art. 10. (...) § 2.º A pena é de reclusão de dois a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.”

(64) Situação que pode acarretar dúvidas é o tratamento a ser dado ao porte ilegal de armas, erigido à categoria de crime pela Lei 9.437/97. Quando tal fato constituía

e) *ausência de exclusão legislativa da absorção* (v. 8.2.2.e).

Portanto, admissível é a absorção parcial dès que presentes esses pressupostos, sem necessidade, contudo, de serem as infrações penais praticadas contra o mesmo sujeito passivo. Essa solução autoriza que o autor de um estelionato mediante falsificação de documento⁶⁵ responda somente pela pena do primeiro, mas exasperada. O mesmo pode ocorrer em relação às seguintes infrações penais: estelionato e furto, falso testemunho e injúria, bigamia e falsificação de documento, lesão corporal e abuso de autoridade, desacato e lesões corporais etc.

Da mesma forma, seria possível a absorção parcial entre infrações dolosas e culposas, como por exemplo: o homicídio e a lesão corporal culposa de trânsito absorvem parcialmente a falta de habilitação para dirigir veículo automotor e a participação de "racha".

Com essa solução estaremos oferecendo uma legitimação eficaz ao direito penal, cumprindo com a sua função tanto de defesa social – pois que nenhuma das lesões restará impune – como de defesa individual.

8.2.4 A *consunção* de lege lata e de lege ferenda

Pode-se objetar que a consunção total e parcial não pode ser aplicada em conformidade com nosso atual ordenamento penal. É possível, contudo, que a consunção parcial seja adaptada à primeira fase de aplicação da pena: a pena-base. Assim, em sendo verificada a absorção parcial, poderá o juiz, *de lege lata*, aplicar somente a pena da infração penal mais grave, elevando-a sutilmente, contudo, quando da utilização do art. 59 do CPB.

De lege ferenda, como vimos, o modelo proposto poderia ser objeto de normatização expressa. No capítulo referente à *aplicação da lei penal*, poder-se-á acrescentar um dispositivo com a seguinte redação:

Princípio da consunção – “Art. (...). Se a conduta voluntária do agente realiza a descrição de mais de uma norma penal incriminadora, desprovidas de uma relação de necessariedade, ser-lhe-á aplicada somente a pena da infração mais grave, desde que as condutas praticadas atinjam a mesma vítima.

uma mera contravenção penal (art. 19 do Dec.-lei 3.688/41), a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendiam que tal infração penal restava absorvida se realizada como meio para a prática, por exemplo, de um crime de constrangimento ilegal. Doravante, entretanto, tal solução não mais poderá ser adotada, pois que o crime de porte ilegal de armas tornou-se mais gravemente apenado que o constrangimento ilegal.

⁽⁶⁵⁾ Só haverá a consunção parcial nos casos de falsidade ideológica ou de falsidade material de documento privado, pois que, nessas situações, a pena do *falsum* é idêntica à do estelionato (reclusão de 1 a 5 anos e multa). Por ser a falsificação de documento público mais gravemente apenada, impossibilita-se a absorção parcial.

Parágrafo único. A pena da infração mais grave será exasperada até o dobro, no caso de lesão a vítimas diferentes, observados os limites referentes ao concurso material”.

Dessa forma, teríamos a solução para grande parte das divergências que a matéria tem sofrido.

9. Princípio da subsidiariedade

9.1 O princípio da subsidiariedade na doutrina

Segundo Aníbal Bruno, “A norma principal prevalece sobre a norma simplesmente subsidiária; isto é, a norma subsidiária só se aplica se ao caso não for aplicável a norma principal. É o princípio da subsidiariedade. Às vezes, é a própria lei que cria a subsidiariedade por meio de expressões que indicam que só será aplicável se o fato não constituir crime mais grave; outras vezes, a subsidiariedade deve concluir-se da relação existente entre as normas, que se ocupam de fatos que podem ser tomados por graus diversos, de gravidade diferente, da violação do mesmo bem jurídico, sendo aplicáveis as normas relativas às formas menos graves só quando não caiba a aplicação da referente aos fatos de mais gravidade. A norma subsidiária é a menos grave, para a qual recai o fato se não se ajusta tipicamente à norma principal. São subsidiárias, por exemplo, as disposições de leis que definem crimes de perigo em confronto com as referentes a crimes de dano, desde que seja o mesmo bem jurídico ameaçado ou violado”.⁶⁶

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Wessels ratifica, sumariamente, que “subsidiariedade significa que uma disposição penal só é aplicável secundariamente, isto é, só reivindica validade para o caso em que uma outra já não intervenha”.⁶⁷ Trata-se, pois, de uma forma de solução a etapas ou graus diversos de ofensa a um mesmo bem jurídico.

A doutrina costuma apontar duas situações de subsidiariedade: a expressa e a tácita.

Quando o art. 132 do CP, depois de definir, na regra preceptiva, o crime de “perigo para a vida e a saúde de outrem”, estatui, na regra sancionadora, que a pena será de detenção, de três meses a um ano, “se o fato não constitui crime mais grave”, – está o legislador, de maneira explícita, salientando o caráter subsidiário da norma incriminadora: a regra nesta contida só incidirá sobre o fato, subsidiariamente, isto é, se a conduta humana lesiva não se enquadrar, antes, ou numa tentativa de homicídio, ou no “perigo de contágio de moléstia venérea” etc.⁶⁸

(66) Op. cit., p. 276-277.

(67) Op. cit., p. 180.

(68) Frederico Marques, op. cit., p. 338-339.

A subsidiariedade se diz implícita quando a relação entre duas ou mais normas promana da comparação entre os meios e escopo de seu conteúdo, como o ensina Bettiol. De subsidiariedade tácita denomina-a Nélson Hungria, porque o fato incriminado pela norma subsidiária “entra como elemento componente ou agravante especial do fato incriminado pela outra norma, de modo que a presença do último exclui a simultânea punição do primeiro”, em virtude de prevalecer, no caso, “o princípio de que *ubi major minor cessat*”.⁶⁹

E, dessarte, Damásio de Jesus formula os seguintes exemplos de subsidiariedade implícita:⁷⁰ o crime de dano (art. 163) é subsidiário do furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (art. 155, § 4.º, I); a ameaça (art. 147) é crime constitutivo do constrangimento ilegal (art. 146).

9.2 A subsidiariedade como resquício da teoria causal-naturalista.

Em diversos tipos penais incriminadores, deparamo-nos com a adstringência da punição à condição de não constituir o fato crime mais grave.⁷¹

Pela formulação de um exemplo demonstraremos o equívoco dessa formulação: “A” deflagra dois disparos de arma de fogo contra “B”, sem, entretanto, atingi-lo. Tal situação, se analisada somente sob o aspecto objetivo, enquadrar-se-ia perfeitamente no tipo penal do art. 132 do CPB, já que “A” causou um perigo para a vida de “B”, e o fato não constituiu crime mais grave. E essa era a solução apontada pela Teoria Causal-Naturalista da Ação, de Liszt e Beling, já que a tipo penal era formado, apenas, pela descrição de uma conduta que, necessariamente deveria ser (somente) voluntária.

No mesmo exemplo, se “B” fosse atingido pelo disparo, resultando, entretanto, somente com lesões corporais leves, a punição do art. 132 daria lugar à do art. 129, já que o fato constituiu crime mais grave.

Imagine-se, agora, se no primeiro caso – em que a vítima não foi atingida – a intenção do agente fosse não só causar um perigo, mas sim causar a morte de “B”, não logrando êxito por circunstâncias alheias à sua vontade. Se perguntasse eu qual o crime praticado, por certo todos responderiam: tentativa de homicídio. A mesma resposta seria dada para o segundo caso – em que a vítima foi lesionada – se também o ânimo do agente era de matar.

Esses exemplos demonstram, pois, que é impossível a opção pela correta adequação típica do fato sem a análise do elemento subjetivo do agente, pois,

⁽⁶⁹⁾ Idem, p. 339.

⁽⁷⁰⁾ Op. cit., p. 98.

⁽⁷¹⁾ No Código Penal brasileiro, temos os seguintes casos: arts. 132 e 337. Já na Lei de Contravenções Penais: arts. 21, 46 e 68.

do contrário, o tipo penal ficará adstrito, apenas, à verificação ou não de um resultado. Isso fica mais evidente quando se percebe que o dolo do agente, no crime de homicídio, não é, inicialmente, causar um perigo, e, após, causar a morte. Seu elemento subjetivo é uno: o ânimo de matar, e não o de causar perigo ou de lesionar.

Jamais poderemos afirmar que o autor do homicídio, antes de atingir o seu desiderato, realizou os tipos penais de perigo e de lesão para, só após, chegar ao de homicídio. Se a sua intenção originária era matar, o crime de perigo e o de lesão corporal somente poderão ser considerados como etapas necessárias se a tipicidade for avaliada, apenas, objetivamente, e não também subjetivamente.

Dessarte, ao admitirmos a subsidiariedade como etapas ou graus diversos da ofensa a um mesmo bem jurídico, estaremos divagando, somente, acerca da tipicidade objetiva, e não da subjetiva, pois é só com essa ênfase que se pode admitir ser o perigo, a lesão ou a morte, graus diversos de agressão a um mesmo bem jurídico.

A inobservância dessa peculiaridade é a origem do equívoco em que incidem doutrina e jurisprudência quando afirmam a impossibilidade de lesões corporais leves na forma tentada, pois que, nesse caso, seria o agente punido, apenas, pela contravenção de vias de fato.⁷² E chegam a essa solução pela análise exclusivamente objetiva da conduta, sem a percepção de que a vontade de lesionar é diferente e oposta à vontade, simplesmente, de chegar às vias de fato. Quem assim pensa é obrigado a afirmar que a tentativa inculpa de homicídio constitui, apenas, um crime de perigo à vida de outrem.

O equívoco em que incidem as normas que adstringem a sua punição à situação de o fato não constituir crime mais grave origina-se da possibilidade de o fato constituir crime mais grave e, inobstante, ser punido somente como crime de perigo, ou da possibilidade de o fato não constituir crime mais grave e, ainda assim, ser punido como tal.

Devem ser banidas, portanto, da legislação as fórmulas semelhantes às contidas no art. 132 do CPB.

Os demais casos de subsidiariedade apontados pela doutrina configuram, ou um mero caso de crime complexo – o estupro, por exemplo, é formado pelo constrangimento ilegal e pelas lesões corporais leves –, ou como uma simples análise de adequação típica – como é o caso, *verbi gratia*, da quadrilha ou bando formado para a prática de uma extorsão mediante seqüestro. Em ambos, inexistente conflito – sequer aparente – de normas.

(72) Nesse sentido: “A distinção entre vias de fato e lesões corporais está precisamente no resultado objetivo: ambos têm como elemento comum a agressão aliada ao *animus laedendi*. Mas, se resulta ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem, o que se verifica é o crime; quando não, a contravenção” *RJTJSP* 49/337. Idem: *RT* 465/368 e 508/347.

10. Crime progressivo e progressão criminosa

Há *crime progressivo*, ensina Jiménez de Asúa, quando “o agente passa de uma conduta inicial, que realiza um tipo de delito, a uma atividade ulterior, que realiza um tipo de delito mais grave, nas quais se incluem os elementos constitutivos do delito mais leve. O autor passa por etapas sucessivas, cada uma das quais podendo, em si mesma, revestir um determinado tipo delitivo. Mas entre um estágio e outro se produz tão estreito ligamento causal que a categoria superior do delito vai absorvendo inteiramente os anteriores. Destroem-se, assim, os possíveis tipos sucessivos no tempo, que se vão superando, e, em consequência, caem absorvidos, na última e mais grave penalidade, as sanções dos outros”.⁷³ Dessa forma, vemos que, no *crime progressivo*, um tipo penal, abstratamente considerado, contém outro, de modo que deve, necessariamente, ser realizado o segundo para se alcançar o resultado do primeiro.⁷⁴

É o que ocorre, *verbi gratia*, no caso de um crime de homicídio: para que o agente atinja o seu desiderato, deverá, necessariamente, praticar um crime de lesão corporal. Só com a passagem necessária pelo crime subsidiário é que o agente realizará o crime fim. O mesmo ocorre no crime de lesão corporal: para que se concretize, há que se realizar, necessariamente, um crime de perigo. Nesses casos, os crimes mais graves absorvem os menos graves.

No *crime progressivo*, portanto, como bem afirma Silvio Ranieri, a nota específica está na relação existente entre figuras típicas abstratas, independentemente de sua realização concreta pelo atuar de alguém. Trata-se, assim, de relação contida na estrutura interna do tipo, e não, fora deste, com outro tipo anteriormente concretizado.⁷⁵

Já a *progressão criminosa* ocorre quando uma figura típica, anteriormente realizada, ainda se concretiza através da realização sucessiva de outra figura típica em que já se encontra implicada. Trata-se, portanto, de conceito diverso e mais amplo que o do crime progressivo. E isto porque se este deriva de relação contida na estrutura interna do tipo, a progressão criminosa tem sua razão de ser na forma de concretização da figura típica abstrata.⁷⁶ É o que se dá, por exemplo, com a destruição da *res furtiva* após a consumação do crime de furto, e com o homicídio culposo de trânsito em havendo inabilitação do condutor.

Existem três formas de *progressão criminosa*:

a) progressão criminosa em sentido estrito: ocorre quando o agente pratica, inicialmente, uma infração penal e, posteriormente, em razão da mudança de

(73) Luis Jiménez de Asúa, op. cit., p. 484.

(74) Wiliam Wanderley Jorge. *Curso de direito penal*, 1986. vol. 1, p. 217.

(75) Op. cit., p. 13 e 14.

(76) Silvio Ranieri. Apud Frederico Marques, op. cit., idem, p. 367.

sua intenção, pratica outro crime mais grave. *Ab initio*, tal situação se consideraria um *crime progressivo*, mas um desligamento temporal e subjetivo transmuda-o em *progressão criminosa*. É a situação, por exemplo, do agente que produz lesões corporais em outrem, e, após, decide matá-lo. Não responderá ele por duplicidade de crimes, mas sim por um todo único: só o crime de homicídio. É o elemento subjetivo, aponta Frederico Marques, na *progressão criminosa*, que a distingue do crime de caráter *progressivo*: neste, havia, desde o início, a intenção de praticar o delito mais grave; naquela, o impulso volitivo, de origem, era a prática do delito menor, e só sucessivamente é que o agente, se bem que no mesmo contexto da conduta, delibera praticar o crime mais grave.⁷⁷

b) antefato impunível: dá-se quando o crime anterior serve de meio para a prática de um crime mais grave, que é a principal finalidade do agente. Assim, por exemplo, o crime de falsidade ideológica resta absorvido pelo crime de bigamia;

c) pós-fato impunível: nos casos em que o crime posterior incide na linha de atuação do fim que se propôs o agente ao cometer o primeiro crime.⁷⁸ A destruição da coisa subtraída resta absorvida pelo crime de furto.

10.1 Diferenciação

Não se confundem o *crime progressivo* e a *progressão criminosa*. Vejamos as principais diferenças.

O *crime progressivo* pressupõe um só fato; a *progressão criminosa*, uma pluralidade de fatos cometidos de forma continuada. Naquele, assevera Francesco Antolisei, há um só fato que, por sua natureza intrínseca, contém outro menos grave, pelo que a realização do primeiro sempre pressupõe a do segundo; neste, há referência a múltiplos fatos, isto é, a vários fatos típicos que se realizam de modo continuativo, em um só contexto.⁷⁹

Sob o aspecto subjetivo do sujeito, existe, no *crime progressivo*, desde o início, a vontade de cometer a infração de maior gravidade; na *progressão criminosa* a intenção inicial é de praticar o delito menor, e só depois é que, no mesmo *iter criminis*, resolve ele cometer a infração mais grave.⁸⁰ Naquele, há unidade de dolo; neste, pluralidade.

Tal elemento subjetivo, por consequência, é verificado em momentos distintos. No *crime progressivo*, havia, desde o início, a intenção de praticar o

(77) Op. cit., idem, p. 368.

(78) Nélson Hungria, op. cit, p. 121.

(79) Op. cit., p. 282.

(80) Aldo Moro. *Unità e pluralità di reati*, 1951. p. 105, apud Damásio Evangelista de Jesus, op. cit., p. 102.

crime mais grave. *Consiste em superar, no mesmo momento da ação, aquele mínimo que é necessário e suficiente para que se concretize um determinado delito.*⁸¹ Já na *progressão criminosa* o impulso volitivo era, *ab initio*, voltado para a prática do crime menor, e só sucessivamente é que o agente, se bem que no mesmo contexto da conduta, delibera praticar o crime mais grave.

O *crime progressivo* verifica-se abstratamente, pela simples leitura do dispositivo penal incriminador. Já a *progressão criminosa* depende da análise do caso concreto para a percepção de sua incidência.

10.2 O crime progressivo, a progressão criminosa, a subsidiariedade e a consunção

Da análise dos conceitos oferecidos pela doutrina, pode-se chegar à conclusão de que o crime progressivo está relacionado ao princípio da especialidade, enquanto que a progressão criminosa liga-se à consunção.

Dessa forma, se a doutrina soluciona o problema resultante do crime progressivo com a aplicação do princípio da subsidiariedade, e se, como vimos no item 9, retro, este princípio é um manifesto equívoco resultante da concepção causal-naturalista de Liszt-Beling, conclui-se que, a bem da verdade, inexistente tal classificação de crime.

Por outro lado, pode-se concluir que o problema originado com a verificação da progressão criminosa encontra solução no princípio da consunção, com todos os requisitos e conseqüências traçados no item 8, retro.

11. Conclusões

1. O tipo penal, segundo a concepção finalista da ação de Hans Welzel, é composto tanto por aspectos objetivos como subjetivos. A todo tipo penal objetivo corresponde um tipo penal subjetivo que lhe é congruente. No segundo aspecto encontra-se o dolo.

Da mesma forma, a tipicidade, surgida da realização do conteúdo de um tipo penal, também compõe-se objetiva e subjetivamente, já agora no plano do *ser*, e não do *dever ser*.

2. Da separação entre direito e moral decorre a ausência de conexão entre proibições legais e imoralidades. Dessa forma, há que se ressaltar a diferença entre tudo aquilo que é verdadeiro ou falso, e tudo aquilo que é justo ou injusto, pois que o verdadeiro pode ser justo, assim como o falso, ou, por outro lado, serem injustos.

⁽⁸¹⁾ Vincenzo Manzini. *Tratado de derecho penal*, 1948. t. 2, vol. 2, p. 112.

3. Empregamos a terminologia *concurso aparente de normas* para caracterizar o gênero do qual são espécies o *conflito aparente de tipos penais* e o *conflito aparente de tipicidades*.

4. O princípio da especialidade situa-se no *conflito aparente de tipos penais*, incriminadores ou permissivos, e soluciona-se segundo critérios de verdadeiro ou falso, já que independe de situações fáticas concretizadas para que possa ser analisado.

5. O princípio da consunção situa-se no *conflito aparente de tipicidades*, e soluciona-se segundo critérios de justiça ou injustiça, pois que, no plano do dever ser, estamos diante de um conflito real de normas. Impossibilita-se sua análise num plano abstrato.

6. O princípio da especialidade dispensa regulamentação legal, pois o que é verdadeiro não precisa ser normatizado para ser considerado como tal; já o princípio da consunção há que receber tratamento legislativo, visto que o verdadeiro – concurso real de crimes – pode resultar injusto, e só poderá ser justo mediante uma normatização que mitigue os efeitos injustos da verdade.

7. O concurso aparente de normas é problema ligado à *aplicação da lei penal*, e não ao *concurso de crimes*.

8. O princípio da especialidade tem por fundamento evitar o *bis in idem*, enquanto que o princípio da consunção tem por fundamento a *proporção* entre a pena e a lesão causada.

9. Dá-se o concurso aparente de tipos penais quando uma norma penal coloca-se em situação de norma geral em relação a outra, que possui todos os elementos daquela acrescida, entretanto, de um elemento especializador. Propõe-se a solucionar o problema o princípio da especialidade, expresso ou tácito, e atua sobre tipos penais incriminadores, permissivos e causas de aumento de pena. São requisitos para a sua incidência: a norma penal especial deve conter todos os elementos da norma geral, mais o elemento especializador; o *plus* da norma especial não pode configurar um tipo penal autônomo; e tanto a norma geral quanto a especial devem estar em vigor quando da prática da conduta. Por outro lado, incide o princípio ainda que a norma especial seja mais grave, esteja prevista em lei diversa, e possua objeto jurídico diverso.

10. Já o concurso aparente de tipicidades ocorre quando a conduta do agente realiza a descrição contida em mais de um tipo penal incriminador, sendo que, entretanto, apenas um deles incidirá. Nesse caso, o problema é resolvido pelo princípio da consunção, que possui os seguintes pressupostos: pluralidade de elementos subjetivos; inexistência de relação de necessariedade entre crime absorvido e o crime absorvente; o crime absorvido deve ser um meio ou um fim do intuito criminoso; o crime absorvido deve ser menos grave que o crime absorvente; o sujeito passivo direito deve ser idêntico em todas as infrações penais; e ausência de exclusão legislativa da absorção. Se as diversas infrações penais forem praticadas contra vítimas diferentes, impõe-se somente a absorção

parcial, punindo-se o agente com a pena do crime fim, acrescida de uma majoração.

11. A doutrina aponta o princípio da subsidiariedade como incidente nos casos em que uma disposição penal só é aplicável secundariamente, isto é, só reivindica validade para o caso em que uma outra já não intervenha. Tal princípio é uma decorrência da falácia causal-naturalista, pois que não é a maior gravidade ou não de um infração penal que irá determinar o tipo penal incidente, e sim o elemento subjetivo do autor do delito. E, como tal, deve ser descartado.

12. Os casos de progressão criminosa são solucionados pelo princípio da consunção. Já o crime progressivo mantém relação com o princípio da subsidiariedade e, como tal, também deve ser descartada sua autonomia.

Bibliografia

- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. Milão : Giuffrè, 1947.
- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Lousada, 1950.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Concurso de normas penais*. São Paulo : RT, 1976.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo : RT, 1971.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo : RT, 1997.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1973.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro : Forense, 1982.
- COSTA E SILVA, A. J. *Código Penal*. São Paulo : Ed. Nacional, 1938.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madri : Trotta, 1995.
- FILLIPO, Grispini. *Diritto penale italiano*. Milão : Giuffrè, 1952.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo : Max Limonad, 1982.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1949.
- JESUS, Damásio de. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- JORGE, William Wanderley. *Curso de direito penal. Parte geral*. Rio de Janeiro : Forense, 1986. vol. 1.
- LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista da ação e a nova legislação penal*. Porto Alegre : Fabris, 1987.
- MANZINI, VINCENZO. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Ediar, 1948, t. 2, vol. 2, 1948.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1967.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madri : Ed. Revista de Derecho Privado, 1956.

- PEÑA, Frederico Puig. *Colisión de normas penales*. Barcelona : Bosch, 1958.
- PIERANGELLI, José Henrique e outro. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo : RT, 1997.
- RANIERI, Silvio. *Reato progressivo e progressione criminosa*. Milano : Giuffrè, 1942.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa : Vega, 1998.
- SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires : Tea, 1954.
- STEVENSON, Francisco Oscar Penteado. “Concurso aparente de normas penais”, *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nélson Hungria*. Rio de Janeiro : Forense, 1962.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal – Parte general*. Trad. de Carlos Fontán Balestra, 1956.
- WESSELS, Johannes. *Direito penal – Parte geral (Aspectos fundamentais)*. Porto Alegre : Fabris, 1976.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et alii. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo : RT, 1997.

2. DOCTRINA NACIONAL

2.2

IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS DELITOS OMISSIVOS*

FERNANDO A. N. GALVÃO DA ROCHA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Causalidade e imputação objetiva – 3. Determinação da causalidade: 3.1 Teoria da equivalência dos antecedentes; 3.2 Teoria da causalidade adequada – 4. Relevância jurídica – 5. Risco permitido – 6. Incremento do risco – 7. Causalidade na omissão: 7.1 Omissão própria; 7.2 Omissão imprópria – 8. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: Análise da teoria da imputação objetiva, nos delitos omissivos. Relevância jurídica do antecedente como fator preponderante da definição jurídica da causalidade. Teorias da equivalência dos antecedentes e da causalidade adequada. Relevância jurídica.

Palavras-chave: Direito penal – Imputação objetiva – Delitos omissivos – Teoria da causalidade adequada – Risco permitido – Omissão.

1. Introdução

O fato punível é um dado da realidade material, perceptível pelos sentidos, e que, na maioria das vezes, produz alteração concreta nessa mesma realidade. Geralmente, a relevância social da conduta proibida advém da produção do resultado naturalístico indesejado. Mas, nem sempre isso acontece. É possível que a conduta seja considerada socialmente relevante mesmo não estando materialmente vinculada a modificações do mundo exterior. Importa notar que a conduta não se confunde com a modificação que possa produzir na realidade. O resultado não faz parte da conduta mas, sendo produzido por ela, poderá integrar a descrição típica quando o legislador reconhecer sua relevância jurídico-penal.

A referência ao resultado feita pelo art. 13 do CP pode induzir algumas dúvidas. Reza o dispositivo legal, em sua parte inicial, que *o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa*. Um primeiro exame poderia concluir que, se a existência do crime depende do resultado, não existe crime sem resultado. A assertiva somente em parte é verdadeira.

(*) 2.º lugar no VII Concurso de Artigos Jurídicos, realizado pela Associação Mineira do Ministério Público, em dezembro de 1998.

Para compreender a questão é necessário perceber a distinção entre os significados naturalístico e jurídico atribuídos ao resultado. No sentido naturalístico, o resultado é a mudança ocorrida na realidade material, no mundo fenomênico, produzida pela conduta humana. Na perspectiva jurídica, por outro lado, o resultado é a violação aos bens e interesses protegidos pela norma jurídico-penal. É a inobservância da norma de conduta que preserva os valores sociais maiores. Os dois significados atribuídos à idéia de resultado não são conflitantes, muito ao contrário, completam-se mutuamente.

Com felicidade, Paulo José da Costa Júnior esclarece que “se é verdade que todo crime abarca em seu bojo estrutural um evento jurídico, não é menos verdade que o evento naturalístico não existe indefectivelmente em toda espécie de delito. (...) Prescindem algumas espécies delituosas de evento naturalístico, sendo providas, contudo de evento jurídico, que se consubstancia na ofensa ao patrimônio jurídico-penal (...) o evento naturalístico (material, físico) é elemento accidental do delito. Sua presença não pode ser divisada em todas as figuras delituosas. O evento jurídico (formal), pelo contrário, constitui integrante necessária e essencial da morfologia do delito. Sua ausência na estrutura do crime implica sua desaparição”.¹

Desse modo, somente em atenção ao sentido jurídico do resultado pode-se dizer que não há crime sem resultado, pois a legitimidade da repressão penal reside precisamente na violação à proteção aos valores socialmente relevantes. Contudo, é possível que para a caracterização de determinadas figuras delitivas não seja necessário a produção de qualquer resultado naturalístico. Nem sempre o tipo prevê a realização de um evento naturalístico. É o que ocorre nos crimes omissivos puros e de mera conduta. É ainda possível que o tipo preveja resultado naturalístico, mas que sua produção não seja necessária à consumação do delito. Trata-se agora dos crimes formais.

Nos crimes de resultado, a consumação depende da produção do evento naturalístico previsto no tipo. Nesses casos, o aspecto objetivo do crime somente se caracteriza com a produção do resultado.

O tema da relação de causalidade possui especial importância em direito penal. A relação de causalidade estabelece ligação entre a conduta individual e o resultado (sempre em seu sentido jurídico e também em sentido naturalístico, quando for o caso). É por meio do emprego do conceito de causa que se pode estabelecer a imputação objetiva do delito ao seu autor. No Estado Democrático de Direito não se pode imaginar justificação para a responsabilidade criminal do indivíduo por resultados produzidos sem a sua contribuição. Assim, somente haverá responsabilidade para aquele indivíduo que contribuir para a ocorrência do resultado.

(1) Paulo José da Costa Júnior. *Nexo causal*. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 43-44.

2. Causalidade e imputação objetiva

Em termos filosóficos, a relação de causalidade é tema bastante polêmico. É possível que a causa estabeleça nexos reais entre as coisas ou, então, que o nexo causal seja apenas uma categoria mental que viabilize determinada interpretação da realidade. De qualquer modo, a filosofia concebe que a relação de causalidade envolve a totalidade das condições que determinam a consequência, o que significa, que sendo o conjunto das condições a causa do resultado, todas as condições são necessariamente iguais e equivalentes. Nessa perspectiva, não é adequado considerar-se determinada condição (a conduta humana) isoladamente.

No entanto, a concepção científico-naturalista da relação de causalidade não atende aos interesses práticos da repressão da conduta individual e tornou-se necessário construir a noção jurídica de causalidade.² Para a realização de seus fins, o direito penal concebe a relação de causalidade em termos próprios e concentra atenções na conduta humana. Pode-se dizer que, para o direito penal, a conduta individual constitui causa de natureza especial. Afinal, importa ao sistema repressivo resolver se existe ligação entre a conduta humana e o resultado lesivo, de modo a justificar a imputação desse resultado ao autor da conduta. A responsabilidade criminal depende dessa imputação e o reconhecimento da causalidade jurídico-penal visa identificar em determinada conduta a possibilidade de responsabilizar seu autor pela produção do resultado ilícito.

Sobre a relação de causalidade própria ao direito penal, Jescheck observa que o essencial não é a relação material de causa e efeito, mas saber se o resultado pode ser atribuído ao sujeito, sob o prisma de uma justa punição.³ Do mesmo modo, Roxin esclarece que “a questão jurídica fundamental não consiste em averiguar se determinadas circunstâncias se dão, mas em estabelecer os critérios em relação aos quais queremos imputar a uma pessoa determinados resultados. A alteração de perspectiva que aqui se leva a cabo, da causalidade para a imputação, faz com que o centro de gravidade se desloque, já em sede de teoria da ação, da esfera ontológica para a normativa: segundo esta, a questão de saber se é possível imputar a um homem um resultado como obra sua,

(2) Johannes Wessels. *Direito penal*. Porto Alegre : Fabris, 1976. p. 40. No mesmo sentido: Enrique Bacigalupo. *Delitos improprios de omisión*. Buenos Aires : Pannedille, 1970. p. 76.

(3) Hans Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1981. vol. 1, p. 378. No mesmo sentido, Ernest Von Beling. *Esquema de derecho penal*. Buenos Aires : Depalma, 1944. p. 65-66. Já asseverava o professor da Universidade de Munich que o problema da causalidade jurídico-penal diz respeito à compreensão do conteúdo dos delitos-tipos em particular. O legislador não está preocupado em ensinar como as coisas se sucedem no mundo, mas em estabelecer regras para a vida social.

depende, desde o início, dos critérios de avaliação a que submetemos os dados empíricos".⁴

Modernamente, não se percebe mais qualquer capacidade de rendimento nas discussões sobre o conceito de ação, sendo que para o direito penal tornou-se mais importante definir quando e até que ponto se pode imputar como fundamento da responsabilidade um resultado lesivo.⁵

A responsabilização pela produção de resultado jurídico-penal relevante impõe investigação que se subdivide em duas etapas. Por primeiro, se for o caso de crimes materiais, verifica-se a relação causal no plano empírico. Confirmada a causalidade, segue-se a atribuição normativa do resultado ao seu autor.⁶

Assim, pode-se distinguir causalidade de imputação objetiva. A relação de causalidade jurídico-penal relaciona uma conduta a determinado resultado no plano naturalístico e constitui pressuposto para a responsabilização criminal do indivíduo. A definição do critério a ser utilizado para estabelecer a vinculação decorre das opções político-criminais, que acolhe qualquer das diversas teorias elaboradas para a determinação da causalidade. A imputação objetiva, por sua vez, é a atribuição normativa da produção de determinado resultado a um indivíduo, de modo a viabilizar sua responsabilização. Note-se, entretanto, que a imputação objetiva caracteriza apenas o aspecto objetivo do tipo, sendo que a responsabilidade penal ainda exige a caracterização do elemento subjetivo, bem como dos demais requisitos de identificação da conduta punível.

Geralmente, a imputação objetiva é consequência da verificação do nexo de causalidade material entre a ação individual e o resultado. Contudo, em alguns casos a imputação objetiva se afirma mesmo diante da ausência da relação física de causalidade. É o que acontece com os crimes omissivos próprios qualificados pelo resultado e nos impróprios. Nessas hipóteses, não existindo relação de causalidade física, é a norma jurídica que estabelece a vinculação entre a inatividade e o resultado indesejado. Daí falar-se em causalidade normativa, criação especulativa exclusiva do direito penal. Na verdade, o resultado é produzido pelas forças que o determinam e não pela ausência de impedimento. A omissão não contribui para a produção do resultado e o processo causal que o produz é estranho ao omitente. Este apenas não interrompe o desenvolvimento das forças que causam o resultado com a ação esperada. Causar o resultado não é a mesma coisa que não o impedir. Para responsabilizar o omitente, a lei presume existir relação entre a omissão e o resultado, considerando a probabilidade de que a ação esperada, possível para o omitente, teria evitado o resultado. Esses casos, evidenciam que

(4) Claus Roxin. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa : Vega, 1986. p. 145-146.

(5) Claus Roxin, op. cit. p. 168.

(6) Reinhart Maurach. *Derecho penal*. Buenos Aires : Astrea, 1994. p. 318.

a imputação objetiva não se fundamenta na relação de causalidade ontológica, mas jurídica.⁷

A relevância jurídica do antecedente é fator preponderante da definição da causalidade jurídica. Nesse sentido, Welzel já esclareceu que "en los delitos dolosos sólo es típicamente relevante la relación causal dirigida por el dolo (de tipo). Todos los efectos que acontecen más allá de la relación causal abarcada por el dolo (de tipo) no entran en consideración para los tipos de los delitos dolosos. En ellos, por consiguiente, la relación causal relevante sólo viene a ser dada por el enlace del tipo objetivo com el tipo subjetivo, esto es, la concordancia entre el curso del acontecer exterior y el dolo que lo gobierna".⁸ É que o tipo subjetivo não deve ser considerado corretivo do curso causal objetivo. Na doutrina finalista, materialmente o dolo é fator de direção prévio do curso causal. Nos delitos culposos, somente é relevante a produção do resultado que inobserva um dever objetivo de cuidado e, assim, não são tipicamente relevantes os resultados não inseridos na previsibilidade objetiva.

Como a imputação objetiva do resultado é essencialmente normativa, somente se poderá reconhecer imputável o resultado que é orientado de acordo com uma finalidade ilícita. "Se a atuação da vontade não é típica, não existe absolutamente nenhuma ação no sentido que interessa ao direito penal".⁹ A ousadia que essa proposição encerra é considerar, já em sede de imputação objetiva, a impossibilidade de se imputar um resultado socialmente danoso quando esse evento não for relacionado a uma finalidade socialmente inadequada. Parece haver confusão entre imputação objetiva e subjetiva do resultado. Contudo, se a tarefa dogmática consiste em responsabilizar indivíduos pela produção de resultados que violam a finalidade protetiva da norma jurídica, o resultado típico produzido sem violação dessa norma não deve ser considerado obra de determinada pessoa, mas de um acidente.

3. Determinação da causalidade

A identificação da relação de causalidade jurídico-penal, que estabelece a vinculação de certa conduta a um resultado e viabiliza a imputação objetiva, decorre de construção dogmática determinada pela política criminal. Não existe critério absolutamente verdadeiro para identificar a relação de causalidade

⁽⁷⁾ Hans Heinrich Jescheck, op. cit., p. 379. No mesmo sentido: Enrique Bacigalupo. *Delitos improprios de omisión*, cit., p. 77; Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 122-123; e Alcides Munhoz Neto. "Os crimes omissivos no Brasil". Comunicação ao Colóquio preparatório do XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado na cidade do Cairo, em 1984, p. 17.

⁽⁸⁾ Hans Welzel. *Derecho penal alemán*. Chile : Jurídica de Chile, 1987.

⁽⁹⁾ Claus Roxin, op. cit., p. 146-147.

jurídico-penal, pois esta construção teórica não é comprometida com a natureza das coisas.¹⁰ A escolha do critério de identificação resulta de opção entre os vários caminhos possíveis.

A doutrina elaborou diversas teorias que visam relacionar a conduta individual ao resultado penalmente relevante. O trabalho de identificação das causas do resultado jurídico-penal relevante pôde desenvolver-se a partir da consideração de que todos os antecedentes vinculados ao resultado possuem igual valor, ou, ao contrário, que apenas alguns possuem relevância. A primeira concepção orienta a formulação da teoria da condição simples, ou da equivalência dos antecedentes. Por outro lado, a idéia da relevância de alguns antecedentes produziu um grupo de concepções que sustentam interesse pela identificação de uma condição qualificada para estabelecer a relação de causalidade. Nesse sentido, a teoria da causalidade adequada figura em destaque.¹¹

3.1 Teoria da equivalência dos antecedentes

A teoria da condição simples, também conhecida como teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da *conditio sine qua non*, é atribuída a Julius Glaser, sendo posteriormente desenvolvida por Maximilian von Buri.¹² É a teoria acolhida pelo Código Penal brasileiro em vigor¹³ e a que colhe maior aceitação na doutrina para estabelecer o critério identificador da vinculação existente entre conduta e resultado. Vale observar, entretanto, que quanto ao tema da superveniência de causa relativamente independente, a legislação brasileira acolheu concepção de condição qualificada.¹⁴

Nos termos dessa construção, causa é a totalidade das condições positivas e negativas que contribuíram para a produção de um fenômeno. Partindo da premissa de que todos os antecedentes do resultado são igualmente necessários, conclui pela equivalência valorativa de todos os antecedentes causais, não estabelecendo distinções entre causas, concausas, condições ou ocasiões. No

(10) Juarez Tavares. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro : Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996. p. 30.

(11) Giuseppe Maggiore. *Derecho penal*. Bogotá : Temis, 1954. p. 322-336. No mesmo sentido: Hans Heinrich Jescheck, op. cit. p. 380-385; Enrique Bacigalupo. *Delitos improprios de omisión*, cit. p. 77; e Paulo José da Costa Júnior, op. cit. p. 78-98.

(12) Günther Jakobs. *Derecho penal – Parte general*. Madrid : Marcial Pons, 1997. p. 227. No mesmo sentido: Hans Heinrich Jescheck, op. cit., p. 381.

(13) Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 111. No mesmo sentido, Juarez Tavares, op. cit., p. 52; e, referindo-se à parte geral de 1940: Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1983. vol. I, t. I, p. 48.

(14) Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 101 e 104.

entanto, "o fato de cada condição ser igualmente necessária, no complexo das condições, não significa que sejam equivalentes entre si."¹⁵

Como observa Paulo José da Costa Júnior, a elaboração teórica da equivalência dos antecedentes apresenta uma contradição lógica, ao destacar a conduta humana no processo naturalístico de causalidade. Afinal, "se causa é o conjunto de condições, como poderá ser considerada uma condição isolada?"¹⁶

A teoria da equivalência dos antecedentes é verdadeiro corolário da sistematização causal-naturalista de Beling¹⁷ e Liszt,¹⁸ na qual a relação da causalidade não encerra nenhuma valoração jurídica. De inspiração autoritária, a opção de considerar qualquer contribuição para a produção do resultado como causa amplia o campo de intervenção repressiva, na medida em que possibilita aumentar o leque de responsáveis.

Vale notar que, no Brasil, a opção pela teoria da equivalência dos antecedentes se deu quando da formulação do Código Penal de 1940, ocasião em que vigorava regime autoritário de Getúlio Vargas e a legislação repressiva nacional recebia fortes influências da legislação italiana de Rocco.

Em suas últimas conseqüências, a teoria da equivalência dos antecedentes poderia levar aos exageros de uma regressão infinita, capaz de responsabilizar indivíduos que prestaram contribuições muito remotas, como nos casos do fabricante e do comerciante da arma de fogo utilizada no homicídio. No entanto, tal objeção é facilmente superada pela compreensão de que o nexa causal não gera responsabilidade caso não se possa atribuir também subjetivamente o resultado ao autor da conduta.¹⁹

A fórmula da *conditio sine qua non* implica a aplicação do processo hipotético de eliminação, segundo o qual eliminando-se mentalmente a ação indaga-se sobre a produção do resultado, da forma como ocorreu. Nessa perspectiva, a conduta será considerada causa do resultado quando se puder afirmar que, sem ela, o resultado não teria acontecido. Isto significa dizer que a conduta não será considerada causa do resultado quando suprimida mentalmente não repercutir alterações na produção do resultado.

Modernamente, a doutrina identifica dificuldades na aplicação da teoria da equivalência face a percepção de problemas relacionados à constatação empírica do nexa causal. Verificou-se que o procedimento eleito não é capaz de apreender a relação de causalidade de forma imediata e, na verdade, a presume. Somente

(15) Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 80.

(16) Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 80.

(17) Ernest Von Beling, op. cit., p. 61.

(18) Franz Von Liszt. *Tratado de direito penal alemão*. Rio de Janeiro : F. Briguiet, 1899. vol. I, p. 201.

(19) Giuseppe Maggiore, op. cit., p. 323-324. No mesmo sentido: Hans Heinrich Jescheck, op. cit., p. 380.

conhecendo a existência da causalidade é que se pode dizer que suprimindo a causa desapareceria o resultado.²⁰ Desconhecendo-se a virtualidade da causa, sua supressão mental não esclarece a produção do resultado. Como exemplo marcante dessa dificuldade, tradicionalmente lembra-se o caso da ingestão da substância talidomida e sua influência no desenvolvimento embrionário. Não se pode afirmar, com segurança, que a não ingestão da substância evitaria o resultado deformante nos fetos. Por outro lado, a comparação que se estabelece entre o processo causal real e uma idealização facilita a ocorrência de erros, mesmo diante de casos em que a responsabilidade se mostra evidente. Nesse sentido, Jescheck indica como exemplos os casos em que outra causa pudesse determinar o resultado, no mesmo momento e da mesma forma ou quando o resultado tiver sido produzido por duas causas simultâneas, independentes e eficazes.²¹

As dificuldades ainda mais se evidenciam quando se trata de aplicar o procedimento hipotético de eliminação aos crimes tentados e aos crimes omissivos. Quando se tratar de crimes tentados, a causalidade não é apurada concretamente, pois o resultado não se produziu. Nos crimes omissivos, não havendo ação por parte do omitente, a eliminação hipotética da omissão significa acrescentar-se mentalmente a ação esperada e indagar se o resultado teria sido evitado. Como o observador não constata concretamente a influência da ação esperada na dinâmica dos fatos, a causalidade é presumida. Não se pode ter a plena certeza de que a ação devida evitaria o resultado. Tal acontecimento é apenas provável.²²

O procedimento da eliminação hipotética é demasiadamente relacionado à causalidade física e, por isso, não se presta a comprovar a existência da relação de causalidade que importa ao direito penal. Mesmo nas ciências naturais, após a teoria quântica e a afirmação do princípio de indeterminação de Heisenberg, o paradigma mecanicista newtoniano restou superado.²³ Juarez Tavares observa que mesmo antes de Heisenberg, Maxwell já havia contestado a hipótese da causalidade no campo da termodinâmica, afirmando que na experiência de contato entre dois corpos, um quente e outro frio, a transferência de calor do corpo quente para o corpo frio, no sentido do equilíbrio, não é certa mas meramente provável.²⁴ Modernamente, a ciência moderna abandonou o trabalho com os sistemas rígidos ou estáticos, substituindo-os pelos sistemas ditos caóticos que, não implicando em desordem, estimulam a formulação de uma nova ordem, mais sutil e abrangente.²⁵ A mudança de paradigma repercutiu efeitos também

(20) Günther Jakobs, op. cit., p. 227.

(21) Hans Heinrich Jescheck, op. cit., p. 383.

(22) Juarez Tavares, op. cit., p. 54.

(23) Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*. Madrid : Trotta, 1995. p. 533.

(24) Juarez Tavares, op. cit., p. 16.

(25) Jacob Palis. "Sistemas organizados e sistemas caóticos". *Caos acaso e determinismo*. Rio de Janeiro : UFRJ, 1995. p. 11-13.

na construção teórica das ciências inexatas ou sociais. Nesse sentido, a dogmática jurídico-penal não pode construir seu edifício teórico sobre abstrações estáticas e distantes da realidade. Como o direito se orienta para atender à finalidade prática de proteger as condições vitais da sociedade, seu conteúdo há de ser infinitamente variável, de modo a se adaptar às necessidades que se fazem atuais na sociedade em que tem aplicação.

A identificação da causalidade, na perspectiva da teoria da condição simples, não se orienta por qualquer definição do que seja penalmente relevante. A metodologia que propõe constitui verdadeiro círculo vicioso, já que o procedimento da supressão mental somente pode efetivar-se quando anteriormente se saiba (considere) que o antecedente é causal. Como a determinação da causalidade somente se opera após a verificação do resultado concreto, não se pode analisar adequadamente a atuação das demais condições, o que acaba por impedir a verdadeira equivalência dos antecedentes. Na verdade, essa metodologia somente funciona quando se trabalha com uma única hipótese de produção do resultado: a hipótese da produção do resultado concretamente verificado. O procedimento de eliminação hipotética de determinado antecedente não possibilita a consideração dos efeitos causais ordinários aos outros antecedentes que poderiam atuar em seu lugar. Vale dizer, suprimida mentalmente a atuação de determinado antecedente, nada pode ocupar o seu lugar.

Com base na teoria da condição simples, sustenta-se a imputação objetiva na produção de determinado resultado, exatamente conforme ocorreu. Desse modo, o que não puder interferir na produção do resultado em sua forma concreta não é considerado causa. Assim, causa o resultado quem acelera a sua produção, ainda que de modo insignificante. É o que se verifica quando um tratamento médico ocasiona a morte prematura do paciente que, de qualquer forma estava morrendo.²⁶ No entanto, as premissas da teoria da equivalência dos antecedentes também indicariam que é causa do resultado a conduta do pai que abrevia o sofrimento do filho, irreversivelmente condenado à morte.

À imputação jurídico-penal importa distinguir a causação do resultado da causação de meras circunstâncias concomitantes, pois nem todos os detalhes da produção de um resultado ilícito são tipicamente relevantes. O antecedente que interessa identificar como condição é aquele que se relaciona à produção de resultado juridicamente relevante, vale dizer, típico. Os antecedentes que se relacionam com as circunstâncias concomitantes ao resultado típico, e produzem apenas variações no contexto do perigo de lesão ao bem jurídico já existente, são irrelevantes.²⁷ Nesse sentido, inserir todos os

(26) Günther Jakobs, op. cit., p. 232.

(27) Günther Jakobs, op. cit., p. 229-230. O professor alemão cita como exemplo a ação de quem troca de lugar a vítima de envenenamento, sem que isso influa no transcurso do processo letal. O deslocamento espacial, no momento da produção da morte, por

antecedentes na consideração da cadeia causal, como pretende a teoria da equivalência, não é justo.

3.2 Teoria da causalidade adequada

A doutrina jurídico-penal percebeu que afirmar o nexo de causalidade por meio de silogismo que presume a não ocorrência do resultado diante da ausência do comportamento não era suficiente para resolver os problemas da incriminação. É necessário esclarecer a razão pela qual se pode concluir que, ausente o comportamento, o resultado não teria se verificado.

Considerando as inúmeras dificuldades da utilização da teoria da condição simples, os esforços teóricos passam a justificar a causalidade na qualidade especial do antecedente que é considerado causa. Na verdade, pretende-se que o critério de determinação da causa deva se adaptar às necessidades da imputação objetiva.

Dentre as várias teorias que trabalharam a idéia de condições qualificadas, destaca-se a teoria da causalidade adequada, atribuída ao médico Johannes von Kries.²⁸ Segundo essa construção teórica, causa é o antecedente, não só necessário, com também adequado à produção do resultado. A adoção de tal posicionamento significa que não devam ser considerados todos os antecedentes necessários à produção do resultado, mas somente aqueles que além de necessários são idôneos à produção do resultado.

A idoneidade do antecedente é apurada com auxílio da experiência que revela, de maneira objetiva, ser ordinária a produção do resultado pela atuação da causa. A idoneidade é identificada pela probabilidade do antecedente produzir o resultado. Assim, ficam excluídos da relação causal os acontecimentos extraordinários, excepcionais, mesmo que hajam concorrido para a produção do resultado. No exemplo de Beling, não existiria relação causal entre acender uma lareira no inverno e o incêndio produzido pelas fagulhas carregadas pelo vento.²⁹ A consideração da inadequação da contribuição à cadeia causal pode, ainda, excluir da causalidade determinado antecedente considerado insignificante. Caberia ao julgador analisar o caso colocando-se na posição do agente e, considerando os dados da experiência e as circunstâncias do caso concreto, realizar um prognóstico sobre as conseqüências de seu atuar. O método a ser utilizado impõe avaliar o que cada causa é idônea a realizar, no momento da ação delitiva. No entanto, tal procedimento somente ocorre depois da intervenção dos fatores causais.³⁰

si só, não interessa à imputação objetiva se a mudança de local não for capaz de impedir a possibilidade de salvamento.

(28) Juan Bustos Ramírez. *Manual de derecho penal*. Barcelona : Ariel, 1989. p. 148.

(29) Ernest Von Beling, op. cit., p. 64.

(30) Juan Bustos Ramírez, op. cit., p. 148. No mesmo sentido: Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 91-92.

À teoria da causalidade adequada também foram dirigidas muitas críticas, em especial pela indefinição dos critérios de probabilidade.³¹ Outra objeção diz respeito ao método de trabalho adotado. "Por que examinar o que já aconteceu como se ainda não houvesse realizado, se na verdade já se verificou?" Critica-se ainda a teoria por ampliar exageradamente o campo da irresponsabilidade penal, ao considerar apenas alguns dos antecedentes como integrantes da cadeia causal. Esta última crítica evidentemente não procede, pois não interessa ao direito penal manusear suas forças em face de todas as ocorrências lesivas, mas somente em face das socialmente relevantes.

A teoria da causalidade adequada não é verdadeiramente uma concepção de causalidade, mas um critério supletivo da teoria da equivalência que orienta a imputação objetiva.³² Por isso, corrige as deficiências da teoria da equivalência na imputação objetiva dos crimes qualificados pelo resultado, dos delitos omissivos, da co-autoria, da tentativa impossível e da conceituação do perigo, dentre outros institutos do direito penal.³³

4. Relevância jurídica

As deficiências da teoria da condição simples não foram plenamente corrigidas pelo suplemento oferecido pela idéia da condição adequada, que se propôs individualizar os antecedentes meramente no plano naturalístico. A responsabilidade criminal exige, ainda, a produção de um resultado juridicamente relevante. Nesse sentido, Mezger ressaltou que a conexão causal entre um ato de vontade e o resultado não é suficiente para atribuir responsabilização, sendo ainda indispensável que tal conexão seja juridicamente relevante.³⁴

A relevância jurídica que autoriza a imputação objetiva deve ser apurada no sentido protetivo de cada tipo incriminador, ou seja, quando a conduta finalisticamente orienta-se para afrontar a finalidade protetiva da norma.³⁵ No que diz respeito especificamente à omissão, somente se poderá considerá-la relevante quando objetivamente existir ação de salvamento e o omitente tiver a possibilidade de atuar para evitar o resultado.³⁶ Afinal, não se pode responsabilizar o agente quando não houver chances de evitar o resultado lesivo.

(31) Juan Bustos Ramírez, op. cit., p. 149; e Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 90.

(32) Juan Bustos Ramírez, op. cit., p. 149.

(33) Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 91.

(34) Edmund Mezger. *Tratado de derecho penal*. Madrid : Ed. Revista de Derecho Privado, 1946. t. I , p. 238-240.

(35) Claus Roxin, op. cit., p. 154-160.

(36) Juan Bustos Ramírez, op. cit., p. 245.

5. Risco permitido

O complexo das atividades da vida moderna sempre nos impõem enfrentar certa dose de risco. Dirigir veículos, caminhar em meio ao trânsito, submeter-se a certas intervenções cirúrgicas ou praticar esportes são exemplos de atividades arriscadas que são socialmente permitidas e até estimuladas. Muitas atividades arriscadas são juridicamente permitidas porque fazem parte da dinâmica social moderna. Em outros casos, a utilidade social proporcionada pela atividade impõe a tolerância de certos limites de risco.

Ora, se um complexo de atividades socialmente adequadas oferece riscos ao bem jurídico, somente se poderá reconhecer legítima a responsabilidade penal pela lesão ao bem jurídico quando esta lesão decorra de especial contribuição do agente. Com felicidade, Roxin³⁷ observa que “a possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende de a conduta do agente concreto criar, ou não, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico”. Dessa forma, não se poderá imputar ao sobrinho responsabilidade pela morte do tio em queda de avião, mesmo que o sobrinho tenha promovido a viagem e desejado a morte por interesse na herança. O exemplo é bastante feliz, ao ressaltar que mesmo diante de intencionalidade manifestamente ilícita, como a ação não produziu situação que ultrapassasse os limites do risco permitido ao bem jurídico não é possível imputar-se o resultado lesivo.

Jakobs, por sua vez, esclarece que ao problema da imputação objetiva importa perceber que a distinção entre a causação típica de um resultado e a mera produção de circunstâncias concomitantes irrelevantes não se verifica no plano naturalístico do processo causal, mas na materialização da vontade protetiva da norma jurídica. Assim, a imputação objetiva de determinado resultado lesivo somente será legítima quando se fundamentar em contribuição que importe em aumento do perigo já existente para a produção do resultado ou na substituição das circunstâncias de risco existente por outras.³⁸ Se o agente mantém seu atuar nos limites do risco socialmente tolerado, não se legitima a imputação objetiva do resultado. Vale observar que os limites do risco permitido, que delimitam a possibilidade de legítima responsabilização criminal, não resultam da constatação dos dados empíricos, mas da definição normativa.³⁹

6. Incremento do risco

A teoria da imputação objetiva, recentemente, foi enriquecida com a conciliação de argumentos oferecidos pelas teorias da adequação e da relevân-

(37) Claus Roxin, op. cit., p. 148.

(38) Günther Jakobs, op. cit., p. 230-232.

(39) Claus Roxin, op. cit., p. 166.

cia. Sob o novo prisma, somente pode ser objetivamente imputável o resultado típico causado por conduta humana, no sentido da adequação, que tenha provocado situação de perigo não permitida juridicamente.⁴⁰ Reconhecendo que os bens jurídicos encontram-se normalmente envolvidos em situação de risco, a imputação objetiva somente será legítima quando constatar-se que a conduta do agente aumentou o risco existente de lesão ou estabeleceu outro processo causal de risco que anteriormente não se dirigia ao bem jurídico. Vale dizer, a imputação do resultado lesivo apenas se exclui quando a conduta do agente não estabelece situação que ultrapasse o âmbito do risco permitido.⁴¹

Importa notar que quando o autor troca um risco existente por outro não ocorre apenas a variação irrelevante do risco, mas pressuposto fático que caracteriza a imputação objetiva. Esclarece Jakobs que "el limite entre la mera variación del riesgo y la creación de un riesgo nuevo no se forma espontáneamente, sino que depende de en qué relación se organiza el mundo de los riesgos, y esta formación de organizaciones depende a su vez de a qué diferenciaciones se debe uno ajustar para dominar (crear o anular) procesos ariesgados y, sobre todo, por dónde discurren los limites de la incumbencia de ese dominar".⁴²

Veja-se o exemplo em que, no contexto de ação de salvamento, o agente empurra energicamente pessoa que iria receber um golpe na cabeça, conseguindo que a mesma dele se esquive, mas que em consequência do empurrão cai ao solo lesionando-se.⁴³ Segundo a teoria da equivalência dos antecedentes, tal conduta seria causa do resultado lesivo. Obviamente, em casos como esse, a responsabilização não acontece face à excludente de ilicitude. No entanto, no exemplo, a conduta do agente não aumentou o risco existente, ao contrário, o diminuiu. Considerando que a imputação objetiva do resultado é questão normativa que não prescinde da consideração sobre a finalidade que orientou a ação, Roxin sustenta que a ação que diminui o risco de produzir-se o resultado não possibilita a imputação objetiva, ainda que tenha produzido resultado de gravidade mitigada. Não se trata realmente de ação tipicamente lesiva.⁴⁴

No caso dos delitos omissivos, algumas observações devem ser feitas à contribuição que o princípio do incremento do risco possa oferecer à teoria da imputação. Como se procurará demonstrar no item seguinte, a imputação objetiva no delito omissivo depende da violação ao dever concreto de agir para impedir o resultado. Isso significa que o omitente tem o dever legal de proteger o bem jurídico do perigo existente, e não apenas da possibilidade de aumento do perigo existente. Em outras palavras, o dever de agir impõe que o omitente

(40) Hans Heinrich Jescheck, op. cit., p. 389.

(41) Claus Roxin, op. cit., p. 152.

(42) Günther Jakobs, op. cit., p. 231.

(43) Günther Jakobs, op. cit., p. 231-232.

(44) Claus Roxin, op. cit., p. 149.

atue para afastar o perigo que se dirige ao bem jurídico ou, não sendo possível afastá-lo, impedir que o perigo aumente.

7. Causalidade na omissão

Até o século XIX, a doutrina jurídico-penal não discutiu com maior profundidade os delitos omissivos, aplicando-lhes as mesmas regras utilizadas para os delitos comissivos. É somente a partir da década de 20 que se percebe as dificuldades que o trato da omissão importa. Considerando que nos delitos omissivos não se verifica relação material entre conduta e resultado, pode-se dizer que o tema da causalidade omissiva tornou-se dos mais tormentosos em direito penal. A teoria do delito enfrenta sérias dificuldades ao tratar dos crimes omissivos, sendo que a concepção finalista não superou os problemas da omissão, insistindo em considerá-la um dado empírico, quando é verdadeira categoria axiológica.⁴⁵ Afinal, como entender que a inatividade possa ser causa de um evento naturalístico? E ainda, se mesmo nos delitos comissivos a causalidade não é absolutamente certa, mas meramente provável, como utilizar o conceito da causa na definição do comportamento omissivo punível?

Muitas foram as tentativas de explicar teoricamente a causalidade omissiva.⁴⁶ Dentre os muitos esforços realizados, cabe mencionar apenas os mais significativos. No plano naturalístico, tentou-se conceber a causalidade omissiva sob o argumento de que ao não realizar a ação esperada o omitente realiza, no momento, outra conduta que seria a causa do resultado. É a teoria da ação contemporânea, que considera que enquanto o omitente deixa de realizar a ação esperada executa algo diverso. A impropriedade dessa concepção logo se evidenciou na conhecida fórmula de Luden, segundo a qual a mãe que deixa de alimentar seu filho menor e confecciona meias, o mata por confeccionar meias.⁴⁷

Na tentativa de superar a dificuldade, tentou-se corrigir a teoria da ação contemporânea, considerando causa do evento não a conduta positiva que se realiza no momento da produção do evento, mas a negação da ação esperada. No caso da morte da criança por falta de alimento, a causa passa a ser o movimento que impede a amamentação. Ainda assim não se conseguiu superar as dificuldades da causalidade omissiva, pois tanto a conduta diversa quanto a inversa não produzem o resultado juridicamente relevante. A deficiência de ambas as construções se evidencia ainda mais quando o omitente não pratica qualquer ação no momento da ocorrência do resultado.

(45) Juarez Tavares, op. cit., p. 29-30.

(46) Enrique Bacigalupo, op. cit., p. 20-52 e 76-81; Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 114-121.

(47) Franz Von Liszt, op. cit., p. 211.

Tentou-se ainda explicar a causalidade omissiva com a argumentação de que o nexo se estabelece quando a ação antecedente colocar em movimento condição favorável ao evento ou fizer com que o omitente assuma o compromisso de impedir o resultado lesivo. Trata-se, agora, da teoria da ação antecedente. Na perspectiva, a responsabilidade do omitente se deve ao fato de que o mesmo produz o evento de maneira indireta. Tal construção também é insatisfatória, pois nem sempre se poderá reconhecer uma conduta antecedente ao evento que se relacione com o mesmo indiretamente. Essa concepção ainda considera a causalidade em momento distinto daquele em que se verifica o dolo ou a culpa, o que não é correto.

Outro esforço explicativo é oferecido pela teoria da interferência, que considera existir esforço de retração da capacidade muscular tendente ao movimento que impede o resultado. Ao não agir, o omitente exerceria força interferente sobre o impulso normal de agir. A construção também não satisfaz, sendo certo que nas omissões culposas inconscientes nunca haveria essa possibilidade de interferência.⁴⁸

Outro caminho trilhado para explicar a causalidade na omissão produziu a teoria das condições negativas. Considerando-se que o resultado lesivo é condicionado tanto pela presença de determinados fatores positivos, quanto pela ausência de outros (negativos), a omissão passou a ser entendida como condição negativa necessária à causação do resultado. A omissão implicaria na inexistência das condições impeditivas e, assim, seria causa do resultado. Tal construção também não convence, pois não é a omissão que produz o resultado, mas as forças positivas que atuam simultaneamente a ela.

Já a concepção da causalidade humana exclusiva ressalta que a vontade humana pode interferir na causalidade mecânica, de modo que omissão é forma de permissão para o desenvolvimento das forças lesivas. Como a omissão também pode ser culposa, essa teoria teve de ser revista para considerar que os desdobramentos previsíveis da cadeia causal também deveriam se inserir no contexto da possibilidade interventiva do homem. A impropriedade dessa construção é que a tarefa de identificação dos antecedentes que se relacionam com o resultado é esquecida em favor da especulação sobre a possibilidade de salvamento do bem jurídico. Não se estabelece a causa do evento, mas se o mesmo poderia ter sido evitado.

Desenvolvendo agora o enfoque normativo, a teoria da causalidade dos escopos do Direito considera que a intervenção humana nos processos causais deve obedecer as finalidades jurídicas. A omissão é considerada causa sempre que o omitente tenha o dever jurídico de agir para evitar a produção de um evento lesivo. Desenvolvendo idéia muito semelhante, a concepção da causalidade do ordenamento social sustenta que a engrenagem social impõe obser-

(48) Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 116.

vância de certos deveres e a omissão em atender a tais deveres confere causalidade à inatividade. Contra tais teorias argumenta-se que a determinação da causalidade torna-se excessivamente artificial.

Por fim, a doutrina de Von Lizst reconhece que não se pode trabalhar com a idéia de causalidade omissiva. A omissão é forma especial de comportamento humano, que não possibilita uma investigação causal, e o que importa para o direito penal é determinar quando não impedir o resultado equivale a causá-lo.⁴⁹ O longo esforço dogmático que se realizou para explicar a causalidade somente conseguiu demonstrar que não há possibilidades de se conceber a omissão no contexto de uma causalidade naturalística. A construção normativa apresenta-se como única solução. Após terem sido os esforços explicativos levados à exaustão, a orientação de Lizst colhe grande aceitação na doutrina.

Na verdade, a relevância jurídica da omissão somente pode ser vislumbrada na inobservância do dever jurídico de agir para impedir o resultado.⁵⁰ Como esclarece Juarez Tavares, a omissão jurídico-penal relevante "não possui existência real, por si mesma, senão quando associada a outro elemento, representado por um dever. Quando nos referimos à omissão, portanto, estamos no âmbito de um mundo axiológico, de um mundo onde valoramos as diversas modalidades de comportamento e não apenas de um mundo naturalístico, onde o importante é unicamente assinalar suas características reais".⁵¹ Cabe ainda notar que a estrutura da omissão é sempre referente à uma ação determinada, que atende ao dever de proteção ao bem jurídico. Não se pode conceber que a omissão viole um dever indeterminado de atuar, sob pena de violar-se o princípio da legalidade.⁵² Da mesma forma, a imputação objetiva omissiva somente pode se operar diante da inobservância ao dever concreto de agir, que impõe ao omitente a realização de determinada conduta de salvamento.⁵³ Vale dizer, a omissão só é relevante se existir perigo real ao bem jurídico.

7.1 Omissão própria

Os problemas especiais da causalidade omissiva não parecem adquirir maior importância nos crimes omissivos próprios, pois nesses não se exige qualquer modificação no mundo natural. Salvo nas hipóteses de qualificação pelo resultado, os crimes omissivos próprios não são materiais e, portanto, não há previsão típica de resultado naturalístico. O fundamento da responsabilização

(49) Franz Von Lizst, op. cit., p. 213.

(50) Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 122.

(51) Juarez Tavares, op. cit., p. 29.

(52) Juan Bustos Ramírez.

(53) José Henrique Pierangelli e Eugenio Raúl Zaffaroni. *Da tentativa*. São Paulo : RT, 1988. p. 112.

reside na desatenção ao dever concreto de agir, que se dirige à generalidade dos membros da sociedade. O dever de agir, mesmo na omissão própria, decorre de circunstâncias materiais de perigo ao bem jurídico. "Não é a mera omissão ou inação que configura o tipo dos delitos omissivos, mas também uma situação típica que fundamenta seu injusto, porque essencial à sua configuração".⁵⁴

No entanto, vale tecer algumas observações sobre a tentativa nos crimes omissivos próprios. Em tais delitos, o núcleo do tipo é composto por verbo que descreve uma inatividade. Na consideração simplista de que, ou o indivíduo age para impedir o resultado ou se omite, a maioria dos doutrinadores nacionais não admite a tentativa de crime omissivo próprio. Ou ocorre a omissão e o delito se consuma, ou esta não ocorre e não há crime.⁵⁵ No entanto, a relevância jurídica que confere legitimidade à imputação objetiva exige analisar as circunstâncias da situação de perigo. É perfeitamente possível que diante da existência concreta do dever de agir (que surge com a situação real de perigo) o comportamento finalisticamente orientado para não atender ao comando normativo não produza, de imediato, o aumento do perigo, em circunstância que o omitente possa postergar sua intervenção no tempo. Em outras palavras, é possível que diante da possibilidade real de atuação e durante o decurso da inatividade relevante o perigo não aumente. Para a hipótese, Pierangeli e Zaffaroni oferecem a seguinte lição: "os atos de tentativa existem desde que o agente, com o dolo de omitir o auxílio, realiza uma ação diferente, enquanto que o delito está consumado quando o transcurso do tempo aumenta o perigo e diminui as possibilidades de auxiliar".⁵⁶ Tal colocação merece apenas um reparo: o crime, que teve iniciada sua execução quando da decisão de não atender ao dever concreto de agir, também se consuma quando o agente deixa passar sua última oportunidade de intervenção defensiva. Nessa hipótese, a impossibilidade concreta de atendimento ao comando normativo se verifica por ato de vontade do omitente.

7.2 Omissão imprópria

A omissão imprópria se caracteriza pelo especial dever de agir para impedir o resultado, que distingue dentre os membros da sociedade aqueles que possuem obrigação relevante de proteção ao bem jurídico, ao definir quem esteja na posição de garantidor. O Código Penal brasileiro enfrentou de maneira expressa o tema dos crimes comissivos por omissão, estabelecendo no § 2.º do art. 13, quando o agente possui especial dever de agir para evitar o resultado. Com a reforma penal de 1984, tem-se entendido que o legislador evitou as dificuldades

(54) Juarez Tavares, op. cit., p. 78.

(55) Por todos, veja-se Nelson Hungria, op. cit., p. 68; e Juarez Tavares, op. cit., p. 89.

(56) José Henrique Pierangeli e Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., p. 120.

do tema, optando claramente por estabelecer uma causalidade normativa, baseada na concepção da posição de garantidor.⁵⁷

Certamente, o resultado a que se refere o legislador é o resultado naturalístico, já que a construção normativa visa exatamente equiparar a omissão à causação de um resultado lesivo. Dessa forma, os crimes omissivos impróprios são crimes materiais. Segundo o tratamento que o Código Penal em vigor conferiu aos crimes comissivos por omissão, é possível que a imputação objetiva se refira a qualquer das figuras típicas previstas na legislação nacional. Não há qualquer limitação às possibilidades de atuação do dever especial de agir, como ocorre, por exemplo, para a responsabilidade advinda da produção do resultado lesivo por inobservância aos deveres objetivos de cuidado (art. 18, par. ún.).

Sendo os delitos omissivos impróprios crimes materiais, existe acordo na doutrina quanto a possibilidade da tentativa. Entretanto, a delimitação do momento da tentativa constitui problema a ser resolvido. Três são as orientações existentes:⁵⁸ a) considerar decisiva a primeira oportunidade de salvamento; b) da última chance de fazê-lo; ou c) o aumento da situação de perigo provocado pelo atraso da intervenção.

Como o dever de agir surge logo que o bem jurídico esteja sob perigo,⁵⁹ a melhor solução é entender-se que a tentativa nos delitos impróprios de omissão tem início quando a conduta é finalisticamente orientada no sentido da violação ao dever concreto de impedir o resultado. Deve-se observar que o dever de agir somente surge diante da existência de perigo real. Enquanto não houver perigo ao bem jurídico, não existe ação esperada de salvamento. A consumação do delito omissivo impróprio não se dá com a impossibilidade voluntária de intervenção (logo após a última chance de atuar), posto tratar-se de delitos materiais, mas com a produção do resultado lesivo. Por isso, pode-se concluir que a proposição de Roxin não é correta, ao definir o início da execução no momento em que ocorre o aumento do risco de produzir-se o resultado lesivo.⁶⁰ Nessa perspectiva, se o omitente não observa o dever de agir mas abandona o local antes do aumento da situação de perigo, não haveria qualquer relevância jurídica. Com certeza, essa não é a melhor solução. Nesse caso, deve ser reconhecido o início da tentativa tão logo o agente, diante do dever concreto de agir para proteger o bem jurídico, decida-se por não atendê-lo.

8. Conclusão

Nos limites desse apertado estudo, pode-se visualizar, ainda que superficialmente, a capacidade de rendimento da contribuição oferecida pelo princípio do

(57) Francisco de Assis Toledo, op. cit., p. 116.

(58) Juarez Tavares, op. cit., p. 93.

(59) José Henrique Pierangelli e Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., p. 114.

(60) Claus Roxin, op. cit., p. 151.

incremento do risco ao tema da imputação objetiva. O enriquecimento da noção de imputação traz importantes conseqüências para a intervenção repressiva, na medida em que possibilita excluir a tipicidade das contribuições individuais que não sejam consideradas juridicamente relevantes. No entanto, a exigência de aumento da situação de perigo, que é perfeitamente aplicável aos delitos comissivos, não colhe os mesmos frutos na hipótese de delitos omissivos. O próprio Roxin reconhece que a doutrina do incremento do risco não está acabada.⁶¹ Como nos delitos omissivos a relação juridicamente relevante somente se estabelece face à violação do dever juridicamente exigível de agir para evitar o resultado, cabe ao destinatário desse dever não somente impedir que o perigo aumente, mas também afastar o perigo de lesão ao bem jurídico, quando lhe for possível.

Bibliografia

- BACIGALUPO, Enrique. *Delitos improprios de omisión*. Buenos Aires : Pannedille, 1970.
- BELING, Ernest Von. *Esquema de derecho penal*. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires : Depalma, 1944.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid : Trotta, 1995.
- HUNGRIA, Nélsón. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1983. vol. I, t. I.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general*. Madrid : Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1981. vol. 1.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro : F. Briguiet, 1899. vol. I.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. Bogotá : Temis, 1954.
- MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*. Buenos Aires : Astrea, 1994.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Trad. José Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid : Ed. Revista de Derecho Privado, 1946. t. I.
- MUNHOZ NETO, Alcides. “Os crimes omissivos no Brasil”. Comunicação ao Colóquio preparatório do XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado na cidade do Cairo, em 1984.
- PALIS, Jacob. “Sistemas organizados e sistemas caóticos”. *Caos: acaso e determinismo*. Rio de Janeiro : UFRJ, 1995.
- PIERANGELLI, José Henrique e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Da tentativa*. São Paulo : RT, 1988.

⁽⁶¹⁾ Claus Roxin, op. cit., p. 152.

- RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de derecho penal*. Barcelona : Ariel, 1989.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa : Vega, 1986.
- TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro : Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañes Pérez. Chile : Jurídica de Chile, 1987.
- WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Porto Alegre : Fabris, 1976.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.3

EXAME DE ALCOOLEMIA: SUA VALIDADE COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES

*"Os homens não podem subtrair-se ao conceito de direito
nem nas suas relações privadas, nem nas públicas".*

Kant, *A paz perpétua*.

Resumo: Análise do exame de alcoolemia instituído pelo Código de Trânsito. Admissibilidade da prova. Afastamento da prova ilícita e interpretação harmônica do direito ao silêncio e do princípio *nemo tenetur se ipsis accusare*. Aplicação do princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Processo penal – Garantias constitucionais – Prova – Código de Trânsito – Exame de alcoolemia – Admissibilidade – Aplicação do princípio da proporcionalidade.

1. Já há muito que a jurisprudência nacional vinha reclamando o reconhecimento da autonomia das figuras de delitos de trânsito, com iniludível dignidade penal e carência de tutela específica: as condutas gravosas contra bens jurídicos referenciados numa ordem axiológica estabelecida a partir da Lei Fundamental – que passa a fazer parte da Constituição material – encontram numa política criminal voltada para a proteção destes bens fundamentais (como a integridade física e a vida) a resposta na forma de sua inserção no controle exercido pelo direito penal que, como *ultima ratio*, vem se mostrando necessário. Já não bastava sua inclusão entre as contravenções penais e os delitos de natureza administrativa: a perseguição penal aí nessa matéria parece mais eficaz, não só pelo seu caráter de prevenção especial, mas fundamentalmente pela sua função de prevenção geral, que coloca o sistema penal como meta de exemplificação e educação, com toda a carga de estigmas que podem pesar sobre o delinqüente de trânsito, submetido ao processo penal e a penas de cariz reeducador, como as de prestações de serviços. A direção de veículo automotor sob efeito de bebida alcoólica ou de substância análoga, que determina uma potencialidade lesiva¹ na medida em que prejudica os reflexos e os processos inibitórios do motorista, é um dos casos decorrentes desse entendimento

⁽¹⁾ Aqui, no entanto, não entraremos na análise de sua colocação taxionômica.

jurisprudencial assente em nossos tribunais.² A nova lei de trânsito vem, assim, emitir eco às vicissitudes experimentadas nos modernos meios de agressão a bens jurídicos, inequivocamente sentidos com maior precedência nos tribunais.

O estado de periculosidade atingido pelo motorista sob efeito de bebida alcoólica é traduzido por níveis apurados através de critérios científicos e estabelecidos no Código de Trânsito (art. 276). No entanto, precisam de ser aferidos para a configuração do delito, posto que só a menção ao estado de embriaguez pelos testemunhos não é suficiente para se aquilatar os níveis de dosagem alcoólica. Neste aspecto parece-nos insuficiente a simples descrição de sinais externos apresentados pelo motorista, já que não revelam o grau de alcoolismo configurador de embriaguez: a prova testemunhal não pode – nem deve – suprir a perícia de alcoolemia. Por isso, o legislador trilhou o caminho certo ao dispor sobre a realização do exame (art. 277, do referido Código). No entanto, é aqui que surge a problemática estreitamente relacionada ao sistema de provas do processo penal, agora auspicado pela Lei Fundamental, que estabelece a arquitetura de direitos e garantias – algumas notoriamente processuais – a partir de uma linha filosófica presidida por princípios gerais dos direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana.³

2. Há muito que os tribunais vêm ressalvas na perícia, entendendo que a recusa tem suporte no princípio de inexigibilidade, mas daí extraindo uma presunção em desfavor do suspeito.⁴ As decisões multiplicam-se, seguindo a orientação de que “Aquele que se recusa a submeter-se ao exame sofre a seu

(2) É paradigmática a seguinte decisão do Tribunal de Santa Catarina: “Lesão corporal culposa. Acidente de trânsito. Pilotagem em estado de embriaguez. Imprudência caracterizada. *O simples estado de embriaguez basta à imputação de imprudência do motorista causador de acidente de trânsito*, especialmente quando constatado um índice com grau máximo de álcool por litro de sangue” (grifamos. ApCrim 33780, Jaraguá do Sul, rel. Des. Solon D’Eça Neves, DJ 9378, de 15.12.1995, p. 13). E mais esclarecedora a decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que refere: “Lesão corporal culposa. Acidente de trânsito. Motorista embriagado. Imprudência reconhecida. A só circunstância de estar alguém guiando sob a ação de estado alcoólico é suficiente para sua punição por acidente de trânsito, visto que a atenção e os reflexos normais de quem nesse estado se encontra, são bastante atingidos pela absorção do álcool” (rel. Manoel Carlos, Lex 81/284-286).

(3) E não se pode negar que a base de valores axiológicos reconhecida na Constituição material, erige uma rígida orientação para a formação do *corpus* jurídico, ultrapassando, portanto, o campo de significação meramente ontológico: ela torna-se concreta a partir da atividade legislativa infraconstitucional (aí também entendida a exegese para a conformação das normas) e atividade judicante, aplicando-a na distribuição da justiça.

(4) É paradigmática a decisão do Tribunal de Alçada Criminal do Rio Grande do Sul: “Desobediência. Delito não configurado. Acusado que se recusa ao exame de

desfavor da presunção da embriaguez que pode ser fortalecida por averiguação clínica e mesmo por idôneos informes testemunhais”.⁵ Em boa verdade a matéria já não podia ser encarada desta forma sob a vigência da nova ordem constitucional. Porque na descoberta da verdade real, o juiz não se compraz com as presunções referidas à recusa de colaboração deferida ao réu através do direito a permanecer calado: este é um seu direito fundamental, não podendo influir na valoração da prova. Como salienta Costa Andrade: “O silêncio [aqui também entendido como o direito a não fazer prova contra si, implícito no princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*] deve, por isso, ser tomado como ausência pura e simples de resposta, não podendo, enquanto tal, ser levado à livre apreciação da prova”.⁶ E, por outro lado, sob o prisma de configuração dos crimes culposos, as informações apresentadas por testemunhas não eram seguras à configuração da embriaguez, devido a conceitos ou percepções falhas. Por isso, o estabelecimento na nova lei de trânsito de um limite seguro entre a sobriedade e o estado de embriaguez, bem como a autorização de realização da perícia específica, vieram a dar contornos mais precisos à matéria de crimes de trânsito, na esteira do que já preconizava a política criminal. O exame de alcoolemia insere-se, desta forma, no sistema de provas do processo penal, que é regido primacialmente pelo princípio dos meios lícitos de obtenção de prova (art. 5.º, LVI, CR).

Mais recentemente, no entanto, a própria norma do Código de Trânsito vem sendo contestada pela doutrina,⁷ que invoca, indistintamente, uma plethora de direitos fundamentais, mais ou menos ordenada à guisa de tornar ilegítima a exigência ou coação ao exame de alcoolemia: entram neste rol a presunção da inocência (consagrado no art. 5.º, LVII, da CR) e o direito a permanecer calado

dosagem alcoólica, para instruir processo contravencional de embriaguez. Oposição legítima. Absolvição decretada. Inteligência do art. 330 do CP. A negativa do réu ao exame para a pesquisa e dosagem de álcool de seu sangue gera presunção em seu desfavor, mas não tipifica a infração prevista no art. 330 do estatuto repressivo” (rel. Sebastião Adroaldo Pereira, *RT* 435, jan., 1972, p. 413-414). Esta decisão deixa de levar em consideração, obviamente, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* que, uma vez invocado pelo indiciado ou acusado, não pode gerar circunstâncias de agravamento de sua situação processual.

(5) HC 199.678/2, TACrimSP, rel. Juiz Ribeiro Machado, *RJDTACrim* 9, p. 171-172.

(6) Costa Andrade. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra : Coimbra Ed., 1992. p. 128. Cfr., ainda, Guilherme de Souza Nucci. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, 2. ed. rev. e atual., São Paulo : RT, p. 161-175. Este autor, comentando o direito de forma mais enfática, afirma: “Dizer que o silêncio do acusado pode auxiliar na formação do convencimento do magistrado é o mesmo que não lhe dar a possibilidade de ficar calado (...)” (op. cit., p. 169).

(7) Veja-se a respeito André Luís Callegari. “A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e o novo Código de Trânsito”, *RT* 757, nov., 1998, p. 426-431. Cfr., ainda, Vicente Greco Filho. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 47.

(do art. 5.º, LXIII, CR). Na doutrina alienígena, recorre-se, também, ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas temperado por uma relativização em face de outros interesses sociais, inclusive o de realização do direito penal.⁸ O problema que avulta, entretanto, é saber se o exame de alcoolemia pode ser valorado quando imposto ao motorista, mesmo que aparentando uma contenda com os citados direitos e garantias de dignidade constitucional. Por outras palavras: o conjunto de direitos fundamentais – a orientação constitucional – invalida aquele meio de prova e, por conseguinte, sua valoração pelo juiz?

3. Numa primeira aproximação ao problema, torna-se importante lembrar que o processo penal brasileiro, diferentemente de outros sistemas, não apresenta um regime de proibição de provas. A matéria é mais ou menos definida, com algumas variantes determinadas pela jurisprudência e doutrina, no processo norte-americano, regido pelas *exclusionary rules*. Elas têm como ponto de partida as emendas à Constituição, que estruturam o *corpus* do direito processual, que se evidencia como um rigoroso sistema de garantias da liberdade pessoal, presidido pelo *due process of law*.⁹ Assim, o regime de proibições de prova no direito norte-americano tem um caráter essencialmente vinculado à proteção dos direitos individuais e orientado por garantias processuais constitucionais (como claramente se vê no *V Amendment*, que estabelece a garantia do *privilege against self-incrimination* e do *XIV Amendment*, referente ao *due*

(8) Cfr., por todos, Costa Andrade, op. cit., passim. Não, contudo, Figueiredo Dias, que concebe o princípio da dignidade da pessoa humana em grau extremo. O autor refere “quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa – em regra do arguido, mas também de outra pessoa, inclusive da vítima –, nenhuma transacção é possível. A uma tal garantia deve ser conferida predominância absoluta em qualquer conflito com o interesse – se bem que, como disse, também ele legítimo e relevante do ponto de vista do Estado de Direito – no eficaz funcionamento do sistema da justiça penal” (*Para uma reforma global do processo penal português. Para uma nova justiça penal*. Coimbra : Almedina, 1996. p. 189-242, cit. p. 207). Ressalte-se que o autor não despreza a dificuldade de concretizar o direito adjetivo a partir da norma axiológica da dignidade – que se concretizou num dos princípios (talvez o principal) da Constituição portuguesa de 1976 – que em termos ontológicos apresenta um conceito amplíssimo.

(9) Já tivemos oportunidade de mencionar que: “O sistema de direitos e garantias constitucionais [norte-americano] entra em direta correspondência com a proteção dos direitos individuais, traduzindo-se, a maior parte destes, na essência da liberdade pessoal”. E mais adiante concluímos afirmando que: “Este sistema, por sua vez, é presidido pela garantia do *due process of law*. Desta forma, a negação, revogação ou restrição de alguma das prerrogativas contidas no sistema de garantias da liberdade pessoal, também afeta o *due process of law*” (Isaac Sabbá Guimarães. “*Habeas corpus*: crítica e perspectivas”, p. 121-122, dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Coimbra em 1998).

process of law).¹⁰ As proibições carecem de flexibilidade, estabelecendo regras muito claras para o sistema de acusatório puro, no qual o *State Prosecutor*, orientando as investigações da polícia judiciária, deve rejeitar os meios de prova insuscetíveis de apreciação pelo tribunal. Desta forma, os órgãos formais de controle de criminalidade sujeitam-se a um crivo que pode determinar não apenas irregularidades, mas nulidades absolutas com efeitos-à-distância, ou seja, que contaminam o restante das provas decorrentes das primeiras.

Já o direito alemão, com suas *Beweisverbote*,¹¹ enquadra o regime de proibições num contexto em que se delineia uma vertente substantiva: ao invés de rigorosas normas processuais, a propensão de proteger bens jurídicos derivados de uma escala de valores axiológicos que formam a sua *Grund Norm*: daí destaca-se a proibição dos meios de prova que contendam com a dignidade humana (art. 1.º da Constituição, *GN*), com o livre desenvolvimento da personalidade (art. 2.º, *GN*), com a inviolabilidade do segredo de correspondência e das telecomunicações (art. 10.º, *GN*) ou com a inviolabilidade do domicílio (art. 13.º, *GN*). E este regime está assente, com maior destaque, no § 136a), do *Strafprozessordnung*, segundo o qual: “A liberdade de formação e declaração da vontade do argüido não pode ser prejudicada através de maus tratos, fadiga, ofensas corporais, administração de quaisquer meios, tortura, meios enganosos ou hipnose”.¹² Por este ponto de vista, do qual se ressalta, por um lado, o perfil extremamente fragmentário do Direito Constitucional, incapaz, portanto, de proteger os muitos interesses do homem na busca de seu “livre desenvolvimento” e, por outro, a necessidade de melhor fixação das regras segundo as condições historiológicas e de tempo, as proibições acabam por tornarem-se um campo fértil para a exegese jurisprudencial das cortes de justiça, especialmente para o Tribunal Constitucional e para a doutrina, que vêm assentando limites mais bem definidos àqueles bens jurídicos. As próprias noções de dignidade da pessoa humana e de livre desenvolvimento da personalidade (presentes na dogmática constitucional europeia do pós-guerra e radicadas em conceitos ontológicos de ampla significação, inclusive para justificar o natural princípio de autodeterminação), permitem uma conformação de acordo com os critérios culturais e de tempo, sem que, na realidade, se comprometa seu núcleo essencial, o chamado núcleo duro dessas idéias. Daí que a jurisprudência alemã tem

(10) Costa Andrade refere que: “Na linha duma tradição secular que remonta à Magna Charta (1215), nos Estados Unidos tende a privilegiar-se a dimensão processual como sede de proclamação e de tutela. Em geral os direitos fundamentais começaram por fazer caminho como garantias contra a intervenção abusiva das instâncias de perseguição criminal, só num segundo momento, e de forma derivada, vindo a ganhar significado material substantivo”. E mais adiante arremata afirmando que: “Os dispositivos constitucionais a que os tribunais americanos sistematicamente se acolhem apresentam um étimo e uma estrutura marcadamente processuais” (op. cit., p. 136).

(11) Cfr. Costa Andrade, op. cit., passim.

(12) Apud Costa Andrade, op. cit., p. 152.

aceitado a ponderação dos bens jurídicos em jogo (os que digam respeito à pessoa do réu e àqueles referenciados aos interesses sociais), para a realização do direito penal especialmente contra as condutas que aflijam o mínimo ético necessário à paz social.¹³

Por fim, o processo penal português¹⁴ consagra um regime autônomo de proibições de prova, tendo como linhas mestras o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CR de 1976), o direito à integridade física e moral (art. 25.º, CR), direito à imagem e à reserva de intimidade da vida privada (art. 26.º, CR), as garantias de processo criminal que tornam “nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” (art. 32.º, 6, CR). O horizonte da matéria é bem definido no art. 126.º do CPP, que estabelece os métodos proibidos de prova, que regulamenta os princípios e direitos constitucionais. Mesmo assim, reconhece-se aqui seu caráter fragmentário, que cria uma interdependência com outras constelações legais, como a do direito penal. Isto fica bem claro quando dispõe a nulidade das provas obtidas com a “utilização de força, *fora dos casos e dos limites permitidos pela lei*” (art. 126.º, 2, c, CPP), abrindo uma brecha ao legislador para conformação legal.¹⁵

O esboço aqui traçado, muito embora superficial e sem demarcar as vincadas diferenças entre os regimes de proibições, oferece-nos à percepção a possibilidade de, ao menos, identificarmos com mediana claridade um bloco do direito processual penal em que a matéria referente às provas pode ser melhor trabalhada pelo exegeta. Já o direito processual penal brasileiro, ao contrário, não apresenta um regime definido de proibições de prova. Razão porque se tem recorrido aos direitos e garantias constitucionais, que servem como fonte orientadora, de aplicabilidade imediata e independente de regulamentação legal.¹⁶ Assim, antes de mais, proibem-se “as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5.º, LVI, da CR). Os meios de provas que contendem com a ordem legal – e podemos referenciar inúmeras delas que agridem bens jurídicos protegidos

(13) São paradigmáticos os casos nos quais se admite a devassa da intimidade para assegurar os bens jurídicos da integridade física e da vida.

(14) E é inegável que o direito criminal daquele país tem contribuído para a formação da idiossincrasia do direito brasileiro, como se percebe na Lei dos Juizados Especiais, valendo, pois, sua referência neste cotejo.

(15) Cite-se, a este respeito, o instituto do consentimento, expressamente consagrado no direito penal português como causa de exclusão de ilicitude (art. 38.º, CP). As lesões corporais causadas mediante o consentimento do titular do direito não tipificam o delito (art. 149.º, CP), o que, transpondo para o caso de retirada de sangue, não invalidaria, em princípio, a prova.

(16) Cfr. Júlio Fabbrini Mirabete. *Processo penal*, 3. ed., rev. e atual., São Paulo : Atlas, 1994. p. 251-253; Vicente Greco Filho, op. cit., p. 47-48.

pelo direito penal, como aquelas obtidas com a violação de correspondência ou de domicílio – são inválidas, não podendo ser valoradas pelo juiz. Através deste prisma, o direito fundamental citado torna-se a principal fonte do intérprete, uma vez que a constelação representativa de direitos fundamentais permite uma sua identificação com bens jurídicos de dignidade penal. Daqui podemos inferir, *prima facie*, numa tentativa de elucidação do problema apresentado, que o art. 277 do Código de Trânsito, ao dispor que: “Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de haver excedido os limites [de concentração de álcool no sangue] previstos no artigo anterior será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos científicos, em aparelhos homologados pelo Contran, permitem certificar seu estado” dá sustentáculo legal a este meio de prova em processo penal.

4. Se por um lado as regras de cunho processual visam delimitar a esfera de atuação do poder político – transcendendo desta feição de Estado de Direito material anseios muito mais significativos, como o de respeito pela dignidade da pessoa humana e pelo livre desenvolvimento do homem –, representando uma garantia ao cidadão, que não estará sujeito a arbitrariedades e a surpresas, por outro lado sempre representará uma antinomia entre ordem legal (e necessária para a própria preservação do mínimo ético que deve reger a sociedade) e liberdade pessoal (também essencial para o entendimento de Estado de Direito democrático).¹⁷ É que para sua realização, o processo não poderá abdicar do conceito de coação, por mais que contenda com os elevados princípios de autodeterminação e de dignidade da pessoa humana. No entanto, a busca da verdade material como suposto do processo deve conciliar-se com a ordem normativa axiológica preconizada pela Lei Fundamental, que autoriza, *prima facie*, a proteção de certos bens jurídicos pelo direito penal. Daí que o processo será legítimo, dentro deste fundamento, com toda sua carga de força coercitiva, quando, em primeiro lugar, tender à punição de condutas lesivas a bens jurídicos de dignidade penal. Em segundo lugar, quando se conciliar, na medida do possível, com os direitos fundamentais de cariz processual. E aqui

⁽¹⁷⁾ Alexandra Vilela retrata muito bem a antinomia ao referir que: “Na realidade, cumpri, em primeira linha, à Lei Fundamental de um Estado, e, posteriormente, à legislação processual infraconstitucional, solucionar eficazmente o conflito existente entre a necessidade socialmente sentida de procurar assegurar um justo e correto enfreamento das infracções criminais, e a salvaguarda dos interesses e da personalidade dos acusados” (“Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal”. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Coimbra, 1998, p. 8). Figueiredo Dias, em sua lapidária lição, menciona que: “A via para um correcto equacionamento da evolução do processo penal nos quadros do Estado de Direito material deve (...) partir do reconhecimento e aceitação da tensão dialéctica inarredável entre tutela dos interesses do arguido e tutela dos interesses da sociedade representados pelo poder democrático do Estado” (op. cit., p. 206).

chegamos ao ponto axial referenciado às acerbas críticas contra o dispositivo do Código de Trânsito em exame. Para André Luís Callegari “(...) a quase coação ao teste de alcoolemia fere princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais, dentre eles o da presunção da inocência (CF, art. 5.º, LVII)”.¹⁸ Em que pese o claro equívoco do autor em não fazer a devida distinção entre os princípios constitucionais e a mencionada garantia fundamental processual, restringimo-nos em por às claras um referencial à presunção de inocência.

A presunção, de antigos traços do direito talmúdico,¹⁹ entra no processo penal como um marco divisor entre os sistemas inquisitório e acusatório; entre o velho e o novo; entre as representações do *Ancien Régime* e o moderno Estado de Direito vinculado à assunção de papéis mais precisos; entre o Príncipe – figura do juiz e personificação da justiça arbitrária que servia à vingança institucional²⁰ – e o Estado-juiz, imparcial e equidistante das partes. Em resumo, a presunção de inocência liga-se, primordialmente, a uma querença natural de liberdade, ao direito de liberdade, nela também subjazendo, além do princípio da dignidade da pessoa humana, algumas vertentes do liberalismo. Por isso que podemos ligá-la, num segundo plano, a outras garantias constitucionais, como a do *due process of law* e a de ser julgada por um juiz natural, tudo mais ou menos arranjado no contexto de situações previamente mencionado e que tomou maior projeção a partir das idéias da iluminura oitocentista.²¹

Apesar de entrarmos no estágio de constatações da estreita vinculação entre a presunção de inocência e a orientação de um processo penal que respeite os

(18) Op. cit., p. 427. O autor, apesar de adotar esta posição, apresenta uma solução para a formação do convencimento do juiz que, a todas as luzes, é contraditória à sua linha de pensamento. Reduz a questão ao simplismo da fórmula baseada na presunção que se extrai do silêncio. Assim, para André Luís Callegari, “o detido tem o direito a não realizar o exame, posto que é ao Estado a quem corresponde a prova de sua culpabilidade, mas *é possível que todas suas negativas, ainda que se assentem em direitos fundamentais, possam ser valoradas de forma que o prejudiquem*” (grifamos, op. cit., p. 429-430). E aí o articulista cria um paradoxo: a garantia reclamada pelo acusado serviria para prejudicar sua situação processual. Não parece, pois, que o autor tenha arrumado convenientemente as idéias.

(19) Ze'ev W. Falk lembra que: “Em casos criminais pressupõe-se a inocência do acusado, de acordo com a regra de Ioshua Ben Perahja: ‘Ao julgar uma pessoa, incline-se para a suposição da inocência’ (Avot 1:6)” (*O direito talmúdico*. São Paulo : Perspectiva- Associação Universitária de Cultura Judaica, 1988. p. 86).

(20) Cfr. Michel Foucault. *Vigiar e punir*. Trad. Lúcia M. Pondé. Petrópolis : Vozes, 1996. p. 46.

(21) À guisa de arremate, a presunção de inocência: “Constitui, em última análise, uma garantia constitucional substantiva tendente à protecção judicial dos direitos do acusado, assumindo-se, enfim, muito para lá de um mero princípio programático” (Alexandra Vilela, op. cit., p. 13).

direitos fundamentais do acusado, também não podemos deixar de considerar uma outra ordem de interesses e que preponderará no equacionamento das linhas divergentes: a dos interesses sociais. E aqui voltamos ao ponto inicial em que defendemos (não de forma kelseniana) a necessidade dos meios coativos do processo penal que, elevada à ponderação dos interesses, determinará sua legitimidade tendente à realização do direito penal. Em suma, "(...) a presunção de inocência não deverá ser — como efetivamente não foi — absolutizada, pois caso tal situação se verificasse, poderíamos ser conduzidos à inconstitucionalização de toda a instrução criminal".²²

Por outro lado, a presunção de inocência estabelece, numa linha principal de considerações, que o acusado permanece inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. E isto, ao nosso ver, não contende com o resultado que possa extrair-se do exame de alcoolemia. A perícia inicialmente realizada na fase investigatória não invalida aquela presunção. Ou como alerta Alexandra Vilela, "(...) ao afirmamos que o argüido é presumido inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (...), não pretendemos significar que qualquer freio colocado à sua liberdade individual se revela contrário ao princípio constitucional da presunção de inocência, enquanto modo de tratamento a outorgar ao argüido".²³

5. Há quem invoque o direito a permanecer calado (insculpido no art. 5.º, LXIII, da CR) como razão forte para sustentar a recusa ao exame de alcoolemia.²⁴ Deste direito, de longínquas origens anglo-saxônicas, expresso no brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare*, depreende-se que ninguém está obrigado a fazer prova contra si. E a radicação de seu conceito nos ideais humanitários de tratamento do acusado, ocorrida na viragem da perspectivação do processo penal — quando o acusado deixou de ser visto unicamente como meio de prova para ocupar uma posição definida como parte processual — propiciou sua expansão através dos ordenamentos modernos, ao menos naqueles de feição democrática. Nele transparecem, inequivocamente, uma orientação determinada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação, como expressão generalizada da liberdade.²⁵ De forma que os ordenamentos constitucionais arrimados nestes valores axiológicos permitem o acolhimento do direito ao silêncio ou expressamente, como se vê no *V Amendment* (de 1791) da Constituição norte-americana²⁶ e no citado artigo da

(22) Alexandra Vilela, op. cit., p. 16.

(23) Op. cit., p. 84.

(24) Vicente Greco Filho, op. e loc. cit.

(25) Por isso que, apesar de não consagrada na *Grund Norm* alemã, "(...) isto não tem impedido a doutrina e a jurisprudência germânicas de sustentarem, de forma praticamente unânime, que aquele princípio configura verdadeiro 'direito constitucional não escrito'" (Costa Andrade, op. cit., p. 124).

(26) "No person (...) shall be compelled in any criminal case to be witness against himself". Princípio este que acabou por ser melhor delineado no *Miranda v. State*

nossa Constituição, ou implicitamente, como no art. 32.º, 6, da Constituição portuguesa, que determina a nulidade das provas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral ou por meios de intromissão na vida privada.

O princípio *nemo tenetur* vem ganhando adesão por parte dos países que subscrevem pactos internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, que o prevê no art. 14, 3.º, g. Mais tarde, em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), também o previu em seu art. 8.º, 2, g (garantindo-se à pessoa acusada o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada), sendo que o Brasil aderiu através do Dec. 678, de 06.11.1992.

Aqui o nosso problema desenvolve-se através de duas vertentes que, no entanto, nascem da mesma raiz: da consideração do acusado como meio de prova. Daí que Costa Andrade, seguindo a senda traçada por Eser, refere que a liberdade de declaração, ou de colaborar com a elucidação da verdade material, é analisada numa dupla dimensão: “Pela *positiva*, ela abre ao arguido o mais irrestrito direito de intervenção e declaração em abono de sua defesa. Implica, noutros termos, que tenha de se garantir ao arguido a oportunidade efectiva de se pronunciar contra os factos que lhe são imputados, em ordem a infirmar as suspeitas ou acusações que lhe são dirigidas. Pela *negativa*, a liberdade de declaração do arguido ganha a estrutura de um autêntico *Abwerecht* contra o Estado, vedando todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coacção, de declarações auto-incriminatórias”.²⁷ Quer isto dizer, no caso específico aqui tratado, que por um lado é lícito ao motorista desfazer qualquer presunção que pese contra si acerca da embriaguez, entregando-se ao exame de alcoolemia. Mas também, por outro lado, estando devidamente esclarecido de seus direitos, inclusive o de permanecer calado, e das conseqüências que podem advir da perícia como meio de prova, a submissão ao exame de dosagem alcoólica entra naquela esfera de disponibilidade do indiciado, não gerando problemas quanto à sua valoração no contexto probatório do processo. As regras do jogo assim postas, permitem que se colha um consentimento válido para a realização da perícia, de forma que a renúncia ao direito de não produzir prova contra si seja um exercício da liberdade individual.²⁸

6. No entanto, há situações que não se apresentam tão simples, cujas soluções são recorrentes à compaginação do direito do acusado com outros bens

of Arizona Case (de 1966), pelo qual se fixou a regra de esclarecimento e advertência dos direitos do preso.

(27) Op. cit., p. 120-121.

(28) Há um consenso sobre a legitimidade das provas assim obtidas, pois “(...) as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade:

jurídicos de dignidade constitucional. Pense-se na recusa do motorista de submeter-se ao exame de alcoolemia, invocando a prerrogativa de não se incriminar.

Mesmo que não se parta para um adensamento do problema, passando ao longe da hipótese de um acidente de trânsito com vítimas, entendemos aqui existir um inequívoco conflito de direitos: por um lado, aquele atinente ao motorista; por outro, o direito substantivo penal, que guarda em sua gênese a função protetiva de bens jurídicos de igual dignidade constitucional.²⁹

A norma que prescreve a necessidade do exame de alcoolemia, enfeixando nela própria a identificação de alguma conduta criminosa, acaba por representar teleologicamente o legítimo interesse de preservação dos bens jurídicos da vida e da integridade física. Mormente quando se sabe do imenso número de eventos danosos determinados pela direção sob o efeito de bebida alcoólica ou de substâncias entorpecentes. E aqui deparam a contextualização de um processo penal moderno, regido pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa e à liberdade individual, e o direito substantivo tendente à preservação de bens jurídicos de dignidade constitucional.

Parece-nos que a solução não pode evitar o caminho da ponderação dos interesses colocados em confronto. Caminho, aliás, adotado pela doutrina e jurisprudência do direito germânico.

Muito embora não prescrito expressamente no texto constitucional, temos de admitir que a harmonização dos direitos fundamentais passa pela aceitação do princípio da proporcionalidade.³⁰ Não significando isso a supressão de qualquer direito, mas o arranjo dos conflitos “segundo as considerações de necessidade (que parte da verificação de uma circunstância que exija a intervenção para a delimitação do direito); de adequação (que demonstre ser a providência adequada à solução do problema); e da proporcionalidade *stricto sensu* (que é a medida de ponderação da providência a ser tomada, para que

seu valor é um *valor de garantia*” (Ada Pellegrini Grinover et alii. *As nulidades no processo penal*, 3. ed. rev. e ampl., São Paulo : Malheiros, 1993. p. 111).

(29) Não se deixe ao olvido a questão de que o tipo penal descrito no art. 306 do Código de Trânsito (já para não falar nos crimes culposos de lesões corporais e de homicídio) tende a preservar bens jurídicos de relevância para um direito penal voltado à proteção do mínimo ético (que orienta o convívio social), quais sejam a vida e a integridade física.

(30) Sobre a matéria, veja-se: Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*, t. IV, 2. ed. rev. e atual., Coimbra Ed., 1993, p. 222-224; Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. castelhana de Ernesto Garzón Valdés, Colección *El Derecho y la Justicia*, primera reimpresión, Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 111 *et seq.*, Peter Häberle. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Trad. para o espanhol por Carlos Ramos, Peru : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997. p. 127-129.

não ocorram prejuízos aos direitos em causa)".³¹ Por esta via, o direito a permanecer calado não alcançaria a negativa ao exame de alcoolemia, expressando-se, pois, de forma menos abrangente.

Mais especificamente no âmbito do direito processual penal, poderíamos levar em consideração a necessidade de ponderação dos interesses conflitantes, princípio no qual "há de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade".³² Em consequência, seremos levados a conceder que a realização da justiça penal sobreporá a proteção de alguns direitos (não afetados, no entanto, em seu núcleo essencial), mas que isto repousará numa orientação da política criminal, arrimada na lúdima proteção de bens jurídicos de relevo. Do contrário, a norma penal correrá o risco de ficar oca, sem eficácia.

A problemática, superada há muito pela jurisprudência alemã em face do que dispõe o § 81a, *Strafprozessordnung*, foi delineada em outro âmbito, referente à violação da regra de o exame ser realizado por um profissional da medicina, mas que serve para aclarar nossa atual situação. Dispôs o BGH: "o vício não é tão grave que haja de impor o recuo do interesse pelo esclarecimento do facto (sc., saber se o argüido provocou o acidente sob a influência do álcool), interesse a que não pode deixar se reconhecer um significado particularmente elevado, dado as milhares de vítimas mortais que a condução sob a influência do álcool vem anualmente produzindo".³³ E este parece ser um argumento convincente que nos leva a entender pela necessidade, adequação e ponderação dos interesses em contraste e dardos, ao final, validade ao exame de alcoolemia como meio de prova.

(31) Isaac Sabbá Guimarães, op. cit., p. 68-69.

(32) Costa Andrade, op. cit., p. 28.

(33) BGHSr 24, p. 170 *et seq.*; NJW 1971, p. 1.097, apud Costa Andrade, op. cit., p. 84.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.4

POR UM NOVO DIREITO PENAL SEXUAL

– A moral e a questão da honestidade

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A missão do Direito Penal – 3. A mulher e os crimes sexuais – 4. A questão do bem jurídico protegido nos crimes sexuais – 5. A questão da honestidade: 5.1 Homossexualismo; 5.2 Virgindade; 5.3 Prostituição – 6. Limites de um Direito Penal sexual – 7. A Constituição Federal de 1988 – 8. Conclusões.

Resumo: O sexo, desde sempre, foi objeto de tenso debate na sociedade. O Direito não se manteve alheio a esta questão. Perceptível é o tratamento diferenciado dado, pela lei, a homens e mulheres. Uma pormenorizada análise quanto a elementos como o bem jurídico protegido, leva a novas considerações quanto ao Direito Penal sexual. Isso, além da constatação de uma tendência mundial de reforma do conceito de bens protegidos por esta rama do Direito Penal, induz ao questionamento de como se encontra hoje, o Direito brasileiro e as possibilidades de sua mudança.

Palavras-chave: Direito Penal – Direito Penal sexual – Moral – Honestidade.

1. Introdução

O tema sexual sempre causou perturbação aos homens. Sob seu espectro, mitos foram criados, religiões edificadas, estruturas sociais montadas. Os crimes que têm como objeto a agressão sexual são, por conseguinte, elementos de especial atenção por parte da doutrina jurídico-penal e mesmo por parte da sociedade em geral, particularmente sensível às questões relacionadas com as infrações delitivas de tal índole.

Bernard Shaw já afirmava, de há muito, que há, no mundo, somente três assuntos que gente de cultura está sempre disposta a discutir: assuntos sexuais, religiosos e políticos. Entendida de forma diversa conforme sejam os costumes ou a religião, os assuntos sexuais por tempos disseram respeito quase que exclusivamente à conduta sexual feminina.

Procurando defender a “honra” feminina, cuidando-se assim da fragilidade de que se reveste a mulher, as diversas legislações sempre buscaram, através de rígidas punições, conter os abusos praticados contra a sua intimidade. De fácil percepção, assim, é o fato de a mulher receber uma especial proteção da lei penal quanto aos aspectos da sua liberdade e autodeterminação sexual. Tal situação,

entretanto, tem sofrido, hodiernamente, profunda mudança, vez que, mais e mais, perceptível é a tendência de que os crimes sexuais protejam, indistintamente, homens e mulheres.

O posicionamento da figura da mulher como elemento da volúpia do homem deita antigas raízes. O mito de Lilith, nesse aspecto, é emblemático. Provavelmente um dos mais antigos, segundo ele, a mulher teria surgido do caos, como uma força contrária, um peso contraposto à bondade e masculinidade de Deus.¹ Foi o mundo antigo, segundo Homero, imerso em profunda guerra por causa de uma mulher, Helena de Tróia. Cleópatra, a sedutora rainha do Egito, mulher de César e Marco Antônio, era hábil na arte da sedução e da política. O rapto das Sabinas deu origem a Roma. A mitologia, a história, e mesmo as artes, assim, fomentaram a cautela frente a feminilidade.² A mulher induziu o homem ao pecado e, por conseguinte, à sua expulsão do paraíso, bem como às demais mazelas do homem.

Tal situação, originando sempre cautela, fez com que Garofalo chegasse, em 1885, a ela assim se referir: “pelo que diz respeito às donzelas, de certo a sua reserva aparente é maior na raça latina, pelo menos porque, na Alemanha e na América do Norte, gozando de maior liberdade, empregam menos a hipocrisia. E, contudo, a despeito da nossa implacável severidade para elas, não é verdade que, com frequência, se vêem nas classes inferiores raparigas, de menos de dezoito ou vinte anos, tendo perdido a castidade? E mesmo nas classes superiores não acontece, muitas vezes, que uma menina, menos rigorosamente vigiada, cede, às vezes, às solicitações de um amante? Mesmo nas famílias que mais alardeiam austeridade, se têm visto moças educadas em severos princípios deixarem-se vencer pelos impulsos do amor ou de uma audaz e hábil sedução. E a isto se chama escândalo, porque, como diz Nordau, a civilização fez um crime de um ato natural inocente. Mas precisamente porque não há nisso delito natural é que, a despeito das leis, dos costumes, da moral religiosa e mesmo dos perigos de toda a ordem a que expõe o amor livre, a maioria das mulheres continua e continuará a deixar-se seduzir ou praticar o adultério. A mulher fiel, *unico gaudens mulier marito*, que Juvenal procurava no seu tempo, foi, e sempre será, uma exceção em todos os tempos”.³

Temida e protegida, foi a mulher, pela lei penal, cuidada e guarneçada, tentando-se, pois, dela se afastar todo o mal. Neste contexto, é de se ver uma

(1) Cf. Barbara Black Koltuv. *O livro de Lilith*. Trad. Rubens Rusche. São Paulo : Cultrix, s.d.

(2) Inúmeros outros exemplos poderiam ser dados quanto às cautelas que deve se ter frente às mulheres, bem como quanto à sua rápida mudança de atitude, é ainda de se mencionar a ópera de Giuseppe Verdi – *Rigoletto* – onde, em seu Ato III, Cena I, tem-se: “La donna è mobile/ Qual piuma al vento/ Multa d’accento/ E di pensiero”.

(3) Raffaello Garofalo. *Criminologia – Estudo sobre o delito e a repressão penal*. Versão portuguesa de Julio de Mattos. Lisboa : Livraria Classica, 1916. p. 41.

das particularidades relativas ao Direito Penal sexual, ainda viva na legislação criminal nacional, quanto à figura da mulher: a relativa à sua honestidade.

Mudanças várias, nesse aspecto, têm se dado, principalmente no Velho Mundo, de anos a esta parte. Em verdade, os últimos diplomas legais publicados em Europa, nitidamente têm optado por uma nova óptica do Direito Penal. Desprezam-se, agora, temas e motes de cunho moral,⁴ deslocando-se para uma abordagem menos subjetiva, tratando, mais claramente, de situações que venham a violar a integridade física, psicológica e mental das vítimas.

Outro ponto de relevo a ser tratado nas recentes modificações, é o da não proteção especial a ser dada ao gênero feminino. Desmistificando-se a figura da mulher, as novas legislações têm conferido uma proteção ampla, tanto a homens, quanto a mulheres.

2. A missão do Direito Penal

O Direito Penal moderno, diferentemente do que pontificavam os clássicos, é entendido como tendo por missão fundamental a defesa de bens jurídicos. Em absoluto, no entanto, este não é um entendimento fruto de uma concepção hodierna. Grocio, em 1625, já estabelecia que *poena est malum passionis quod inflingitur ob malum actionis*. Entretanto, só mais recentemente parece estar se consolidando esta idéia.

Conforme Armin Kaufmann, a missão do Direito Penal é proteger os bens jurídicos do cidadão e da comunidade. Seriam estes bens, entre outros, a vida, a saúde, a liberdade, o patrimônio, a existência do Estado, a administração da justiça, a liberdade e autodeterminação sexual.⁵

De se perceber, que a teoria da proteção de bens jurídicos guarda expectativas no futuro, sendo que o que vem a se esperar é a não ocorrência de fatos puníveis lesantes destes bens. Seria de se pensar, assim, que se aproxima, esta defesa, de uma retribuição pura. Não é isso, entretanto, verdade. Na realidade, como se verá, a proteção aos bens jurídicos pode resultar em perigosos mal entendidos caso não se verifique o fim a que se destina a pena. Se de um lado é verdade que o Direito Penal primeiramente vem a defender os citados bens, de outro, é imprescindível que se tenha em mente que a pena deve ser político-criminalmente orientada.

(4) Jose Diéz Ripolles. *Exhibicionismo, pornografia y otras condutas sexuales provocadoras*. Barcelona : Bosch, 1982. p. 24 et seq.

(5) Armin Kaufmann. "La misión del derecho penal". *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá : Temis, 1982. p. 118.

Na realidade, o Direito Penal se legitima mediante os dispositivos constitucionais. Não sem razão, autores nacionais⁶ do porte de Paulo José da Costa Júnior e de Luiz Vicente Cernichiaro preocupam-se com o Direito Penal na Constituição,⁷ Luiz Luisi estuda os princípios constitucionais penais,⁸ enquanto que Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, por seu turno, prefere traçar a relação entre Direito Penal e o Direito Constitucional.⁹ Dessa forma, é de se perceber que não são de se considerar como conteúdo genuíno das normas penais senão aqueles que se regem conforme o respectivo contexto de regulamentação, entendida esta como as realidades da vida social e das normas, e, em especial, as normas jurídico-constitucionais.¹⁰

Assim, é de se entender que existe uma obrigatória vinculação do conceito de bem jurídico penalmente protegido e a Constituição. Na realidade, exige ele uma vinculação a uma ordem de valores ínsita na própria Constituição, como uma *prima principia*, sob pena de sua eventual perversão ou manipulação ideológica.¹¹ Lembra Baratta, que “o cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema criminal do Estado de Direito é ser coerente com seus próprios princípios ‘garantistas’: princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados. Trata-se, mais do que tudo, de aplicar e transformar o direito substancial (fundamental), processual e penitenciário em conformidade com aqueles princípios, por todo o tempo em que deva durar a luta por uma política ‘alternativa’ com relação à atual política penal. Refiro-me à luta civil e cultural pela organização da tutela pública dos interesses dos indivíduos e da comunidade, da defesa dos direitos dos mais fracos contra a prepotência dos mais fortes, com

(6) Na literatura alienígena, inúmeras são as obras que abordam estes pontos. Entre outros, cf., Maria da Conceição Ferreira da Cunha. *Constituição e crime – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto : Universidade Católica Portuguesa Ed., 1995. Pietro Nuvolone. “Codice Penale e Costituzione”. *Il diritto penale degli anni settanta*. Padova : Cedam, 1982; Francesco Pallazzo. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre : Fabris, 1989.

(7) Luis Vicente Cernichiaro e Paulo José da Costa Júnior. *Direito penal na Constituição*. São Paulo : RT, 1991.

(8) Luiz Luisi. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre : Fabris, 1991.

(9) Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. *Direito penal, Estado e Constituição*. São Paulo : IBCCrim, 1997. Conforme o mesmo autor, em nota introdutória, “renomados doutrinadores têm se debruçado sobre o tema não restando hoje quase nenhum que, ao elaborar de um simples comentário a uma robusta tese de grau acadêmico, abstenham-se de pelo menos um comentário a uma nota introdutória a respeito das relações do Direito Constitucional com a matéria versada no estudo”.

(10) Günther Jakobs. *Derecho penal – Parte general*. Trad. Joaquín Cuello Contreas y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid : Marcial Pons, 1995. p. 45.

(11) Cf. Luiz Regis Prado. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo : RT, 1996. p. 74.

formas mais diferenciadas, justas e eficazes (instrumentais) que aquelas 'simbólicas' oferecidas pelo sistema de justiça criminal. Durante todo este tempo, o 'uso alternativo do Direito Penal' significará usar o direito como instrumento para uma rigorosa limitação política e técnica, daquela que em períodos anteriores parecia ter sido uma função útil, e que hoje aparece cada vez mais como violência inútil das penas. Isto implica numa concessão instrumental do Direito Penal liberada da ilusão da instrumentalidade da pena".¹²

A utilidade social do Direito Penal deve pois ser percebida quando se põe em xeque a sua missão. Que se garantam os bens jurídicos como seu expente, sendo assim, de se tê-lo como *ultima ratio* do sistema. Em uma sociedade democrática, estabelecendo-se um equilíbrio entre a criminologia, a política criminal e a penal, floresce a idéia de que se deve, o quanto possível, deixar o Direito Penal como derradeiro meio do controle social, afirmando, pois, o princípio da intervenção mínima. Pretender estabelecer que regras de comportamento sejam tidas como delitos, implica no fato de se aceitar uma mais do que admitida ingerência do Estado frente ao cidadão.

3. A mulher e os crimes sexuais

No temário em pauta, considerações quanto aos chamados "crimes sexuais"¹³ hão de ser feitas. Necessária se faz assim, *prima facie*, a determinação do bem jurídico protegido. O Código Penal brasileiro cuida desta modalidade criminosa em seu Título VI, sob o almage "Dos Crimes contra os Costumes". Seria este, contudo, o real bem a ser protegido?

Tal questão já era sentida em outras épocas. Na legislação brasileira, percebe-se isso através das diversas codificações penais nacionais. Já desde o primeiro Código genuinamente pátrio, o Código Criminal do Império, nítida é a presença do aspecto moral. Em sua Parte III, Capítulo II, vê-se a disposição dos crimes contra a segurança da honra, tratando, genericamente, do estupro e do rapto. No Código Republicano de 1890, por sua vez, tratavam-se das ofensas sexuais sob o Título VIII - Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor. A Consolidação de Pirajibe deu igual nomenclatura ao respectivo título. Ao depois, o Código de 1940, cuja Parte Especial ainda se encontra em vigor, preferiu, unicamente, mencionar Dos Crimes contra os Costumes. Avanço houve, no natimorto Código de 1969. Apesar de continuar com o Título "Dos Crimes contra os

(12) Alessandro Baratta. "Funções instrumentais e simbólicas do direito penal". *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 5/24.

(13) Ainda que apareça com freqüência, a expressão "crimes sexuais" é, no entender de Odin Índio do Brasil Americano, assaz literária e pouco jurídica. Odin Índio do Brasil Americano. *Dos crimes contra os costumes*. São Paulo : RT, 1943. p. 10.

Costumes", fez menção, em seu Capítulo I, aos crimes contra a disponibilidade sexual, tratando do estupro, do atentado violento ao pudor, da posse sexual mediante fraude e da ofensa ao pudor mediante fraude. Num rápido passar d'olhos, constata-se que, mesmo com certos avanços, sempre se pautou, a legislação do Brasil, em ver presente a moral como elemento orientador da aplicação penal frente ao sexo.

O mesmo já havia se dado, na Itália, com o Código Zanardelli.¹⁴ Entrementes, a valoração empregada nos primeiros quartéis do século, parecem não mais se adequar à realidade dos dias que correm. Transmutada a análise do bem jurídico daquela época até hoje, diversas mudanças são percebidas.

De fato, entende o Direito Penal moderno, que não mais é de se ter a moral como elemento de suporte a bens jurídicos. Em verdade, já esclarece Boix Reig, não caber duvidar que uma concepção autocrática do Estado, leve à inarredável confusão entre Direito e Moral, coincidindo esta, com o próprio poder político dominante, instrumentalizando a norma jurídica em efeitos moralizantes. Em um Estado de Direito, a norma tem função claramente diferenciada da Moral.¹⁵ Não mais se está nos tempos de Kant, onde ela, imperativo categórico que era, reinava absoluta.¹⁶

A grande evolução percebida na evolução do Direito Penal sexual reside justamente no fato de se haver prescindido da carga moralizante que comportavam os delitos dessa ordem, informando melhor o conteúdo e sentido de seus

⁽¹⁴⁾ Conforme Zanardelli, "è incontrastabile, che la classificazione dei reati in un Codice presentasi per sè stessa assai difficile, molti e differenti essendo gli aspetti, sotto cui i vari fatti costituenti reato possono essere considerati e distinti, e di questa difficoltà è dimostrazione evidente la stessa molteplicità dei sistemi di divisione e subdivisione adottati nelle diverse legislazioni. Per questa difficoltà appunto, non oserei dire che la partizione della materia e la nomenclatura dei Titoli che vi presento siano irrepresibili, sebbene abbia posto ogni studio per migliorare sempre più quelle dei precedenti Progetti, che in sostanza sono però conservati nell'attuale". *Relazione*, vol. 2, p. 7-8, apud Pasquale Tuozi. "I delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie", in Enrico Pessina. *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*. Milano : SEL, 1909. vol. 9, p. 9.

⁽¹⁵⁾ Javier Boix Reig. "De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual". *Mujer y derecho penal*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1995. p. 11.

⁽¹⁶⁾ A valorização dos conceitos neokantianos é de se verificar a partir, principalmente, dos anos vinte. A respeito da justificativa e importância da moral noutros tempos: "a passagem de preceito moral à categoria de preceito jurídico confere-lhe maior força de incidência, pelo coeficiente de violência, que se lhe adita. A de um preceito religioso à categoria de jurídico leva daquele a esse o coeficiente de estabilidade que existe na religião e será menos retocável, menos derogável, nesse ponto, o texto da lei (caso das regras sobre indissolubilidade do vínculo conjugal). Além da estabilidade específica da norma jurídica, haverá o *plus* do coeficiente específico da

tipos penais, dando mesmo pista valiosa para a averiguação do bem jurídico protegido.¹⁷ O Direito hoje, fundado em um Estado Democrático de Direito, deve, sobretudo, se mostrar como protetor de liberdades. Entre elas, que se diga, da liberdade sexual. A isso se percebe, claramente, quando se tem, a partir do Projeto Alternativo alemão, a redução da punibilidade no âmbito sexual, às ofensas aos jovens e à liberdade sexual, onde o que estaria em pauta seria, não a moral sexual, mas a autodeterminação das pessoas no aspecto sexual.¹⁸

Nesse passo, após uma visão do bem jurídico propriamente dito, seria de se passar à preocupação dos sujeitos, ativo e passivo, dos crimes sexuais. Comumente, sob um prisma moral, estaria tal questão circunscrita, basicamente, aos gêneros masculino e feminino, respectivamente.

De outro lado, simultaneamente, de se ver verdadeira restrição atual na distinção de condutas delitivas quanto ao sexo. A partir da declaração sobre a eliminação da Discriminação contra a Mulher, de 07.11.1967, por resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, n. 2.263; e da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra mulheres, de 17.12.1979, passa-se a ter sentimento igualitário entre os sexos. De se perceber, por igual, que as recentes reformas procedidas em diversas legislações alienígenas também descartam a distinção sexual no agente passivo do crime.¹⁹

4. A questão do bem jurídico protegido nos crimes sexuais

Sendo trazido à tona pela pena de Birnbaum, o conceito de bem jurídico veio a trazer verdadeira revolução no horizonte jurídico, através de artigo datado de 1834, intitulado *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*. Durante anos, muito se discutiu sobre a real abrangência do bem jurídico penal, sendo que somente foi concluído tal pensamento com as contribuições de Binding, Jhering e Von Lizt.²⁰

religião. Onde estão os preceitos ao mesmo tempo jurídicos e religiosos estão os lugares de maiores resistências das leis vigentes. Por isso mesmo, nos povos de Constituições 'legais', as revoluções têm menores excessos cênicos de violência; nos povos de Constituições religiosas, ou que saíram de religião, as revoluções e as reações são sangrentas e intensas". Francisco C. Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro : Boffoni, 1947. vol. 1, p. 31.

(17) Enrique Orts Berenguer. *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1995. p. 22.

(18) Maria da Conceição Ferreira da Cunha, op. cit., p. 75.

(19) Cf. Maria Tereza Couceiro Pizarro Beleza. *Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra*. Lisboa : Faculdade de Direito, 1990. p. 267 et seq.

(20) Cf. Manuel da Costa Andrade. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra : Coimbra Ed., 1991. p. 51 et seq.

Entretanto, de se dizer, a evolução crítica do critério de bem jurídico não se deu de forma pacífica. Críticas formalistas várias se perceberam quanto a que poderia ser elevado à categoria de proteção ao Direito Penal. Concepções acerca do subjetivismo posto a prova, em tais casos, muito perturbavam os estudiosos, já que, inarredavelmente, caía-se em acepções neokantianas.

Várias foram, assim, as funções atribuídas, pelos autores, ao bem jurídico. Entre elas seria de se destacar uma função de garantia, também compreendida como de limitar o direito de punir do Estado; uma função teleológica ou interpretativa; uma função individualizadora e uma função sistemática.²¹

De toda sorte e a partir de então, intentou-se a construção de um conceito metajurídico de bem jurídico, ultrapassando os meros e estáticos limites, considerando-o não derivado das normas penais, mas anterior a elas, que simplesmente vem a protegê-las. A partir daí, Roxin, entre outros, intenta em tomar a Constituição para delimitar os bens jurídicos necessitados de proteção penal, sendo ela, pois, referencial obrigatório em tal seleção.²²

Assim, em se considerando que a proteção do direito repressivo há de ser dada a valores ou bens fundamentais para sociedade, fácil é a percepção, em termos individuais, da necessidade de proteção à liberdade e autodeterminação sexual, em detrimento do que seriam a moral e os bons costumes. O próprio *caput* do art. 5.º da Constituição brasileira vem a estabelecer que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. Protegida e salvaguardada é a noção de liberdade. Liberdade, como se viu, mesmo a sexual.

Questão a ser posta, entretanto, é a da possibilidade da existência de tipos penais pluriofensivos, que venham a lesionar mais de um bem jurídico. Vale dizer, que venham a aviltar não apenas a liberdade sexual (ou, como ainda pretende a legislação brasileira, aos bons costumes), mas também outras ramas protegidas, como mesmo a família.

É de se perceber, então, que não se pode encontrar a *ratio* da incriminação do tipo, sem discriminar suas espécies e modalidades. Crimes existem em que se evidenciam claramente, na sua própria estrutura, ofensas imediatas ou diretas contra a liberdade individual, contra a honra sexual e contra a organização familiar, ofensas essas que são praticadas apenas com um único comportamento. Mas a incriminação visa reprimir não apenas estas ofensas. Vai mais além. Pretende evitar também o estabelecimento de determinadas condições que iriam proporcionar outro evento mais grave e maiormente temido, que ocorreria em etapa seguinte, com ulterior atividade do agente. Essa atividade, não essencial

(21) Cf. Luiz Regis Prado, op. cit., p. 40 *et seq.*

(22) Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. *Princípio da insignificância e direito penal*. São Paulo : RT, 1997. p. 129 *et seq.* Luiz Regis Prado, op. cit., p. 44 e *et seq.*

ao tipo, consistiria, v.g., no caso do rapto, numa ofensa à liberdade sexual da raptada; seria consubstanciada num ataque ao seu pudor, ou aquele aspecto particular da liberdade sexual – a liberdade matrimonial. Tal atividade não se inclui no elemento objetivo do crime, por ser apenas o escopo do agente.

Na incriminação do tipo, pode-se ter, portanto, presentes dois aspectos: o primeiro, que se pode dizer imediato, consistente no dano verificado por ocasião do próprio evento; o segundo, mediato, no perigo da ofensa que provavelmente ocorrerá com o sucessivo comportamento do agente.

As ofensas imediatas, também chamadas diretas, são aquelas, como se disse, praticadas com a conduta do agente. Isso porque, com a simples ação de subtrair ou reter uma mulher, são lesadas: sua liberdade sexual, dado que ela passa de sua esfera de proteção para o poder do autor; e sua honra sexual, porque diante da opinião pública ficarão abaladas a sua reputação e a organização familiar, que é ofendida não somente nos casos em que a vítima é menor, mas também naqueles de mulher maior em dependência direta de quem já deteve o pátrio poder.²³

As ofensas mediatas ou indiretas são aquelas representadas pelo perigo do ataque à liberdade sexual da ofendida. Aqui se percebe que pretende o autor despoticamente, a escolha de seu parceiro sexual, e o faz com o ânimo temporário, caso que se caracteriza com o fim libidinoso; ou com o ânimo definitivo, quando se faz presente o fim do casamento.

Com isso, segundo haja ou não ofensa a todos, ou a apenas um dos bens protegidos, ter-se-á o crime próprio ou impróprio; com o fim libidinoso ou de casamento. E na medida em que não sofrerem lesões ou forem menormente ofendidos os bens jurídicos protegidos, haverá correspondente atenuação da pena.

Desta forma, poder-se-ia dizer que os crimes contra os costumes, genericamente, podem ser monoofensivos, como pluriofensivos, vez que podem agredir não só a liberdade individual, como também sua honra sexual, organização familiar, além de poder aviltar, indiretamente, a liberdade sexual, quer por um fim libidinoso, quer por um fim de casamento.

Justamente nesse aspecto, tendo-se em vista a sublime devida proteção do Direito Penal à liberdade, é que se há de falar, não em crimes contra os costumes, mas sim, em crimes contra a liberdade sexual. Neles, em última análise, hão de ser tidos dois aspectos. O primeiro, dinâmico-positivo, integra-se pela faculdade de dispor livremente do próprio corpo. O segundo, estático-passivo, compreendendo a possibilidade de repelir ataques de índole sexual que possam ocorrer.²⁴

(23) No Brasil, a mulher ainda que maior de dezoito anos só se emancipa aos 21 anos.

(24) Enrique Orts Berenguer. *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1995. p. 24.

Por liberdade sexual entende-se a livre disposição do próprio corpo nas relações sexuais, dentro do limite do direito e do costume.²⁵ A denominação “crimes contra a liberdade sexual” sofre, entretanto, algumas limitações ou restrições por parte da doutrina. Assim, Manzini fala em inviolabilidade carnal porque esta expressão delimita, de modo mais preciso, o que a lei quer proteger.

Esta “inviolabilidade” contém um significado técnico, jurídico e ético tradicional, que é atribuído a qualquer ato, normal ou anormal, que prepara ou produz o prazer derivado da excitação da sensualidade.²⁶ Diz ele, ainda, que o conceito de inviolabilidade carnal não deve se confundir com o de disponibilidade carnal, porque o crime pode ser praticado contra quem não tenha disponibilidade, como, por exemplo, a mulher ou o homem casado, ou a freira.²⁷

Maggiore, por seu turno, repudia a denominação “liberdade sexual”, dizendo que não existe um direito de livre disposição dos órgãos sexuais, mas sim um direito à castidade ou à continência. O interesse coletivo que teria a sociedade de conter a exteriorização da lascívia e impedir a difusão da devassidão. Não se poderia falar pois, em um direito à livre disposição dos órgãos sexuais, a menos que se queira legitimar, entre os homens, o direito que tem os cães.²⁸

Não obstante, modernos diplomas penais, em especial europeus, como os Códigos alemão, português e a nova lei italiana, não seguiram tal orientação, preferindo, contudo, outra determinação daquela assumida pela lei nacional, quanto à proteção do bem jurídico relativo ao Direito Penal sexual. Assim, o Código Penal alemão trata, da maior parte deles, em sua seção décima terceira, sob a rubrica dos crimes contra a autodeterminação sexual (*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*).²⁹ Já o mais recente Código português, de 1995, considera a proteção devida quanto à liberdade e autodeterminação sexual,³⁰ enquanto que o espanhol, de 1995, prefere unicamente a proteção à liberdade sexual.

(25) C. Saltelli e E. Romano di Falco. *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*. Torino : UTET, 1931. vol. IV, p. 61.

(26) Vincenzo Manzini. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino : UTET, 1951. vol. 7, p. 260.

(27) Vincenzo Manzini, op. cit., p. 254, nota 1.

(28) Giuseppe Maggiore. *Derecho penal - Parte especial*. Trad. por el Padre José J. Ortega Torres. Bogotá : Temis, 1972. vol. IV, p. 51.

(29) De se ver, contudo, que encontra-se a figura do rapto em outra seção, de número dezoito, a qual trata dos crimes contra a liberdade pessoal (*Straftaten gegen die persönliche Freiheit*). Que se frise, entretanto, sempre infringindo o caráter de liberdade, *lato sensu*.

(30) Pretende-se, no primeiro caso, garantir a proteção à liberdade (e/ou autodeterminação) sexual de todas as pessoas, sem acepção de idade. No segundo caso, estende-

O real e a ser protegido bem jurídico é, assim, a liberdade que o indivíduo tem de autodeterminar-se sexualmente, ou ainda, de se considerar a proteção penal da juventude quanto a assuntos do sexo.³¹ Lembrando, a atividade sexual de uma pessoa muito se assemelha à disposição que tem ela de seu lar. Nele podem adentrar aqueles convidados, aqueles a quem se permita a liberdade de entrada num ambiente próprio e particular. Aqueles não convidados e que não possuam tal liberdade, configura crime de invasão de domicílio tal invasão. É esta liberdade enfim, o bem jurídico último a se proteger.

Com variações de critérios, diversas são as aceções para análise do bem jurídico protegido. Firmada parece estar, em dias de hoje, a idéia da liberdade sexual. Entretanto, muitos autores sustentam que diversos tipos penais, sobretudo na defesa do Direito Penal sexual, não se relacionam com a proteção de um bem jurídico determinado e tangível.³² Mesmo hoje a fixação da idéia de “liberdade sexual” parece, a muitos, de difícil compreensão. Ela, contudo, inegavelmente, se inter-relaciona com a noção de consenso/discoenso.

Enfim, havendo o consenso, o consentimento do agente para dispor de sua liberdade sexual nos limites que aprouver, não há de se falar em crime. Ao revés, se tais limites forem ultrapassados, sendo rompida a barreira do aceitável, violada a liberdade (de caráter sexual) deste agente, ter-se-á delito a ser punido.

De uma forma ou de outra, dentre os mais controversos itens de observação nesta categoria de “crimes sexuais”, cabe uma particular análise do que a legislação codificada nacional denomina de “mulher honesta”.³³ Seria, ainda hoje, a poucos passos da mudança, não só do século, mas mesmo de milênio, de se admitir a distinção (ou a discriminação) entre mulheres honestas e não honestas?

A atual percepção do Direito Penal entende que este deve se restringir à proteção de bens jurídicos. Assim, prescindível é a penalização de comporta-

se a proteção a situações que, ou não seriam crimes se praticados entre adultos, ou assumiram menor gravidade. Trata-se da proteção do livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual. Jorge de Figueredo Dias. “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*. Coimbra : Coimbra Ed., 1999. t. I, p. 442.

(31) A respeito da preferência dada pelo legislador espanhol de 1995 quanto a rubrica unicamente da “liberdade sexual”, cf. Muñoz Conde. *Derecho penal – Parte especial*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1996. p. 176 *et seq.*

(32) Hans-Joachim Rudolph. “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Nuevo pensamiento penal”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, año 4, n. 5 a 8, p. 335, Buenos Aires, 1975.

(33) Embora no passado diversas legislações fizessem menção a esse estado de “honestidade” da mulher, atualmente poucos códigos ainda o fazem. De se ver, entre outras, a modificação implantada na Alemanha com o Projeto Alternativo e na Espanha, a partir das reformas legislativas de 1989.

mentos tidos como imorais, tais como a homossexualidade e o rufianismo entre adultos, a sodomia ou a comercialização de pornografia. Em a moral não sendo um bem jurídico, entende-se que o Direito Penal sexual deve limitar-se essencialmente à proteção da juventude e a evitar coações.³⁴ Em suma, não é da missão penalística a preservação ou a proteção de normas morais, e, assim sendo, também não deve ela pretender levar em consideração, para uma dada proteção, a avaliação (moral) quanto à honestidade feminina.³⁵

5. A questão da honestidade

Nesse particular, necessária se faz a colocação de como se dá a visão da honestidade no plano sócio-político-jurídico. Um, de fato, inter-relaciona-se com os demais, levando à derradeira, e muito sábia, conclusão que mais correta seria a plena separação das colocações. Não mais seriam de se admitir quaisquer considerações quanto ao caráter de honestidade em Direito Penal. Não mais hoje cabem comentários, de ordem jurídica, quanto a uma senhora tida, noutros tempos, como mais do que verdadeira *bas bleus*. Nesse sentido, que se passe à desmistificação da honestidade em Direito Penal sexual.

5.1 Homossexualismo

A questão do homossexualismo também surge na avaliação da honestidade. Seria ele elemento informador de desonestidade moral, ou apenas e tão-só, uma conduta comportamental da vida privada?

Já foi ele alvo das mais diversas abordagens na história da humanidade. Já foi tido como algo saudável. Tido também já foi como ofensa a Deus. Como crime de roubo. Como crime de sodomia. Como crime social. Como crime contra a natureza, ou mesmo como crime contra a moralidade. Cumpre salientar que, até a 10.^a Revisão da Classificação Internacional de Doenças, datada de 1996, ele era considerado como transtorno mental.

Atualmente a questão ainda é polêmica, muito embora não se discuta mais a sua tipificação como crime.³⁶ Enquanto se discutem medidas legislativas, no

(34) Claus Roxin. "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo". *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá : Temis, 1982. p. 7.

(35) Quanto a atual compreensão da moral e do direito, cf. Jürgen Habermas. *Teoria della morale*. Trad. Vinci-Enzo Tota. Bari : Laterza, 1994.

(36) Nesse sentido, o *Wolfeden Committee* considerou que as práticas homossexuais entre adultos maiores de 21 anos conscientes, não deveriam permanecer como crimes, sendo que, atualmente, esta idade limite para a livre orientação sexual, na Inglaterra, firma-se nos 18 anos. No mesmo sentido, Hans-Joachim Rudolph, op. cit., p. 345.

intuito de regularizar a união entre duas pessoas do mesmo sexo, a sociedade ainda considera como párias os adeptos do homossexualismo. No entanto, da mesma forma como se viu que a conduta sexual privada de uma mulher não caracteriza, por si só, a sua desonestidade, não há de se admitir que o homossexualismo a caracterize.

Na Inglaterra, em agosto de 1954 foi instalada uma Comissão para a analisar e recomendar alterações na legislação pertinente à repressão do homossexualismo e da prostituição. Presidida que foi por John Wolfenden, em 1957 ela apresentou o chamado *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, também conhecido por *Wolfenden Report*. Cabe aqui, uma sua passagem: “não constitui, de acordo com a nossa concepção, função da lei intervir na vida privada dos cidadãos, ou procurar reforçar qualquer padrão particular de comportamento, mais necessário para se poder cumprir o propósito que delineamos (...). Existe ainda um outro argumento que reputamos de decisivo, a importância que a sociedade e a lei devem conferir à liberdade individual de escolha e atuação nos domínios da moral privada. A menos que a sociedade realize um esforço deliberado, atuando através de instâncias legais, para que a esfera do crime equivalha à do pecado, deve subsistir um domínio privado de moralidade ou imoralidade, com o qual, em vários termos breves e incisivos, a lei nada tem a ver. Afirmar tal não significa pactuar ou encorajar qualquer imoralidade privada. Pelo contrário, realçar a natureza pessoal e privada da conduta moral ou imoral do indivíduo para com as suas próprias ações, e tal constitui um tipo de responsabilidade com que se espera que um indivíduo adulto possa arcar sem a ameaça de punição por parte da lei”.³⁷

Por tudo isso, e entendendo-se que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 explicitamente veda qualquer modalidade de preconceito,³⁸ incluída aí a questão da preferência sexual e da honestidade, é de se perceber que também aqueles não heterossexuais têm direito a igual proteção legal,³⁹ sendo descabida qualquer orientação no sentido de uma discriminação legal relativa à honestidade, tendo-se em vista a orientação sexual do agente.

(37) “Report of committee on homosexual offences and prostitution”, apud Karl Prehaz Natscheradetz. *O direito penal sexual: conteúdo e limites*. Coimbra : Almedina, 1985. p. 23. No mesmo sentido, Hans-Joachim Rudolphi, op. cit., p. 345 *et seq.*

(38) CF, art. 3.º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

(39) A esse respeito, interessante é a mudança de óptica dada na Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Em agosto 1982, tornou-se célebre o caso *Bowers vs. Hardwick*, ocorrido no Estado da Georgia. Lá, um casal homossexual havia sido preso por manter relações ainda que no interior de sua residência, indo de encontro a lei contra a sodomia. Cf., Jill Norgren e Serena Nanda. *American cultural pluralism and law*. New York : Praeger Publishers, 1988. p. 141 *et seq.*

5.2 Virgindade

A virgindade, é de todos sabido, não é pressuposto de honestidade, podendo existir virgens desonestas e não-virgens honestas. Em verdade, do ponto de vista da moral sexual, a virgindade da mulher gozou, ao longo dos tempos e entre os diferentes povos, ora de um excepcional prestígio, ora de um absoluto desprezo.⁴⁰

Torna-se necessária aqui, no entanto, a sua menção, vez a lei nacional estabelecer proteção especial àquelas menores sem experiência sexual. Assim o fazem, claramente, o tipo da posse sexual mediante fraude (art. 215, do CP) e da sedução (art. 217, do CP), apesar de outros tipos, como o do estupro (art. 213), não a afastarem.

A virgindade, diriam os clássicos, é um estado físico que, embora não se confunda com o estado moral e ao modo de conduta que corresponda a este estado (a honestidade),⁴¹ denota uma inexperiência não só sexual, mas da própria vida, que é, pela lei, protegida. Não são objeto de proteção pois, aquelas que tudo permitem, menos a cópula vaginal. A virgindade, para ser protegida pela lei, deve assim, conforme a própria tipificação legal, ser acompanhada sempre de uma ingenuidade por parte da vítima, que ou por fraude, ou por pela própria inexperiência ou ainda, por uma justificável confiança, deixa-se levar ao seu defloramento.

O defloramento, elemento essencial da conduta criminosa, configura-se pela ruptura do hímen, membrana mucosa disposta no orifício inferior da vagina. Diversas são as modalidades, conforme a Medicina Legal, dos tipos de hímen. Podem ser eles sem orifício, com orifício, ou ainda, atípicos,⁴² ou mesmo, como preferem alguns, perfurados, imperfurados e ausentes.⁴³ Os ausentes, constituem-se em raríssimos casos de ausência congênita de hímen.⁴⁴

A constatação da ruptura é imprescindível para a configuração do delito. Ela, contudo, pode se dar sem a necessária cópula. São os casos em que há o rompimento decorrente de queda, moléstia infecciosa, ou mesmo acidental, decorrente de queda ou masturbação. Há ainda os casos em que se fazem presentes os hímens com orifício, perfurados, complacentes. Toleram eles a introdução de pênis sem se romperem, o que traria dúvidas quanto à questão

(40) Orlando Soares. *Sexologia forense*. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1990. p. 153. De se ver que, atualmente, ainda cerca de vinte e oito países consideram moral e legal a remoção cirúrgica do clitóris.

(41) Sebastian Soler. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires : Tipográfica Editora Argentina, 1973. vol. III, p. 295.

(42) Flaminio Fávero, op. cit., p. 211.

(43) Hélio Gomes. *Medicina legal*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1976. p. 471.

(44) Flaminio Fávero, op. cit., p. 207.

do defloramento. Nestes casos, faz-se necessária a presença de outros elementos informadores do crime, tais como a presença de prova testemunhal, demonstrando-se ademais a conduta ilibada da vítima, o namoro sério que mantinha etc.

A idéia da virgindade, na realidade, sempre esteve ligada à pureza que deveria ser inerente às mulheres. Tal pureza, característica das vestais, era, conforme o entendimento ocidental, maculado pela descoberta do sexo. Afirmavam os romanos, *prima venus debet esse cruenta*. Muitas das idéias morais, acerca deste tema, sofreram profundas transformações nos dois últimos quartéis do século vinte. Fato é, que se encontram, ainda hoje, jovens que preferem apenas a masturbação, ou mesmo relações anais, a fim de preservarem a inteireza de seu hímen para a noite de núpcias. Não se pode, contudo, afirmar que se tratam, estas jovens, de virgens, no sentido lato da palavra.

A proteção à virgindade, segundo muitos, *contraria forma* à da honestidade, repousaria no interesse público de proteção de determinadas pessoas. Dessa forma, nenhuma censura poderia ser feita, vez que tal proteção visa a evitar o desregramento dos costumes, a insensibilidade moral, com evidentes reflexos sociais, não se configurando, pois, qualquer espécie de discriminação.⁴⁵

Ora, tal afirmação entra em choque com o até aqui sustentado. Ao pretender-se a proteção a costumes e moralidade pública, recair-se-á na situação vivida atualmente no Brasil. Deve, o Direito Penal soltar as amarras que o ligam a tais conceitos, indo além, preocupando-se com os aspectos unicamente da liberdade. É fato, que deva haver proteção à menoridade, compreendendo que ela está aquém do mínimo de maturidade exigido para uma autodeterminação.⁴⁶ Nesses casos, a avaliação do consenso/discenso, dá-se de forma diferente, vez que o grau de percepção infantil deve ser levado em conta. Não se chegando às raias da chamada violência presumida, deve se dar, às crianças, proteção mais ampla em sua liberdade (sexual), já que, por vezes, estas não sabem bem utilizá-la.

5.3 Prostituição

O tema da prostituição, bem como os temas ligados à sexualidade, foram encarados de forma diversa, dependentemente quanto ao tempo e a sociedade. Este, entretanto, por ser mais carregado de uma aura de mistério, requererá maiores linhas quanto à sua análise.

⁽⁴⁵⁾ Luis Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 193.

⁽⁴⁶⁾ Aqui, de se mencionar, aliás, que muito mais completa é a proteção do bem jurídico na Alemanha, onde se tem a liberdade e a autodeterminação sexual sob guarda do Direito Penal.

A dita "mais antiga das profissões", na verdade, sempre acompanhou o homem na sua longa viagem até os dias de hoje. A prostituição, nesse andamento histórico, foi tida das mais diferentes formas, ora mediante paga, ora por mera graça a hóspedes, ora ainda por necessidade sacra (tais como a prostituição sagrada, prostituição hospitaleira e prostituição legal).

De toda a sorte, é de se ver que a origem do vernáculo já dá mostra do teor dessa atividade. A derivação latina de *Pro* e *Statuore* (expor-se, oferecer-se) denota o ato do oferecimento sexual tão diversamente entendido conforme a época e a sociedade.

Desde a Caldea e Babilônia, junto à Terra de Hur, berço primeiro da civilização, a população selvática tinha por hábito, além do oferecimento do leito e da mesa, as próprias mulheres da casa. Semelhante conduta também foi freqüente, ao depois, junto aos povos do deserto. A ela se dá a alcunha de prostituição hospitaleira.

Já na Fenícia, o ato sexual imiscuiu-se com o sagrado. A adoração a seus deuses, e, em especial a Astarte, propiciava, em seus templos, a entrega das sacerdotisas aos forasteiros, motivo, para elas, de grande mérito.

No Egito, ganhou a prostituição mera feição de mercado. Não se fazia presente a hospitalidade do ato da mulher dar-se a alguém. Firmava-se assim, a prostituição legal. Entretanto, foi só em Atenas, Grécia, que a prostituição legal ganhou ares maiores da intervenção estatal. Solon, ciente de que apenas os sacerdotes arrecadavam o fruto da prostituição, instituiu seu *Dicterion*, estabelecimentos públicos e municipais de prostituição, mantido às expensas do governo, o qual concedia a entrada por um preço estabelecido, a quem desejasse, por uma hora, gozar dos amores das jovens, revertendo parte dos lucros em benefício do Estado.⁴⁷

Os próprios relatos nos textos bíblicos, são feitos de forma profundamente crítica. Os primeiros livros do Velho Testamento meramente explicitam atos de meretrício por parte de Tamar (Gen. 38:15); a proibição do Senhor dita a Moisés para que os sacerdotes não tomassem mulher prostituta ou desonrada (Lev. 21:7); a proibição de não se trazer salário de prostituição à casa do Senhor (Deut. 23:18). Quando não espezinhado o comércio do sexo, a *Bíblia* traz a descrição do arrependimento e redenção de Raabe (Josué 2:1), além da obrigatória menção da figura arrependida de Maria Madalena (Luc. 7:36-50).⁴⁸

⁽⁴⁷⁾ N. M. Boiron. *La prostitution - Dans l'histoire - Devant le droit - Devant l'opinion*. Paris : Berger-Levrault, 1926. p. 16 *et seq.*, Parent Douchattelet et alii. *História da Prostituição*. São Paulo : Antonio de Carvalho, s.d. p. 44.

⁽⁴⁸⁾ Cf., a esse respeito, a crítica quanto à figura de Madalena feita por, John D. Davis. *Diccionario da Biblia*. Trad. Rev. J. R. Carvalho Braga. Rio de Janeiro : Centro Brasileiro de Publicidade, 1928. p. 611.

Nos tempos de Roma também não foi a prostituição desconhecida. Sob a própria lenda originária de Roma pendem rumores acerca de prostitutas. Historiadores vários, a se saber, Valério, Aurélio Victos, Aulo Gélío e Macróbio, sustentam que a loba que teria amamentado Remo e Rômulo era, em verdade, uma meretriz de nome Acca Lourença, esposa de um pastor que os teria encontrado e adotado. Ter-se-ia dado a ela o nome de “loba”, vez ser este o nome dado às prostitutas de então. “Luperciais” eram as festas obscenas celebradas em Roma até o século V e “lupanares” as casas onde se dava a venda de seus corpos.⁴⁹ As orgias e as festas da carne foram freqüentes naqueles dias. Calígola, um dos mais devassos Césares, foi o primeiro a, em Roma, impor um imposto de um oitavo sobre os ganhos diários de cada mulher pública e todo os indivíduos que delas tirassem benefícios. Estabeleceu também um lupanar público em seu palácios.⁵⁰

Somente foi com a ascensão dos imperadores cristãos que a prostituição passou a ser encarada com reservas. Constantino, o primeiro deles, guiou o Império pelos princípios do cristianismo, com o espírito de corrigir a moral, condenando os vícios que se opunham à honestidade pública. Algumas leis do período a isso refletem, influenciando indiretamente a prostituição. Entretanto, é de se ver que ainda Constantino tolerou a existência das casas de prostituição baseado nas considerações de Solon. Sestércios, mesmo na antiga Roma tentando se purificar, ainda eram sestércios.

Em épocas modernas, foi a venda dos corpos elevada a patamares dignos dos povos pagãos da antigüidade. Íncobos e súcubos poucas vezes desfrutaram de tamanha liberdade. Dos Estados de Orleans, de meados do século XV até a Revolução de 1789, freqüente foi a presença das cortesãs em França,⁵¹ sendo que, mesmo ao depois, no período napoleônico continuaram elas a exercitar seu modo de vida, chegando, ainda presentes, a dias de hoje.

Não diferente é o problema na órbita penal. O conceito quanto à prostituição não é, nem nunca foi, tido como pacífico. Exemplo máximo do que a sociedade moralista entende por mulher desonesta,⁵² a melhor compreensão do que a lei

(49) N. M. Boiron, op. cit., p. 20 *et seq.*, Parent Douchattelet et alii, op. cit., p. 85.

(50) N. M. Boiron, op. cit., p. 23 *et seq.*

(51) N. M. Boiron, op. cit., p. 49 *et seq.*, Parent Douchattelet et alii, op. cit., p. 302 *et seq.*

(52) No sentido de que uma mulher pode, eventualmente ganhar de seu corpo, sem se prostituir, é válida a distinção que faz Nicolò Tomaseo entre meretriz e prostituta: “la prima guadagua del corpo suo, mereo; la seconda, per guadagno e per libidine, si mette in mostra, e provoca a sozzure, prostat: è piu comune, piu sfacciata. Ogni abbracciamanto venalle è meretricio, prostituzione non è. Le meretrici di caro prezzo non sonno prostitute; le prostitute da genitori o dai mariti, que nulla guadagnan per sè, non meritano l’altro nome. Le prostitute, nei templi pagani per atto de devovione, meretrici non erano; e si credevano far opera meritoria”. G. Rigutini. *Dizionario dei sinonimi della lingua italiana: revisto e aumentato.*

deve ter por prostituta, parece ser a de que, consiste ela, na mulher que exerce atividade sexual fora do matrimônio, habitualmente, tendo em vista o lucro,⁵³ com qualquer pessoa que a solicite, sendo característica básica dessa prática, a profissionalidade.⁵⁴ Criminologicamente, entretanto, parece ser a definição da prostituição como sendo a entrega corporal por motivos distintos do amoroso, vez que, os sentimentos, ao revés da sexualidade material, não podem ser prostituídos.⁵⁵

Mais do que tudo, percebe-se, pelo movimento pendular da história, que, durante anos, diversas legislações, atreladas a uma ferrenha moralidade judaico-cristã, puniram a prostituição.⁵⁶ Entretanto, mais do que isso, foi o real medo das enfermidades sexualmente transmissíveis que primeiramente motivou a repressão e a regulamentação dessa atividade. Em Avignon, no ano de 1347, e em Frankfurt am Main, em 1354, o argumento higiênico começou a figurar antes do ético.

No decorrer do século vinte profundas alterações ocorreram. Na Inglaterra, após as considerações quanto à prostituição, levadas a cabo pelo *Wolfenden Report*, o qual concluiu, à unanimidade, que a prostituição não deveria ser considerada ilegal, mas que a lei deveria afastá-la das ruas, onde poderia ofender ao senso comum dos cidadãos, foi ela regulamentada, em 1959, através do *Street Offences Act*.⁵⁷

Na Itália, em 20.02.1958, deu-se a promulgação da Lei Merlin, a qual pretendia a abolição da regulamentação do meretrício e luta contra o aproveitamento da prostituição de outrém.⁵⁸ A partir dela, para a lei peninsular, novo enquadramento devia ter a matéria. Não se tratava de tentativa de se acabar com o fenômeno da prostituição, mas apenas e tão-só o de se abolir um mercado em que a mulher era vista como mercadoria.

(53) O lucro aqui entendido, não é só o econômico, mas consiste-se sim, em qualquer vantagem alcançada.

(54) "Prostituzione". *Enciclopedia Cattolica*, vol. X, col. 161. Na língua portuguesa não é costume distinguir os vários vocábulos com que se denomina a prostituta. Rui, num curto porém incisivo artigo, utiliza 22 sinônimos para a palavra. Rui Barbosa. "Pornéia". *Revista da Língua Portuguesa* 32, nov., 1934. Mais do que isso, quase uma centena são os sinônimos de meretriz apresentados por Aurélio Buarque de Holanda em seu *Novo Dicionário Aurélio*, muitos dos quais, conforme adverte o autor, brasileirismos populares ou de gíria, e outros, lusitanismos.

(55) Armand Mergen. "La prostitución". *Sexualidad y crimen*. Madrid : Reus, 1969. p. 169.

(56) Cf., entre outros, o Código Penal prussiano, art. 999 a 1025; o Código Penal Imperial alemão, de 1871, §§ 361 e 362; a Lei prussiana de 02.07.1900.

(57) Cfr., Karl Prehaz Natscheradetz, op. cit., p. 22.

(58) Cf., Pietro Nuvolone. "Sul concetto di prostituzione". *Trent'anni di diritto e procedura penale*. Padova : Cedam, 1969. vol. 2, p. 955.

Confirmando a não possibilidade da regulamentação de semelhante ofício, tendeu a Lei Merlin a restringir sua atuação.⁵⁹

Em Espanha, mesmo após a incidência do Decreto-lei de 03.03.1956, o qual pretendia a abolição da prostituição,⁶⁰ é de se ver que o seu simples exercício ainda que considerado sintoma de perigosidade social, nunca foi tido como delito.⁶¹ A reforma penal levada a termo em 1995, tendo em conta de que não há de se recriminar condutas executadas livremente, também não veio a punir o mero comércio corporal. Tipos penais vários, entretanto, foram inseridos no novo Código, em seu Livro II, Título VIII – *Delitos contra la libertad sexual*, Capítulo V – *De los delitos relativos a la prostitución*, o qual faz previsões a quem favoreça ou induza a prostituição, ou a quem utilize menores para tal fim.

De semelhante modo, a Alemanha reprime a prostituição. São tipos de seu Estatuto Penal a disposição quanto ao favorecimento da prostituição (*Förderung der Prostitution* – § 180a); a exploração da prostituição (*Zuhälterei* – § 181a); o exercício da prostituição em local proibido ou em determinado horário do dia (*Ausübung der verbotenen Prostitution* – § 184a); e também a prostituição perigosa à juventude, quando vizinho à escolas ou outro local freqüentado por menores de dezoito anos, ou mesmo em casa onde habitem menores (*Jugendgefährdende Prostitution* – § 184b).

A legislação brasileira, não de diferente forma, tem se mostrado. Ainda que entendendo ser a atividade do comércio do amor sexual moralmente reprovável, sendo mesmo uma chaga social, não se intentou a reprimenda penal àqueles que venham a praticá-lo. De diversa forma, entretanto, trata a legislação nacional daqueles que pretendam explorar ou favorecer a prostituição alheia.

Assim, mesmo não chegando aos limites de cuidado de outras codificações, entendeu o legislador pátrio, tratar dessa matéria no Título VI – Dos Crimes Contra os Costumes, Capítulo V – Do Lenocínio e do Tráfico de Mulheres. Ali são encontradas previsões contra a exploração sexual, como a mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227); contra o favorecimento da prostituição (art. 228); contra a manutenção de casa de prostituição (art. 229); e mesmo contra o rufianismo (art. 230); e o tráfico de mulheres (art. 231). Tem-se assim, pois, uma quase disposição, em termos sexuais, do teor do art. 149 do CP, o qual trata da redução de alguém a condição análoga à de escravo.

Claro está, contudo, que o que prevê a lei penal brasileira, não é o combate à luxúria ou a devassidão a qual reveste o meretrício. Não. A repressão criminal

(59) Mais recentemente, a Lei de 15.02.1996, restringiu às sanções penais unicamente às condutas sexuais violentas.

(60) É o teor do seu art. 1.º: “Velando por la dignidad de la mujer y en interés de la moral social, se declara tráfico ilícito la prostitución”.

(61) Enrique Orts Berenguer, op. cit., p. 288. Juan Carlos Carbonell Mateu. “Los delitos relativos a la prostitución en el proyecto de Código Penal de 1994”. *Mujer*

dá-se sim, no campo parasitário que viola subversivamente a ordem social e conduz ou mantém não só mulheres, como também homens, em condições semelhantes aos escravos outrora levados a Roma para a servidão sexual dos patrícios. Casos vários atualmente, são relatados, sobre algo que parecia letra morta no Código Penal, vale dizer, o tráfico de mulheres. Verdadeiras escravas levadas ao estrangeiro com grandiosas promessas de emprego, em lá chegando tem seus passaportes retidos por seus proxenetas, sendo obrigadas a servirem de mercadoria para, um dia, poderem voltar a seus lares.

A sociedade, na realidade, sempre conviveu com o fenômeno da prostituição, tolerando-o, de forma mais ou menos aberta. Marro chegou a afirmar que a única diferença entre as mulheres que se vendem e o matrimônio reside no preço e na duração do contrato. Não chegando a tais extremos, Hungria, por sua vez, ainda que admitindo o caráter deletério e pernicioso do mercado carnal do sexo, conclui pela sua necessidade social. De semelhante modo e a seu tempo, São Tomás de Aquino já mencionava que a prostituição é comparável à cloaca de um palácio: removida aquela, torna-se este um lugar fétido e impuro. Não pregando nem uma proibição radical, como prefeririam os guardas pretorianos do pudor, nem mesmo um desenfreado liberalismo, mais a gosto dos devassos, conclui ele por uma liberdade vigiada da prostituição (como, aliás, ocorre na Alemanha). Não sua regulamentação oficial, mas sim, um confinamento das meretrizes deixadas à sua própria iniciativa, a locais onde não venham a ferir o pundonor público, pareceria uma correta solução para semelhante problema.⁶²

Não foi essa idéia, no entanto, inédita. De há muito, três foram os sistemas adotados pelos diversos Estados para tratar da prostituição: o da regulamentação ou da liberdade controlada; o da permissão irrestrita e o da proibição radical.⁶³ Variando das comunidades dominadas por jesuitismo santarrão àquelas mais próximas de uma Sodoma ou Gomorra, mais recentemente várias posições têm se dado pela regulamentação da prostituição em certas áreas.

Como entender pois, em dias modernos, semelhante situação? Como vislumbrar a banalização comercial do amor? É certo que a sociedade atual ainda se mostra, em diversas localidades, tão moralista quanto em outras épocas. Entretanto, inegável é o fato de que banalizado foi o sexo, como também banalizada foi a erotização da sociedade. Pretender-se entender a prostituição como um desafogadouro social, restringindo sua presença a "ilhas de prazer" chega a ser verdadeiramente uma hipocrisia moral, a não ser que tenha como

y derecho penal. Virgilio Latorre (Coord.). Valencia : Tirant lo Blanch, 1995. p. 83 *et seq.*

(62) Nélson Hungria e Romão Côrtes de Lacerda. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1959. vol. VIII, p. 270 *et seq.*

(63) Cf., Nélson Hungria e Romão Côrtes de Lacerda, *op. cit.*, p. 272, nota de rodapé. E. Magalhães Noronha. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1986. p. 243 *et seq.*

escopo a proteção a ser dada a crianças ou jovens ainda em formação, como se dá na legislação alemã. Esta parece ser a maior, senão única justificativa atual a uma vigilância a tal fenômeno.

A sua repressão não é de se dar mediante aplicações do Direito Penal, vez que este, como já se frisou, não deve intervir em atos livres e espontâneos. Mais uma vez aqui, se faz presente a separação que deve ocorrer entre moral e direito. A prostituição de per si, não há de ser combatida pelo Direito Penal, ou mesmo pelo Direito Penal sexual. O máximo a ser admitido, tal qual se dá na Alemanha, é uma limitação de seu exercício, mas apenas e tão-só, visando à proteção da inocência infantil. Não devem ser admitidas tipificações penais lastreadas unicamente em ponderações morais de sociedades, as quais vergam-se de lado a outro, conforme tenda o pêndulo da história.

6. Limites de um Direito Penal sexual

Ao se pretender gizar os contornos do Direito Penal sexual, ou mesmo traçar diretrizes básicas para um novo Direito Penal sexual, fundamental se faz a pormenorizada análise do conteúdo ou da carga moral deste ramo da ciência criminal.

Durante anos bateu-se, a legislação alienígena, sobre os devidos bens a serem protegidos pelo Direito Penal sexual. Da honestidade à moralidade pública, da proteção do desenvolvimento sexual dos jovens ao conceito de conduta sexual, dos bons costumes enfim, à proteção da liberdade sexual, muito caminhou a doutrina por uma correta delimitação da objetividade jurídica.⁶⁴

Que se justifique a influência cristã no Direito Penal. Que se justifique todo o conteúdo mítico da sexualidade. Que se justifique, enfim, toda a trama psicológica que torna difícil o trato destes assuntos. Ora, em tempos de hoje, nenhuma destas, ou de outras justificativas, imporiam aspectos morais a serem, pela lei penal, aplicados. Idos são os tempos em que os imperativos categóricos de Kant reinavam absolutos.⁶⁵ Idos também, são os tempos em que poder-se-ia admitir a intromissão, na seara penalística, de aspectos tão volúveis quanto os morais.⁶⁶

Em verdade, e clara de se ver, está a diferenciação entre as teses tradicionais e modernas quanto à percepção desta influência moral no Direito Penal sexual. De modo extremo simplista, defendem, as teses tradicionais, uma (pseudo)

⁽⁶⁴⁾ Por todos, cf., Karl Prehaz Natscheradetz, op. cit., p. 118 *et seq.*

⁽⁶⁵⁾ Cf., Jürgen Habermas. *Teoria della morale*, cit., p. 49 *et seq.*

⁽⁶⁶⁾ "Não se pode considerar também, as 'concepções morais dominantes' como um bem jurídico coletivo". Claus Roxin. *Derecho penal - Parte general*, t. I. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid : Civitas. 1997. p. 54.

proteção da moral sexual social, outorgando ao direito repressivo, o condão de cêrbero da sociedade. Pretendem, também a proteção de valores éticos sociais e da pureza e da saúde da vida sexual. Já se viu, à exaustão, que o Direito Penal moderno não mais se prontifica a tal empresa. Limitado a *ultima ratio*, não mais é de se admitir sua indistinta aplicação, dominado, pois, por aspectos morais. Nesse sentido, aliás, é que caminham as teses modernas do conteúdo moral do Direito Penal. Segundo elas, é de se dar clara a separação entre direito e moral.⁶⁷ Com isso em mente, de forma mais fácil conseguir-se-ia a “edificação” de um “moderno Direito Penal sexual”.⁶⁸

Mas quais seriam os pressupostos desse direito almejado? Deveria ele, sim, buscar a proteção de bem jurídico definido, delimitável (qual a liberdade de autodeterminação sexual). Deveria também, combater o conceito de nocividade social, restringindo-se, unicamente, a um mínimo indispensável, garantindo, pois, a esfera íntima, onde descabida é a intromissão do Estado. Por fim, deveria ele entender, como já se viu na questão do homossexualismo e da prostituição, que não pode o Estado intrometer-se entre relações de adultos dotados de plena capacidade de autodeterminação, vez que são estes, responsáveis por seus próprios atos.

Mais do que tudo, é a dignidade da pessoa humana que é posta a cuidado. Protegida constitucionalmente, a dignidade engloba diversas facetas, dentre as quais a sexual. Não se trata aqui, de entendimento moral. A quebra da possibilidade de autodeterminação sexual, infringe, ao violado, imposição que lhe ataca íntima e socialmente. Não se imagina permitir ataques dessa ordem, sendo justificável, para rebate à violência, a intervenção estatal.

Dessa forma, com estas idéias orientadoras, talvez se possa intentar a uma nova óptica penal sexual, desvinculada de velhas, ultrapassadas e arcaicas tendências, buscando, mesmo, como padrão de norte, as regras constitucionais da dignidade humana.

7. A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, a chamada “carta cidadã”, extremamente rica em direitos e garantias individuais, estabelece, como já mencionado, diversas vedações quanto a preconceitos. Assim, o art. 5.º, XLI, prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, enquanto que o mesmo artigo, em seu inc. XLII, estabelece que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

(67) Cf., Maria da Conceição Ferreira da Cunha, op. cit., p. 147 *et seq.*

(68) Cf., Jose Luis Díez Ripolles, *El Derecho penal ante el sexo*. Barcelona : Bosch, 1981. p. 12 *et seq.*

Ora, a diferenciação, estabelecida pela lei penal entre mulher honesta e mulher não honesta, consiste sim, em uma clara manifestação de discriminação à figura da mulher, tida esta como cidadã. Merecem tanto a mulher honesta, como a não assim considerada, proteção contra a violência física ou moral.⁶⁹

Na realidade, o texto constitucional nunca estabeleceu ou permitiu a ocorrência de tamanha discriminação. A Carta consolidada de 1969, afirmava, em seu art. 153, § 1.º, que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”, repetindo pois, o já disposto na Constituição de 1967, em seu art. 150, § 1.º. A Constituição de 1946, de maneira mais concisa, previa, em seu art. 141, § 1.º, que “todos são iguais perante a lei”, repetindo, de igual forma, a previsão contida no texto de 1937 (art. 122, item 1.º). A Constituição de 1934 estabelecia, por sua vez, que “todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas” (art. 113, item 1.º). O primeiro texto constitucional republicano, de 1891, dispunha, em seu art. 72, § 2.º: “todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”. Mesmo no Império, desconhecido era o preconceito relativo ao estado das pessoas consideradas como cidadãs, muito menos quanto a sua honestidade. Previa o seu art. 179, item 13: “a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

Como se explicar, então, a existência, na lei penal, da distinção protetora entre as mulheres honestas e as tidas como não-honestas? A melhor resposta parece, segundo idéia clássica, ser a dada pelas *kulturnormen*, descritas na teoria sinônima de Max E. Mayer. Segundo ele, existem normas ditadas meramente pelo convívio social, derivando da cultura de cada povo. Não sendo escritas, elas meramente se inserem no saber coletivo, havendo, pois, íntima relação entre cultura e sociedade. Enfim, por “normas de cultura”, entendem-se as proibições ou mandamentos, por meio das quais uma sociedade exige conduta correspondente aos seus interesses, inserindo-se aí, as normas de natureza religiosa, moral, de intercâmbio material e moral, econômico ou social, de cultura agrária, militar, técnica, acadêmica etc.⁷⁰ O que parece ocorrer, *in casu*, foi a transposição, à lei penal, de uma destas normas de cultura, vale dizer, relativa a uma maior proteção que devem ter as mulheres honestas, frente àquelas assim não consideradas pela sociedade.

(69) Karl Prelhaz Natscheradetz, op. cit., p. 118 *et seq.*

(70) Néelson Hungria, op. cit., vol. II, p. 23.

Indo ao encontro desta tese, é de se ver que a lei civil prevê, em seu art. 1.548, II, que: "A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não puder reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado. II - Se mulher honesta, for violentada ou aterrada por ameaças". Ora, como analisar a proteção (agora civilmente encarada) sobre a honra da mulher, se esta se dá de forma diferente, conforme seja o seu conceito ou caráter de honestidade. Este, somente pode dar-se em razão da moral da sociedade. Clóvis afirma, nesse sentido, que "a violência contra a mulher desonesta, não constitui ofensa a honra; mas não deixa de ser um ato ilícito, que a lei penal reprime, e a civil considera dano reparável. Não se regula a espécie pelo art. 1.548, mas está submetida aos preceitos gerais (art. 1.549)".⁷¹

Ora, isso ocorria em tempos idos. Hoje não mais. Normas de cultura não podem vir a impor limites à atuação do Estado. A profunda interferência da moral nos assuntos penais causou, ao longo da história, mais efeitos deletérios do que benéficos. A assertiva comumente aplicada de que a sociedade moderna encontra-se no estado em que está pela perda de seu referencial moral pode até ser encarada como verdadeira, mas que não se diga que a retirada dos aspectos morais da lei penal veio nisso influir. Que se lembre, o direito repressivo deve unicamente vir a proteger bens jurídicos, sem pretender impor, didaticamente, valores de todo suscetíveis.

Constitucionalmente portanto, e como se viu, não se faz mais possível a manutenção penal de uma exigência, qual a honestidade da mulher, para certas tipificações penais. Consagrado pela lei maior, é a igualdade entre homens e mulheres, tidas estas como "honestas" e "não-honestas". Não mais há de subsistir, em um Estado Democrático de Direito, o entendimento de diferenciação legal de direitos e garantias relativas à intimidade dos sujeitos passivos de um crime.

8. Conclusões

É de se ter, portanto, que considerações mais recentes têm entendido que o objetivo fim do Direito Penal é a proteção a bens jurídicos. Isso leva a inarredável conclusão de que, como a moral não é um bem jurídico, não lhe devem caber disposições penais.⁷² Ora, vez que a "honestidade da mulher" aqui

⁽⁷¹⁾ Clóvis Beviláqua. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1957. vol. V, p. 255. Se isso era admitido aos tempos de Clóvis, hoje assim mais não o é. De igual forma impensável e de causar ojeriza, é a pretensa reparação do crime contra a liberdade sexual pelo casamento. Abandonado que está o caráter moral do tipo, abandonado também deverá estar a pseudo reparação moral que é tida, ainda hoje, como causa de extinção da punibilidade.

⁽⁷²⁾ Claus Roxin, op. cit., p. 7. Jose Luis Díez Ripolles. *El derecho penal ante el sexo*, cit., p. 105.

tratada, nada mais é do que uma observação moral quanto à eventual condição da vítima, não parece ter ela lugar no moderno direito repressivo. Mais do que “moral” e dos “bons costumes”, o direito comparado tende a ter como bens juridicamente protegidos a liberdade e a autodeterminação sexual. O entendimento da criminalidade sexual tem sofrido profunda evolução. O conceito de “bons costumes”, como bem jurídico protegido pela lei brasileira, também muito já mudou, mas não ainda o bastante.

Já ensinava Gómez que “no és posible establecer, en abstracto, cuándo una mujer debe ser considerada honesta para los fines de la aplicación del precepto legal que se viene estudiando. Se trata de cuestión de hecho que los Tribunais resolverán con prudente arbitrio, en cada caso. Lo que es absolutamente necessário es comprobar la honestidade de la víctima, pues, si ella falta, desaparece el fundamento de la incriminación. En otros términos, no existe delito”.⁷³ Deixar ao arbítrio dos tribunais, todavia, não parece ser o melhor caminho. A declaração de um estado de não honestidade, consiste verdadeiramente em um preconceito. Mais do que resguardar uma pseudo-honestidade feminina, a estipulação desta condição poderá, em certos casos, vir a transformar uma vítima em verdadeira ré.

Dessa forma, antes de tudo, é de se ver que os conteúdos dos conceitos de “pudor”, “moral”, “bons costumes”, “decência” e “honestidade” não mais podem ser tidos para uma avaliação do Direito Penal sexual.⁷⁴

A honestidade imiscui-se com elementos outros, quais sejam, a prostituição, o homossexualismo e a virgindade. Tais elementos já não mais são admitidos como de consideração prévia ao Direito Penal. Considerações penais quanto se é, ou não, uma mulher tida como “honesta”, não podem mais subsistir nos dias de hoje. O bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal sexual, enfim, é a de uma liberdade de autodeterminação sexual. Frente a ataques ou a agressões⁷⁵ a esta, aí sim, caberá a intervenção estatal.

Por tudo isso, para evitar-se, além de dificuldades inteiramente desnecessárias na conceituação do preconceito quanto à honestidade feminina, e sem perder de vista o escopo da lei e o complexo de ofensas contido na norma, devem ser abolidos o requisito de honestidade, bem como quaisquer aspectos morais dos tipos legais. Não mais podem ser aceitos, no direito repressivo, conceitos apriorísticos, os quais não se adequam, de forma alguma, ao escopo do moderno Direito Penal. Honra e moral têm outros campos a percorrer do que o das ciências penais. A sociedade pode ter, para si, que o conceito de honra

(73) Eusebio Gómez. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Companhia Argentina de Editores, 1940. vol. 3, p. 136.

(74) Cf., Jose Diéz Ripolles. *Exhibicionismo, pornografia y otras condutas sexuales provocadoras*, cit., p. 4 et seq.

(75) Luiz Regis Prado, op. cit., p. 51.

varia, ainda hoje, em relação ao homem e a mulher.⁷⁶ Para o homem seria a honra patrimonial, para a mulher, a sexual.⁷⁷ Mas isso não deve ter nenhuma relevância, senão sociológica.

De igual forma, seguindo a orientação mundial, deve a legislação nacional, *de lege ferenda*, restringir o âmbito de aplicação da norma penal sexual apenas e tão-só às atitudes praticadas com violência ou grave ameaça, violentando-se, mesmo, o princípio da dignidade humana. A exemplo do que já fizeram outras legislações, como a alemã, deve-se pretender uma tipificação genérica, tanto para homens, quanto para mulheres. A criação de tipos indistintos a homens e mulheres, forçosamente, conduzirá, conforme o pensamento germânico parece demonstrar, a maior rigor científico do Direito Penal sexual vez que, não mais, aspectos morais, darão o norte da linha de pensar. A liberdade sexual, um dos mais sutis e difíceis bens a se proteger pela técnica sempre tosca do Direito Penal, deve ser guarnecida por este direito, mas sempre em *ultima ratio*.⁷⁸

Da mesma forma, o escopo é intentar-se a exclusão da lei brasileira, de toda a sorte de resquícios de aspectos morais. Um passo nesse sentido já foi dado, ao pretenderem, os últimos anteprojetos de parte especial apresentados ao Congresso Nacional, proteger a dignidade sexual. De se constatar, contudo, que os tipos penais de *per si*, nele mencionados, ainda guardam excessiva carga de aspecto moral.

(76) Isso, em certa perspectiva, também viola os pressupostos constitucionais. Cf. art. 5.º, I, CF: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

(77) Flaminio Fávero. *Medicina legal*. São Paulo : Martins, 1962. vol. 2, p. 307. Conforme Schopenhauer, "na mulher solteira a honra se baseia na confiança que sua pureza emana, na casada a fidelidade ao seu marido". Arthur Schopenhauer. *A vontade de amar*. Trad. Aurélio de Oliveira. Rio de Janeiro : Tecnoprint, s.d., p. 63.

(78) Francisco Muñoz Conde, op. cit., p. 175.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

CRIME EM TELECOMUNICAÇÃO¹

FRANCISCO DIAS TEIXEIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 Antecedentes (a Lei 4.117/62); 1.2 Legislação recente (as Leis 9.472/97 e 9.612/98) – 2. O crime em telecomunicação: 2.1 Aspecto administrativo; 2.2 Os tipos penais; 2.3 Radiodifusão comunitária e radiodifusão clandestina; 2.4 Irregularidade e clandestinidade – Aplicabilidade do art. 70 da Lei 4.117/62 no tempo; 2.5 Constitucionalidade da norma penal; 2.6 A norma penal em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – 3. Conclusão.

Resumo: O artigo comenta o tratamento legislativo que vem sendo dado à questão da instalação e operação de rádios, sem a competente autorização administrativa. Analisa a matéria sob o ângulo constitucional e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, concluindo pela inexistência de incompatibilidades entre esses textos e a novel legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Telecomunicações – Radiodifusão clandestina – Radiodifusão comunitária.

1. Introdução

1.1 Antecedentes (a Lei 4.117/62)

Persiste a discussão em torno das chamadas “rádios clandestinas”.² Discutiu-se muito sobre a compatibilidade da norma penal contida no art. 70 da Lei 4.117/62³ com a Carta Política de 1988 e a Convenção Americana sobre Direitos

(1) Seria também adequada a expressão “crime contra o serviço de telecomunicação”. Por outro lado, entendo inadequadas as expressões “crime contra telecomunicação” e “crime de telecomunicação”. Com efeito, nos tipos penais, que serão vistos, a conduta do agente não é lesiva à telecomunicação em si, e nem se refere ao exercício da atividade de telecomunicação, mas ao exercício dessa atividade em desobediência às normas (= serviço público) reguladoras. Ou seja: comete-se o crime em atividade de telecomunicação contra o serviço de telecomunicação, mas não contra a telecomunicação e nem pelo fato de “telecomunicar-se”.

(2) Adiante procurarei determinar o significado legal dessa expressão.

(3) Diz a norma: “Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou

Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que entrou em vigor no Brasil em 25.09.1992 e foi promulgada através do Dec. 678, de 06.11.1992. Com efeito, tanto a nossa Carta Política quanto a Convenção Internacional garantem a liberdade de expressão e traçam diretrizes para regramento dos meios de comunicação, proscrevendo o monopólio deles, e, conseqüentemente, assegurando a democratização do acesso a esses meios e a pluralidade da informação. Com base nisso, os partidários da inconstitucionalidade da norma legal concluem que não apenas a norma penal contida na Lei 4.117/62 mas também os comandos de ordem administrativa ali inseridos conflitam com a Carta Política e a Convenção Internacional, na medida em que, ao condicionar a instalação de radiodifusão a autorização do Poder Público e sujeitar o infrator à sanção penal, dificultam ou impedem a livre expressão, permitem o monopólio dos meios de comunicação e, conseqüentemente, inibem a liberdade de informação.⁴

Realmente, a Lei 4.117/62, denominada “Código Brasileiro de Telecomunicações”, concebia a execução do serviço de radiodifusão apenas sob a forma empresarial (art. 38), não contemplando a hipótese de rádios comunitárias, com finalidade exclusivamente cultural, social ou filantrópica. Assim, ainda que promulgada sob um regime político democrático, esse Estatuto bem serviu ao regime autoritário, permitindo a formação de grandes empresas de telecomunicação, que deram sustentação ideológica àquele regime, e têm demonstrado grande capacidade de se perfilar ao lado do poder estatal e das pessoas que o detêm, nem sempre atendendo aos interesses da sociedade.⁵

Nesse contexto, a norma repressiva contida no art. 70 da Lei 4.117/62, ainda que, sob o aspecto jurídico-penal, não cause estranheza (trata-se de uma norma penal em branco, a exemplo de inúmeras outras existentes no Código Penal e em leis especiais), e ainda mesmo que, em nosso entender, recebida pela Carta

utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta lei e nos regulamentos.”

- (4) A questão não chegou a ser objeto de aprofundamento doutrinário, mas apenas de pronunciamentos jurisprudenciais. Nos juízos de primeiro grau houve uma forte tendência em considerar inconstitucional a lei, tendência essa que, inicialmente, foi seguida por alguns julgados de Tribunais Regionais Federais, mas que vem sendo arrefecida, conforme oportunamente será exemplificado.
- (5) Frequentemente, ao se sustentar a inconstitucionalidade da norma penal coibidora da instalação de radiodifusão sem autorização do Poder Público, argumenta-se que o Dec.-lei 236, de 28.02.1967, que deu nova redação ao art. 70 da Lei 4.117/62, é representativo de um regime autoritário, e, portanto, não se ajusta ao regime democrático, especialmente no que diz respeito à liberdade de expressão adotado pela Carta de 1988. Porém, o referido Decreto-lei, nesse particular, em nada alterou o texto promulgado em 27.08.1962, em regime democrático e por um Governo parlamentar; mas apenas deslocou o comando do art. 78 para o art. 70. Ademais, a conduta já fora prevista no CP, em seu art. 151, § 1.º, IV, e § 2.º, que foi revogado pelo art. 78 da Lei 4.117/62.

de 1988, teve sua aplicabilidade negada por membros do Ministério Público Federal e da Magistratura, principalmente em primeiro grau.

1.2 Legislação recente (as Leis 9.472/97 e 9.612/98)

É proverbial que a sociedade brasileira sofreu enorme transformação após a década de 60. O crescimento da urbanização, a ampliação da rede escolar (principalmente a universitária), a facilitação do acesso à tecnologia, o aumento da demanda pela informação, a diversificação da sociedade e, sobretudo, a democratização do Estado são causas que levavam ao total obsoletismo da Lei 4.117/62, que concebia o serviço de radiodifusão apenas de forma empresarial. Deu-se a proliferação das chamadas “rádios clandestinas”.

Em 17.07.1997, entrou em vigor a Lei 9.472/97, que: “Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da EC 8, de 15.08.1995”, cujo art. 215, I, revogou “a Lei 4.117, de 27.08.1962, salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão”.

Sucessivamente, em 19.02.1998, foi promulgada a Lei 9.612/98, que “Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências”, cujo art. 1.º dispõe: “Denomina-se Serviço de Radiodifusão Comunitária a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço.

§ 1.º Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 *watts* ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros.

§ 2.º Entende-se por cobertura restrita aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro e/ou vila”.

Essa lei veio responder, exatamente, à crítica que se fazia à Lei 4.117/62, que concebia o serviço de radiodifusão apenas sob a forma empresarial e lucrativa, atendendo, pois, à reivindicação no sentido de se possibilitar a instalação das chamadas *rádios comunitárias* ao abrigo da lei, propiciando, de um lado, a saudável multiplicação das emissoras, e evitando, de outro, a sua proliferação clandestina, danosa ao próprio serviço de radiodifusão e de outros serviços que se utilizam do espaço eletromagnético, conforme, por exemplo, a navegação aérea e aparelhos de comunicação utilizados em serviços de emergência.⁶

(6) Em documento que chegou oficialmente ao Ministério Público Federal, Maria de Fátima Chimentão Lemos, engenheira do Dentel, ao responder consulta sobre os

Mas, ou por inércia dos órgãos públicos encarregados de outorgar à entidade interessada autorização para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária (art. 6.º da respectiva lei) ou por recalcitrância dessas entidades em atender às exigências indispensáveis à execução desse serviço, o certo é que as denominadas “rádios comunitárias” continuam funcionando à margem da lei e da fiscalização do Estado, em seu legítimo exercício do poder público e no interesse de toda a sociedade, quanto à utilização racional e segura do espaço eletromagnético.

As delegacias do Ministério das Comunicações, ao tomarem conhecimento dessas rádios, providenciam ordem judicial no sentido de serem apreendidos os respectivos equipamentos, dando-se início à investigação penal.⁷

Surgem, aqui, três indagações: (a) quanto à tipicidade da conduta, tendo-se em vista que a Lei 9.612/98, ao instituir o serviço de radiodifusão comunitária, cominou apenas sanção administrativa (multa) ao fato consistente em fazer operar tal serviço irregularmente; (b) quanto à adequação do fato ao tipo penal previsto no art. 183 da Lei 9.472/97, na medida em que esta norma (do art. 183) refere-se à conduta consistente em “desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação”, mas a atividade do agente, se relacionada à radiodifusão comunitária, não é contemplada pela Lei 9.472/97, e sim, pela Lei 9.612/98; (c) finalmente, persiste a questão atinente à recepção do art. 70 da Lei 4.117/62 pela Constituição de 1988, porque, conforme já mencionado, a Lei 9.472/97 não revogou as normas penais dessa lei e os preceitos relativos à radiodifusão, senão declarou, expressamente, que elas continuam em vigor.

2. O crime em telecomunicação

2.1 Aspecto administrativo

Antes, porém, de se adentrar na questão penal, objeto deste artigo, há que se verificar a legalidade e constitucionalidade da exigência de autorização do Poder Público para se fazer operar radiodifusão. Pois, se tal exigência for

efeitos deletérios das chamadas *rádios clandestinas*, diz: “Para ilustrar o problema ‘interferência prejudicial’, informamos que a maioria das estações irregulares que localizamos, ocorrem (*sic*) através de reclamações, efetuadas por pessoas que não conseguem receber sinais de emissoras de FM nem sintonizar seus aparelhos de televisão; sendo muito comum que elas ocorram até pelo Sindacta, que algumas vezes tem que desligar o sistema de ‘proteção ao voo’, devido a interferências causadas por ‘estações irregulares’, o que coloca em risco todo o tráfego aéreo”.

(7) O par. ún. do art. 70 da Lei 4.117/62 prevê: “Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal”.

inconstitucional, porque o fazer operar serviço de radiodifusão é corolário do direito de liberdade de expressão – conforme sustentam alguns – a inconstitucionalidade do preceito administrativo contamina a norma penal em branco.

A CF, em seu art. 21, XII, *a*, com redação dada pela EC 8, de 15.08.1995, prevê a competência da União para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

Já o art. 223 confere ao Poder Executivo competência para “outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

Tamanho é o valor desse bem (o espectro eletromagnético, por onde se difundem as ondas sonoras do rádio) e tamanha é a relevância do serviço de radiodifusão, que o constituinte reservou ao Congresso Nacional a competência para “apreciar os atos de concessão e renovação de concessão dele ao particular” (art. 49, XII).

Nos termos da Carta Política, a exploração do serviço de radiodifusão compete, pois, à União Federal; e sua autorização, concessão ou permissão a particular é de competência do Poder Público Federal (Executivo e Legislativo). E, conforme é próprio desses institutos de direito administrativo, tal serviço, quando exercido por particular, deverá ficar sob a fiscalização do Poder Público.

Atualmente, a matéria é regulada pela Lei 4.117/62 e pela Lei 9.472/97, porque esta última revogou a primeira, salvo, conforme acima já anotado, a matéria penal e os preceitos relativos à radiodifusão (art. 215, I).

Os serviços de telecomunicação, de que a radiodifusão é espécie, são assim definidos pela Lei 9.472/97:

“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1.º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2.º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.”

Por outro lado, nos termos da Lei 4.117/62 (cujos preceitos referentes à radiodifusão continuam em vigor), as telecomunicações, quanto a seu fim, classificam-se em vários serviços, dentre os quais o de *radiodifusão*. *Verbis*: “serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão” (art. 6.º, *d*).

Em conformidade com o art. 62 da Lei 9.472/97, os serviços de telecomunicações classificam-se, quanto à abrangência, em serviço de interesse coletivo e serviço de interesse restrito. Já o art. 63 diz que esses serviços serão prestados sob o regime jurídico público ou privado.

A exploração do serviço de interesse coletivo, prestado sob o regime jurídico público (art. 64), depende de concessão e está sujeito às normas da Agência Nacional de Telecomunicações (art. 83). Ao passo que os serviços de interesse restrito serão prestados sob o regime privado (art. 67), mediante autorização da Agência (art. 131).

Os serviços de interesse público, cuja prestação poderá ser *concedida* ao particular, que o fará sob o regime jurídico público, estão sujeitos aos princípios estatuídos no art. 79, dentre os quais, a *universalidade*, que consiste em “possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público”.

Por outro lado, os serviços de interesse restrito, cuja prestação será *autorizada* ao particular, que o fará sob regime privado, serão baseados, exclusivamente, “nos princípios constitucionais da atividade econômica” (art. 126), e seus objetivos estão elencados no art. 127 da Lei 9.472/97.

A partir desses conceitos legais, tem-se que o serviço de *radiodifusão comunitária* caracteriza-se como sendo de interesse público. Pouco importa se o serviço é exercido regular ou irregularmente. A circunstância de ser exercido irregularmente pode ter consequências de ordem administrativa ou mesmo penal; porém, não desnatura sua essência, cuja natureza é pública. Também é irrelevante o fato de a Lei 9.612/98 dizer que a instalação de *radiodifusão comunitária* será “autorizada” pelo Poder Concedente (art. 6.º), enquanto que a Lei 9.472/97 prevê a “concessão” para exploração dos serviços de interesse coletivo (arts. 64 e 83), prevendo a “autorização” para os serviços de interesse restrito (art. 67). É que os dois diplomas legais têm objetos diversos: o da Lei 9.472/97 é a atividade empresarial de telecomunicação; o da Lei 9.612/98 é a atividade comunitária de radiodifusão; na primeira, a exploração do serviço de interesse coletivo exige “concessão” do Poder Público, sendo que a mera “autorização” destina-se aos serviços de interesse restrito; na segunda, exatamente por sua natureza comunitária (= interesse público, mesmo que seja um público pequeno), basta a “autorização”.

2.2 Os tipos penais

Conforme acima já assinalado, a Lei 4.117/62 foi apenas parcialmente revogada. Permanecem em vigência a matéria penal não tratada na Lei 9.472/97 e aquela relativa à radiodifusão (art. 215, I).

Portanto, há de se analisar a matéria penal tratada na Lei 9.472/97 para se concluir, por exclusão, qual permanece vigente na Lei 4.117/62.

A Lei 9.472/97 contém um único tipo penal, em seu art. 183, que consiste em “Desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações”, cuja pena é de *dois a quatro anos de detenção*, além de multa.

Já o par. ún. do art. 184 diz que: “Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e exploração de satélite”.

Por seu turno, a Lei 4.117/62 também contém um único tipo penal, em seu art. 70, que consiste em “*instalar ou utilizar telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos*”, cuja pena prevista é de *detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiros*.

A diferença básica entre as condutas previstas na antiga e na nova lei consiste em que, na primeira, o crime caracteriza-se com o simples fato de instalar aparelho de telecomunicação e *não se observar exigências previstas na lei ou no regulamento*; na segunda, apenas se *desenvolver a atividade de telecomunicação, clandestinamente, ou seja, sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço* o fato é considerado criminoso. Observa-se, pois, que a segunda conduta expõe a sociedade a maior perigo, porque o agente sequer dispõe da outorga do Poder Público, enquanto que a primeira consiste apenas em inobservância de normas legais ou regulamentares, supondo, assim, a outorga do Poder Público, mas a não obediência às respectivas condições. Por isso, a pena cominada à segunda conduta é significativamente maior.

Conclui-se, pois, que os dois preceitos penais dizem respeito a fatos diversos. Ou seja: a Lei 9.472/97, ao dispor sobre a matéria penal, não trata do fato consistente em instalar serviço de telecomunicação em desacordo com as exigências legais e regulamentares (o que pressupõe a concessão, permissão ou autorização), mas apenas trata do fato de maior gravidade, consistente em desenvolver atividade de telecomunicação clandestinamente (sem a necessária concessão, permissão ou autorização). Já a Lei 4.117/62 prevê, exatamente, a conduta consistente em desobedecer as exigências legais e regulamentares, na execução de serviço de radiodifusão. Há, pois, compatibilidade entre os dois diplomas penais, e, portanto, eles coexistem.

Trata-se, ademais, em ambos os casos, em seu tipo-base (art. 183 da Lei 9.472/97): “Desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações”; art. 70 da Lei 4.117/62: “*Instalar ou utilizar telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos*”, de *crime de mera conduta*, cujos tipos não supõem a ocorrência de dano. O dano, se verificado, constitui-se em causa de aumento da pena, nos exatos termos constantes de ambos os dispositivos legais: “aumentada (a pena) da metade se houver dano a terceiro”.⁸

(8) Mirabete, de forma sintética e clara, diz: “Nos crimes de mera conduta (ou de simples atividade) a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se

Assim, *data venia*, não tem apoio na lei uma jurisprudência que vinha firmando-se (agora já mais esparsa), segundo a qual a instalação de radiodifusão de baixa potência, com fins culturais, sem autorização do Poder Público, não é fato típico, se não acarreta dano a terceiro.⁹ Ora, “baixa potência” é aquela prevista nas normas regulamentares, a cargo do Executivo, e agora previsto na própria lei (25 watts ERP – § 1.º do art. 1.º da Lei 9.612/98); não qualquer outra a critério do Judiciário. E a finalidade da rádio não descaracteriza o tipo, se instalada clandestinamente. Poderá ser relevante para a dosagem da pena.

Esse entendimento, por nós sustentado mesmo antes da promulgação das Leis 9.472/97 e 9.612/98, parece que vem-se consolidando na jurisprudência dos tribunais regionais, conforme se vê nas ementas abaixo transcritas:

“Agravamento de instrumento. Funcionamento de radiodifusão. Art. 223 da CF/88. Concessão. 1. Não é permitido o funcionamento de radiodifusão que não detenha concessão, permissão ou autorização concedida pelo Poder Executivo. 2. Não cabe ao Judiciário suprir a permissão para funcionamento do serviço público restrito, de radiodifusão, que, segundo a lei, só pode ser concedido pelo Conselho Nacional de Telecomunicações” (TRF 4.ª Reg., 3.ª T., ac. 1997.04.48640-5, j. 06.11.1997, rela. Juíza Luíza Dias Cassales, DJ 03.12.1997, p. 5.038).

“Processo penal. *Habeas corpus*. Exploração de rádio sem autorização legal. Lei 9.612/98. Ato que constitui crime em tese. Art. 70 da Lei 4.117/62. Ausência de prova de baixa potência da emissora. 1. Mesmo em se tratando de rádio comunitária, indispensável a autorização para seu funcionamento,

com a ação ou omissão do agente. Não sendo relevante o resultado material, há uma ofensa (de dano ou de perigo) presumida pela lei diante da prática da conduta”. Diversamente do *crime formal*, no qual “não há necessidade de realização daquilo que é pretendido pelo agente, e o resultado previsto no tipo ocorre ao mesmo tempo em que se desenrola a conduta” (Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal*, 3. ed., Atlas, vol. 1, p. 133). Ora, ao fazer funcionar clandestina ou irregularmente radiodifusão, o agente não “pretende” nenhum resultado danoso, mas, com sua *mera conduta*, expõe a perigo (abstrato) a população que utiliza serviços prestados por meio do espectro eletromagnético.

O TRF da 3.ª Reg., em acórdão do qual foi rel. Juiz Sinval Antunes, deixou assentado, na emenda do acórdão, que “(...) III – A operação de estação de rádio sem a devida autorização do Dentel constitui delito de natureza formal que configura-se com a simples utilização do equipamento sem a observância da regulamentação específica, independentemente do objeto do agente” (1.ª T., ac. 94.03.041564-9, j. 22.11.1994, DJ 14.02.1995, p. 6.024).

(9) São representativos dessa jurisprudência as seguintes ementas:

“Penal. Código Brasileiro de Telecomunicações. Lei 4.117/62. Rádio clandestina. 1. Instalação de aparelho rádiotransmissor de pequena potência incapaz de interferir nos normais meios de comunicação, com o propósito de auxiliar a comunidade, não

nos termos da Lei 9.612/98, o que não constitui, conforme reiteradamente decidido pela Turma, violação à norma constitucional que garante a liberdade de expressão. 2. Destinando-se o *habeas corpus* à proteção do direito de locomoção, incabível sua extensão para garantir direito de propriedade ou de explorar emissora de rádio sem autorização administrativa. 3. Ausente prova de baixa potência da emissora, hipótese em que não incidiria a norma incriminadora, à falta de potencial lesivo ao sistema de telecomunicações, deve ser cassada a ordem de *habeas corpus* que traduz, em síntese, autorização judicial para funcionamento da emissora de rádio, em verdadeira usurpação de competência da Administração, prevista na Constituição. 4. Remessa a que se dá provimento, prejudicados os recursos da União Federal e do Ministério Público" (TRF 1.ª Reg., 3.ª T., ac. 1998.01.00.029335-5, j. 02.09.1998, rel. Juiz Osmar Tognolo, DJ 29.08.1998, p. 187).

"Penal e processo penal. Crime contra os serviços de telecomunicações. Art. 70 da Lei 4.117/62, de 1962. Denúncia. Rejeição. Crime em tese. Princípio da insignificância. Suspensão condicional do Processo. I – A instalação e utilização

se constitui no delito do art. 70 da lei específica. 2. Ausência de dolo que autoriza a absolvição. 3. Apelo provido" (TRF 1.ª Reg., 4.ª T., ac. 94.01.00.09468-3, j. 13.11.1995, rela. Juíza Eliana Calmon, DJ 07.12.1995, p. 85.229).

"(...) 2. A figura penal do art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações não abarca o serviço de radiodifusão comunitária, de baixa potência e cobertura restrita, regido exclusivamente pela Lei 9.612, de 19.02.1998, em caráter unicamente administrativo. 3. Tem entendido a jurisprudência, por outro turno, que a instalação e utilização rudimentar de telecomunicação não configura crime, mesmo à luz da Lei 4.117/62, em face do pouco potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado: o sistema nacional de telecomunicações" (TRF 1.ª Reg., 2.ª Seção, ac. 1997.01.00.043635-2, j. 03.06.1998, rel. Juiz Olindo Menezes, DJ 05.10.1998, p. 134).

"Processo penal. Recurso em sentido estrito. Remessa oficial. *Habeas corpus* preventivo. Cabimento. Rádio comunitária. Art. 70 da Lei 4.117/62. Atipicidade. Inocorrência de dano ou ofensa aos interesses tutelados pelo Código Brasileiro de Telecomunicações. Improvimentos dos recursos.

1 – Ausente justa causa para o indiciamento dos Pacientes em inquérito policial e existindo fundado receio de constrangimento ilegal ante a lacração de rádio comunitária, é de se admitir o caráter preventivo do *writ*.

2 – Não se tipifica o crime previsto no art. 70 da Lei 4.117/62, quando ausente potencialidade lesiva em transmissão de rádio comunitária, de diminuta potência e alcance.

3 – Vedação legal à restrição ao direito de expressão e valorização das manifestações culturais, a justificarem o *mandamus*. Aplicação dos arts. 5.º, IX, e 215, *caput*, da CF.

4 – Manutenção da r. decisão concessiva da ordem. Improvimento dos recursos" (2.ª T. do TRF da 3.ª Reg., RC 96.03.095776-3, rela. Juíza Sylvia Steiner. Vencido o Juiz Célio Benevides, j. 08.04.1997, DU 30.04.1997, Seção II).

de equipamento de radiodifusão sem autorização do Poder Público configura crime em tese, nos termos do art. 70 da Lei 4.117, de 1962. II – Aptidão do equipamento para causar danos aos serviços de telecomunicação atestada por laudo pericial, por isso que não se aplica, na espécie, o princípio da insignificância, que deve ser considerado em cada caso e não em gênero, para descriminalizar conduta delituosa pelo legislador. III – Denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do CPP, não se verificando qualquer das hipóteses do art. 43, do mesmo código, a autorizar sua rejeição. IV – Requerimento de suspensão condicional do processo formalizada pelo Ministério Público Federal. V – Recurso Provido” (TRF 1.^a Reg., 3.^a T., ac. 1998.01.00.009274-2, j. 06.11.1998, rel. Juiz Jamil Rosa de Jesus, *DJ* 18.12.1998, p. 1.402).

“*Habeas corpus*. Telecomunicações, instalação de rádio comunitária de baixa potência. Trancamento do inquérito policial. Descabimento. I – Os serviços de telecomunicações, inclusive os de radiodifusão, segundo a norma constitucional, dependem de autorização e concessão do Poder Público. Inteligência do art. 21 da CF. II – A Carta Constitucional, ao garantir a liberdade de comunicação e expressão (art. 5.^o, IX), não afastou a exigência de autorização e delegação para a exploração dos serviços de radiodifusão (art. 223), pelo que a exploração e utilização ilegais de tais serviços caracterizam, em tese, o crime descrito no art. 70 da Lei 4.117/62. III – Ordem denegada” (TRF 3.^a Reg., 2.^a T., ac. 1997.03.084101-5, j. 17.02.1998, rel. Juiz Célio Benevides, *DJ* 25.03.1998, p. 143).

“Constitucional e penal: recurso de *habeas corpus*. Crime tipificado no art. 70 da Lei 4.117/62. Código Brasileiro de Telecomunicações. Emissora de baixa potência. Tipicidade. Competência privativa da União. Indispensabilidade de autorização estatal. Serviço de radiodifusão. Pacto de São José da Costa Rica. I – Compete privativamente à União Federal conceder autorização para a instalação e regular funcionamento dos serviços de radiodifusão (art. 21, XII, da CF/88). II – É indispensável a autorização estatal para o exercício de atividade pertinente ao serviço de radiodifusão (art. 223, CF/88). III – O art. 4.^o do Dec.-lei 236, de 28.02.1967, que dispõe sobre os serviços de radiodifusão, foi recepcionado pela norma constitucional contida no art. 21, XII, da CF/88. IV – O pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Dec.-lei 678/92, condena tão-somente, o abuso do controle oficial sem, contudo, impedir o seu exercício. V – Havendo indício de crime, em tese, e de envolvimento do paciente na sua prática, a instauração de inquérito policial para apuração dos fatos é de rigor. VI – Recurso provido. Ordem de *habeas corpus* cassada” (TRF 3.^a Reg., 2.^a T., ac. 1996.03.095773-9, j. 10.06.1997, rel. Juiz Aricê Amaral, *DJ* 06.08.1997, Seção II).

Nessa linha, o Colendo Superior Tribunal de Justiça também já decidiu:

“*Habeas corpus*. Constrangimento ilegal. Radiodifusão. Nível-frequência. Transmissão. Ausência de autorização do Poder Público. Funcionamento. Instauração de inquérito policial. Apreensão dos aparelhos. Imprescindibilidade

da outorga de concessão. Permissão ou autorização para o exercício dessas atividades. Fatos típicos, em tese. Delito previsto no art. 70 da Lei 4.117/62. Procedimento policial regular. Pedido Indeferido" (5.ª T. do STJ, HC 5804-SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, v.u., j. 01.07.1997, DJ 08.09.1997).

2.3 Radiodifusão comunitária e radiodifusão clandestina

Conforme já referido, a Lei 4.117/62 foi objeto de acerba crítica, porque não permitia a instalação regular de estações de rádio de menor alcance, voltadas ao atendimento de pequenas comunidades locais. A Lei 9.472/97, por seu turno, também não cuidou da questão.

Assim, posteriormente, foi promulgada a Lei 9.612, de 19.02.1998, que disciplina, exatamente, o "Serviço de Radiodifusão Comunitária".

Essa lei, conforme já visto, conceitua o Serviço de Radiodifusão Comunitária como sendo "a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço".

O § 1.º do art. 1.º diz que: "Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 *watts* ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros".

E o § 2.º diz que: "Entende-se por cobertura restrita aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro e/ou vila".

Por outro lado, a instalação de Radiodifusão Comunitária está sujeita a prévia autorização do Poder Concedente (art. 6.º) e à obediência de várias outras exigências contidas na lei. A não observância dessas exigências constitui infração administrativa, cujas penas estão previstas no art. 21. Assim, aqui, pode-se concluir que a instalação de Radiodifusão Comunitária *autorizada*, mas que *funciona* em desobediência aos requisitos legais está sujeita a pena administrativa somente; mas o fato não se constitui crime, porque a lei específica (9.612/98) não se remete à Lei 4.117/62, que prevê essa espécie de crime.

Mas e a instalação de radiodifusão pretensamente comunitária, *sem autorização do Poder Público*?

Inicialmente, "radiodifusão comunitária" é uma locução cujo significado é dado pela lei. O conceito de radiodifusão comunitária é dado pela norma legal, conforme acima visto (art. 1.º e parágrafos da Lei 9.612/98).

Na falta de qualquer desses requisitos (dentre eles a "outorga" pelo Poder Público), não se tem radiodifusão comunitária.

Prossegue a lei estabelecendo as finalidades (art. 3.º), os princípios (art. 4.º) e as condições exigíveis das entidades que pretendam instalar radiodifusão comunitária (art. 9.º).

Portanto a pessoa que, diretamente ou através de uma entidade, instale radiodifusão incompatível com as normas contidas nos arts. 3.º, 4.º e 9.º também não exerce atividade de radiodifusão comunitária, nos termos da lei.

É certo que, na hipótese de o Poder Concedente ter “autorizado” a instalação e, posteriormente, o outorgado desviar daqueles requisitos que ensejaram a “autorização”, estar-se-á diante de uma “radiodifusão comunitária irregular”, cuja consequência é apenas de ordem administrativa, conforme vista. Porém, se, a par de não enquadrar nas normas definidoras de radiodifusão comunitária, a emissora não dispuser de autorização do Poder Público, e, conseqüentemente, não for registrada no órgão público competente, não se pode falar de radiodifusão comunitária; mas, simplesmente, em radiodifusão clandestina, enquadrável no art. 183 da Lei 9.472/97, ainda que de baixa potência e malgrado a sua finalidade social.

2.4 Irregularidade e clandestinidade – Aplicabilidade do art. 70 da Lei 4.117/62 no tempo

A norma penal do art. 70 da Lei 4.117/62 refere-se a conduta consistente na “instalação ou utilização de telecomunicações, *sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos*.” Já o tipo contido no art. 183 da Lei 9.472/97 é “Desenvolver *clandestinamente* atividades de telecomunicação” (grifamos).

A primeira norma refere-se a *irregularidade*; a segunda, a *clandestinidade*. O exercício de atividade de radiodifusão clandestina é sempre irregular; mas nem toda atividade irregular é clandestina: a pessoa age ostensivamente, com autorização do Poder Público, porém, em desobediência às condições estabelecidas na autorização. A clandestinidade é mais grave que a mera irregularidade.

O art. 70 da Lei 4.117/62 não estabelece a diferença. Ao tipificar a conduta *irregular* (menos grave), penaliza também a conduta mais grave (*clandestina*), porque esta contém aquela; mas, à falta de previsão legal diversa, a pena era a mesma para ambas as condutas.¹⁰

Já o art. 183 da Lei 9.472/97, referindo-se à *clandestinidade*, não criminaliza a conduta *irregular*, pois não se pode dar interpretação extensiva à lei, de forma a alcançar conduta menos grave que a expressamente prevista. Portanto, em face da Lei 9.472/97, é crime apenas a atividade de telecomunicação clandestina; mas não aquela que, autorizada pelo Poder Público, foge das normas regulamentares. É de se anotar que, tratando-se de atividade pública por natureza (pois o som e/ou imagem emitidos podem ser captados por todos que dispõem de aparelho receptor adequado), clandestinidade significa (mesmo que a lei não o dissesse)

(10) Convencionou-se denominar, nessa e em outras hipóteses legais, “clandestino” aquilo que, na verdade (e nos termos da lei), é mera irregularidade.

“fora do controle do Poder Público”. E esse controle se faz previamente, quando da respectiva autorização ou concessão, que, por seu turno, a partir do registro da estação transmissora, viabiliza o controle permanente.

A diferenciação de “irregularidade” e “clandestinidade” passou a ter relevância porque a pena prevista no art. 183 da Lei 9.472/97 (dois a quatro anos de detenção e multa de R\$ 10.000,00) é bastante superior à prevista no art. 70 da Lei 4.117/62 (um a dois anos de detenção). Assim, caso o fato tenha ocorrido antes da edição da Lei 9.472/97 (17.07.1997), ainda que clandestino, a pena será aquela prevista no art. no art. 70 da Lei 4.117/62. Caso o fato seja posterior a 17.07.1997, impõe-se a distinção: se meramente irregular, aplica-se o mesmo art. 70; se clandestino, aplica-se o art. 183 da Lei 9.472/97.

2.5 Constitucionalidade da norma penal

Posto que, em tese, o fato consistente em *fazer funcionar radiodifusora clandestinamente ou em desacordo com as normas legais e regulamentares* é típico, resta verificar se a lei penal colide com os preceitos constitucionais acerca da matéria, conforme sustentam alguns.

Têm-se lido, em arrazoados e decisões judiciais, que os tipos penais em consideração (art. 70 da Lei 4.117/62: “Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta lei e nos regulamentos. Parágrafo único. Procedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal”. Art. 183 da Lei 9.472/97: “Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação: Pena – Detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime”) colidem com as normas contidas nos incs. IV e IX do art. 5.º da Carta Magna.

As normas constitucionais mencionadas consagram o fundamental direito à manifestação do pensamento e da expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. *Verbis*: “IV – É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; “IX – É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, *independentemente* de censura ou *licença*” (grifei).

Dizem: a radiodifusão constitui-se num veículo de manifestação do pensamento e da expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Portanto, é inconstitucional a lei que exige licença do Poder Público para sua instalação, e, conseqüentemente, também o é a norma que erige a crime a instalação da rádio sem a exigida licença.

Porém, o raciocínio parte de premissa diversa da norma constitucional. Substitui as expressões “manifestação do pensamento” e “expressão da atividade intelectual etc.” por outra, que seria: “instalação de meios de divulgação do pensamento etc.”

A licença de que se prescinde, nos termos da norma constitucional, refere-se à exteriorização, pelo *indivíduo*, de suas idéias e à transmissão delas, sob qualquer forma ou veículo. O que se relaciona estritamente com a proscrição da censura. Ninguém precisa de licença do Poder Público para dizer o que entenda devido, diretamente ou através de uma emissora.

Coisa diversa, porém, é a instalação da emissora. Isso a Carta Magna não deixa livre a todos os indivíduos. E seria indesejável que o fizesse, e mesmo inviável, dado que a *radiodifusão* se faz através do espectro eletromagnético, que é limitado, e, portanto, é indispensável a racionalização de seu uso, através de faixas de ondas, que são destinadas às diversas estações emissoras – o que apenas um poder central poderá fazer, que, no caso, é a União Federal.

Com efeito, o art. 21, XII, *a*, da Carta Política estabelece que compete à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Complementando esse dispositivo, diz o art. 223 que “Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal”. E seu § 1.º confere ao Congresso Nacional competência para apreciar o ato do Executivo. O que vem assim expresso no art. 49, XII, da Carta: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão”.

Nenhuma relação existe, pois, entre a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, e a liberdade de exercício de atividade de radiodifusão. Uma poderá conviver ao lado da outra, mas elas (as liberdades) não se misturam: são bens distintos, com tratamento constitucional diverso.

Tanto assim é que o art. 222 da Constituição veda ao estrangeiro a propriedade de empresa que se destina à radiodifusão, dentre outras atividades, quando a liberdade de expressão é assegurado também ao estrangeiro residente no país (art. 5.º, *caput*).

E, conforme se sabe, a própria liberdade de expressão não é absoluta, o que, aliás, está escrito na Carta Magna, em seu art. 220, *verbis*: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (grifei). Já o inc. IV do art. 5.º, ao mesmo tempo em que consagrava a liberdade de expressão, restringe-a, vedando o anonimato.

Os dispositivos legais que condicionam o exercício de atividade relacionada à radiodifusão ao controle do Poder Público, e sujeita o infrator à sanção penal, têm respaldo, pois, na Lei Maior.

A fiscalização da atividade de radiodifusão insere-se no poder geral de Polícia; e é cabível ainda que se trate de serviço autorizado, concedido ou permitido que não esteja sendo regularmente executado; com maior fundamento, portanto, o é se executado “clandestinamente”. Por outro lado, a criminalização da conduta desobediente à norma administrativa – norma penal em branco – é questão de política penal, a cargo do Legislativo.

2.6 A norma penal em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Conforme se sabe, existe controvérsia quanto à hierarquia das normas internacionais ao ingressarem em nosso sistema jurídico: ficam ao nível da lei ordinária, adquirem *status* constitucional, ou, mesmo, sobrepõem-se à norma constitucional. Mas, ainda que se adote a terceira doutrina, entendendo passíveis de derrogação os preceitos constitucionais acima vistos pela Convenção Internacional, manter-se-ia a conclusão. Pois a referida Convenção, nesse particular, não alarga o campo de direitos já assegurados por nossa Lei Maior.

Com efeito, o art. 13 da Convenção, sob a rubrica “Liberdade de Pensamento e Expressão”, diz: “1. Toda pessoa tem direito à liberdade do pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidade ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas;
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde moral pública.

Não se pode restringir o direito de expressão por via ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficial ou particulares do papel de imprensa, de frequência radioelétrica ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obter a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

(...)”.

Extraí-se do texto acima transcrito que, à semelhança de nossa Carta Política, a convenção internacional assegura a liberdade *peçoal* de expressão, por todas as formas, através de quaisquer meios e independentemente de

fronteiras. Mas não garante o direito à exploração de serviços relacionados à comunicação, independentemente do porte da empresa.

Ao contrário, a Convenção prevê (último parágrafo transcrito) o controle oficial da frequência radioelétrica, vedado apenas o abuso nesse controle, que vise restringir o direito de expressão, o que, de resto, extrai-se também de nossa legislação interna.

Assim, para se sustentar que as normas contidas nas Leis 4.117/62 e 9.472/97 (que criminalizam as condutas consistentes em fazer funcionar em desacordo com as normas legais e regulamentares ou instalar clandestinamente serviço de radiodifusão, respectivamente) esbarram no preceito contido na Convenção (que veda o abuso do controle da frequência radioelétrica), há que se demonstrar que a Lei 9.612/98 (que instituiu o “Serviço de Radiodifusão Comunitária”), ao dispor sobre os requisitos para instalação desse serviço (limite de potência, âmbito de cobertura, finalidade do serviço etc.), implica em abuso do controle da frequência radioelétrica, e implica em restrição do direito de expressão – o que não se tem demonstrado.

3. Conclusão

1. O espectro eletromagnético é um bem público, cuja utilização, pelo Poder Público ou por particular, precisa ser disciplinada, em obediência a normas técnico-científicas, de forma a permitir seu aproveitamento racional e garantir a eficiência dos serviços executados através das ondas eletromagnéticas. A utilização desordenada do espectro eletromagnético poderá, inclusive, colocar em risco a segurança da pessoas, por exemplo, ao causar interferência em aparelho de navegação aérea. Assim, é legítima e tem base constitucional a legislação que regulamenta, impondo restrição, a utilização do espectro eletromagnético.

2. Compete à União explorar, diretamente ou através de concessão autorização ou permissão, o serviço de radiodifusão de som e/ou imagem. O art. 70 da Lei 4.117/62, ao erigir à gravidade de crime o ato de instalar radiodifusão sem observância das normas legais foi recepcionado pela Constituição de 1988, porque a nova Carta Política mantém sob o poder da União a exploração, a concessão, e respectiva fiscalização, dos serviços de radiodifusão. Trata-se de uma norma penal em branco, ditada por critérios técnicos e políticos, conforme inúmeras outras encontráveis em nossa legislação penal.

3. A liberdade de expressão e manifestação do pensamento, garantidos a todos na Constituição Federal, refere-se aos signos e conteúdos emanados do indivíduo, e cuja divulgação pode-se dar diretamente ou através de algum veículo de comunicação. Porém, não abrange a instalação do veículo de comunicação, para o que, a Constituição estabelece regras e vedações. A Convenção Ameri-

cana sobre Direitos Humanos também admite intervenção do Estado nesse setor, desde que não seja com o fim de exercer controle sobre a circulação de idéias, opiniões e informações. Assim, o art. 70 da Lei 4.117/62 (editada em fase democrática e sob uma constituição legítima: de 1946), poderia ser questionado apenas sob esse enfoque.

4. O art. 70 da Lei 4.117/62 não foi revogado pela Lei 9.472/97 (art. 215, I). Mas, a partir da vigência desta última lei, o crime nele previsto consiste no ato de instalar serviço de radiodifusão *irregularmente*; a instalação *clandestina* é tipificada no art. 183 da Lei 9.472/97.

5. Com a promulgação da Lei 9.612/98, que viabiliza a radiodifusão comunitária, de baixa potência e de instalação acessível, ficou superado o argumento no sentido de que a lei penal implica no estabelecimento de monopólio da informação e em restrição na divulgação de manifestações do pensamento.

Por outro lado, a *radiodifusão comunitária* é conceituada pela Lei 9.612/98: radiodifusão comunitária é a que atenda aos requisitos previstos na lei e cujo funcionamento seja autorizado pelo Poder Público. Se não autorizada, tem-se uma *rádio clandestina*, fato tipificado pela Lei 9.472/97, art. 183; se autorizada mas, após obtida a autorização, desviar-se dos critérios estabelecidos na Lei 9.612/98, tem-se uma *rádio irregular*, fato também típico, nos termos do art. 70 da Lei 4.117/62.

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1

ATO INFRACIONAL, MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA E PROCESSO: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

FLÁVIO AMÉRICO FRASSETO

Dedico este trabalho a todos os colegas Procuradores do Estado que, em sua incansável luta pela garantia dos direitos dos adolescentes, foram os responsáveis diretos pelas vitórias alcançadas na instância superior em Brasília.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O ECA e as garantias do adolescente autor de ato infracional: 2.1 Do cabimento irrestrito do *habeas corpus*; 2.2 A excepcionalidade da medida de internação; 2.3 Competência para aplicação de qualquer medida sócio-educativa; 2.4 Restauração de decisões liberatórias de adolescentes avaliados favoravelmente por equipes técnicas. Necessidade de se bem fundamentar as decisões que restrinjam o direito de liberdade do cidadão; 2.5 Direito de o jovem ser ouvido pessoalmente antes da decisão que, em sede de execução, substitui, por internação, medida mais branda aplicada; 2.6 O rol do art. 122 é taxativo; 2.7 Se o direito é outorgado ao maior, deve ser outorgado ao menor; 2.8 Só a gravidade da conduta não é suficiente para aplicar a internação; 2.9 O tempo cronológico não é decisivo; 2.10 A situação da Febem é, sim, relevante para se considerar qual a medida mais adequada; 2.11 Quando o jovem já cumpriu medida mais branda não se justifica a medida de internação; 2.12 Outras questões relevantes: 2.12.1 Reconhecimento da prescrição; 2.12.2 Respeito à coisa julgada que beneficia o adolescente. Medida fixada por tempo determinado de seis meses; 2.12.3 Direito ao prazo em dobro pela defensoria; 2.12.4 Reabertura do prazo e indispensabilidade da apelação quando o jovem relata desejo de recorrer; 2.12.5 O prazo de reavaliação máximo conta a partir da internação provisória – 3. Conclusão.

Resumo: Estatuto da Criança e do Adolescente e a incidência das garantias constitucionais, na aplicação de medida sócio-educativa. Admissibilidade de *habeas corpus* e a excepcionalidade da internação. Interpretação crítica e jurisprudencial.

Palavras-chave: ECA – Garantias constitucionais – Jovem infrator – Aplicação de medida sócio-educativa – Internação – Excepcionalidade – Competência – Interpretação jurisprudencial.

1. Introdução

Este trabalho pretende apontar e comentar um conjunto de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no que tange às garantias outorgadas ao adolescente que responde processo de apuração de ato infracional ou processo de execução de medida sócio-educativa.

Este conjunto de decisões, na sua quase totalidade, corresponde a resultados favoráveis de recursos interpostos pela equipe da Procuradoria de Assistência Judiciária da Capital paulista em face de acórdãos – ou decisões monocráticas – oriundas do Tribunal de Justiça da Capital, um universo de cerca de oitenta julgados.

A própria existência deste conjunto de julgados se significa, de um lado, a receptividade da Corte Federal aos reclamos da defesa, de outro lado demonstra que os graus inferiores da Justiça não têm guardado, com a fidelidade esperada, os direitos outorgados aos jovens que poderão receber ou que já receberam medidas sócio-educativas. No Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça tem formado entendimento contrário ao principais pleitos da defesa, motivando, em nosso ver, a perpetuação de procedimentos absolutamente irregulares na jurisdição de primeiro grau.

A dinâmica acelerada dos fatos na área da infância e juventude contraposta à lentidão habitual da Justiça, enseja que apenas parcela mínima das decisões injustas acabe sendo corrigida pelo Tribunal Superior em Brasília e, ainda, a destempo. De toda sorte, mesmo sem salvaguardar oportunamente o interesse lesado, estas decisões trazem em si o precioso valor persuasivo da jurisprudência, carregado com a autoridade do órgão incumbido de zelar pela uniformidade interpretativa da lei federal. Daí nosso interesse em divulgá-las.

2. O ECA e as garantias do adolescente autor de ato infracional

As leis, dizem, envelhecem, mas a jurisprudência é sempre atual. Este ditado, se vale como regra, encontra exceção na órbita da infância e Juventude. Aqui, podemos dizer, a lei é nova, mas a jurisprudência, envelhecida, fonte de resistência à modernização do pensamento. Isto porque o ECA não veio simplesmente ratificar uma situação de fato já consolidada na realidade cotidiana ou nas decisões dos Tribunais. Ele se impôs, no dizer de Edson Sêda, como matriz *alterativa* do imaginário e de práticas sociais, incorporando preceitos efetivamente modificadores de hábitos usos e costumes até então vigentes no trato com a criança e com o adolescente.

Assim, neste campo, o pensamento, incorporado na lei, tomou deliberadamente a dianteira, deixando para trás a prática sedimentada. Todos nós e em

especial os operadores do Direito – advogados, promotores e juízes – nos vimos, de repente, em nosso dia-a-dia, diante e distantes da nova realidade legislativa. Nem todos acertamos o passo para alcançá-la. Muitos por comodismo, falta de esforço ou de fôlego. Outros, contudo, porque não quiseram, deliberadamente, mudar a marcha nem o caminho.

Deste modo, não obstante a nova legislação reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos – titulares das mesmas garantias outorgadas aos adultos e não incompatíveis com a idade (art. 3.º do ECA) –, um sem número de decisões e práticas diárias contrariam, nos casos concretos, este comando. De outro lado, mesmo tendo o ECA reconhecido o caráter coercitivo, sancionatório, da medida sócio-educativa, uma invasão do Estado na esfera de autonomia do adolescente autor de conduta descrita em lei penal, muitos operadores ainda, no dia-a-dia, continuam a tomá-la como um *direito* do jovem, algo em seu exclusivo favor instituído, destinado a protegê-lo do mal e de si mesmo, a tutelá-lo. Ainda que os centros de internação sejam simplesmente prisões com outro nome na porta de entrada, neles ingressam, diariamente, jovens recomendados, por sentença, a lá ficarem para crescer como cidadãos, para aprenderem a se comportar em sociedade e tornarem-se “indivíduos úteis”.

O fato de a evidente invasão do Estado na vida do indivíduo ser tomada como necessária, como salutar, em benefício do invadido e não do Estado, encobre as trincheiras abertas por lei para defender o cidadão do controle direto de seus passos pelas instâncias oficiais de poder. Em outras palavras, as garantias processuais balizadoras da pretensão estatal de controlar a vida do adolescente que infracionou, por vezes são vistas como obstáculos à intenção maior e mais nobre de beneficiar este jovem. Obstáculos a serem afastados, desprezados, ignorados. Esta equivocada intelecção do sistema do Estatuto, partilhada pelos operadores do direito, legítima incontáveis violações dos direitos de nosso adolescentes processados.

Os operadores que não adequaram seu pensamento e sua prática ao ECA ainda raciocinam: “já que não estou punindo, estou fazendo um bem para o infrator, não preciso respeitar o procedimento, nem me ater à letra fria da lei. Posso ordenar ao adolescente que faça o que quero e como quero”. Tal raciocínio – e aí ele se torna ainda mais perigoso e traiçoeiro – presta-se ao uso malicioso por parte daqueles que, na pura intenção latente de vingar e retaliar com severidade, argumentam defender o bem do “menor” para livrar-se dos freios legais obstadores do tratamento draconiano desmesurado que apregoam, um sacrifício ao cidadão e um equívoco do ponto de vista de defesa social e política criminal.

Mesmo decorridos dez anos de vigência do ECA, os Tribunais, ainda, de forma pendular, ora protegem ora vulneram as garantias do jovem infrator. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, não plenamente imune a graves

equívocos,¹ tem cumprido exemplarmente sua missão de *destacado guardião das liberdades*, tal como apontaremos a seguir.*²

2.1 Do cabimento irrestrito do habeas corpus

O instrumento utilizado na absoluta maioria das vezes para corrigir situação de ilegalidade determinada ou mantida nas instâncias inferiores foi o *habeas corpus*. O Superior Tribunal de Justiça, nas mais diversas hipóteses de impropriedade, sempre admitiu seu cabimento, *mesmo havendo outra via recursal ordinária manejável*:

HC 9.619. “O *habeas corpus*, para ser concedido, não depende da fase do processo ou da irrecorribilidade de sentença condenatória, quando o fundamento do pedido é a ameaça de sofrer ou o sofrimento de violência ou coação ilegal na liberdade de locomoção do paciente, em face de processo manifestamente nulo (...). Segundo Seabra Fagundes, evocado por Guilherme Estelita em *Mandado de segurança contra ato jurisdicional*, cabe o *habeas corpus* ‘contra as coerções emanadas de autoridade judiciária, a despeito da existência das vias de recursos e até mesmo quando já utilizadas estas’.”

- (1) Veja-se, a propósito, o voto vencedor do RHC 8.642, no qual restaura-se a vigência do Código de Menores nove anos após sua revogação.
- (*) OBS: Todos os HC (*habeas corpus*) e RHC (recursos ordinários em *habeas corpus*) sem expressa menção da origem (a inicial do Estado que vem após o número, separado por barra) são oriundos de São Paulo (exemplo: HC 2.345, leia-se: HC 2.345/SP).
- (2) Alguns pronunciamentos, em especial do Min. Félix Fischer, rechaçam, de forma expressa e eloquente, esta visão tutelar da medida, apontando seu mecanismo discriminatório e sua perversa consequência de criminalização da miséria. Confira-se o RHC 8.642, voto vencido: “Dizer-se que (a internação) é medida benéfica, *data venia*, carece de amparo jurídico. Não compete, logicamente, ao Poder Judiciário ficar internado, em forma de medida de recuperação, todos os jovens desassistidos ou carentes, apresentando a “solução” atacada como ideal e necessária. A aceitação deste tipo de pensamento leva à tão criticada seleção daqueles que são excluídos da verdadeira e desejada assistência do Estado. Jovem pobre é internado. Adulto pobre é recolhido no sistema prisional. *Data venia*, a legislação não permite que assim se atue nem com pretexto ou finalidade de resolver problema social. A questão é saber, também, se os delinquentes jovens de classes privilegiadas, que por muito maiores razões não poderiam praticar infrações, têm merecido o mesmo tratamento. Na verdade são entregues aos pais. O ECA, certo ou não, compõe um sistema legal que deve ser aplicado e obedecido”. Em recentíssima decisão, este mesmo ministro anuncia de forma detalhada e aprofundada o caráter efetivamente, a seu ver, punitivo, sancionatório, repressivo, gravoso da medida, assimilando o escólio do eminente Des. Amaral e Silva de Santa Catarina: “A medida sócio-educativa, já se disse, tem seu aspecto de pena. Queira-se ou não denominá-la assim, trata-se de uma sanção, uma ordem imposta ao adolescente” (REsp 241.477/SP).

Não se negou conhecimento aos *writs* mesmo quando necessitou-se aprofundar um pouco mais na apreciação da prova, tanto que no HC 11.466³ e no HC 10.570 anulou-se acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que dava provimento a recurso do Ministério Público interposto contra sentença que julgou improcedente ação sócio-educativa (neste caso a sentença originária era de improcedência). Ou seja, em tais casos houve análise, ainda que perfunctória, da prova colhida, reputando-se-a inconclusiva e incapaz de fundamentar ordem de privação de liberdade.

2.2 A excepcionalidade da medida de internação

A medida de internação somente deve ser aplicada em último caso. Trata-se do princípio da excepcionalidade, proclamado na lei e na Constituição Federal. Deve ser evitada a qualquer custo, visto mostrar-se excessivamente danosa à pessoa em desenvolvimento e pouco eficaz enquanto estratégia pedagógica. Ao revés dos juízos locais, que costumam olvidar o caráter de exceção da medida, banalizando seu manejo, o Superior Tribunal de Justiça, no corpo das mais diversificadas decisões proferidas, sempre buscou reafirmar a este caráter de *ultima ratio* do regime sócio-educativo extremo:

HC 11.276. “A diretriz determinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e no sentido de que a internação seja exceção, aplicando-se a esta medida sócio-educativa os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Só é recomendável em casos de comprovada necessidade e quando desaconselhada medidas menos gravosas”. Idem: HC 10.679.

HC 8.836. “A medida de internação somente deve ser determinada em casos excepcionais e por períodos curtos, visto que a criança e o adolescente não devem ser privados do convívio da família”. Idem: HC 8.220.

HC 8.443. “O sistema de internação, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, foi instituído como medida excepcional, somente aplicável nas expressas hipóteses descritas na lei. Trata-se de medida extrema, que somente

(3) HC 11.466. “A decisão do magistrado de primeira instância que optou por não aplicar ao menor nenhum tipo de medida sócio-educativa, partiu do fato de que os únicos indícios de sua participação no ato infracional eram comprovadas única e exclusivamente pelos depoimentos, da vítima e de testemunhas, colhidos na fase inquisitorial. Por outro lado, o acórdão reformatório desta decisão se esteia justamente em depoimentos prestados em inquérito policial e não confirmados em Juízo, desconsiderando o fato de que justamente esta confirmação seria a única forma de se obter certeza razoável da participação do menor no delito. A única medida sócio-educativa que dispensa prova inconteste é a advertência. Já as outras medidas (...), especialmente a internação, demandam certeza profunda da participação do adolescente no evento delituoso, o que não é o caso”.

se justifica quando a infração é grave e outra medida, mais branda, não se mostra eficaz para a recuperação do menor”.

HC 7.940. “A internação do menor é, efetivamente, medida de exceção, devendo ser aplicada ou mantida somente quando evidenciada sua necessidade em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa a reintegração do menor à sociedade”. Idem: HC 8.717, RHC 8.949.

RHC 9.315. “A medida de internação é considerada, *ex vi legis*, grave, devendo ser breve e excepcional” (v. arts. 121 e 122 do ECA).

HC 9.262. “Constituindo a medida de internação verdadeira restrição ao *status libertatis* do adolescente, deve sujeitar-se aos princípios brevidade e da excepcionalidade, só sendo recomendável em casos de comprovada necessidade e quando desaconselhadas medidas menos gravosas”.

HC 10.570. “Em observância aos objetivos do sistema, a internação só é recomendada quando não pode ser aplicada nenhuma das outras medidas sócio-educativas nos termos previstos pelo § 2.º do art. 122 do ECA: em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada – sendo certo que não há tal conclusão no acórdão impugnado”.

RHC 7.447. “O Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser interpretado da maneira que melhor atenda aos interesses dessas pessoas. Com isso, resguarda-se também a sociedade. Medidas restritivas do exercício do direito de liberdade devem ser reservadas para casos extremos”.

HC 8.908. “O sistema implantado pelo ECA tem caráter educativo, e não punitivo. As medidas ali previstas buscam reintegrar o jovem ao meio social, pelo que devem ser observados os princípios da brevidade e da excepcionalidade”.

É interessante notar nestes diversos julgados que o motivo explicitado para a estrita observância das garantias processuais do adolescente autor de ato infracional parece repousar, na linha do Superior Tribunal de Justiça, justamente no caráter educativo da medida, revelado através de uma decisão justa. Há uma imensa série de acórdãos fundamentados na idéia de que, se se quer educar, deve-se fazer antes de mais nada, justiça.⁴ Para ser justo, indispensável que se

(4) O Supremo Tribunal Federal lançou as bases desta compreensão no primoroso acórdão do HC 75.629-8/SP, da lavra do Min. Marco Aurélio: “o sentimento de justiça é inerente à condição humana e uma das características que mais distinguem o homem das outras espécies. Precioso demais à convivência social, há de ser reforçado como fator de aperfeiçoamento da humanidade, sob pena de grassar a desordem, o caos (...). Pois bem, estamos diante de um caso em que se cuida de preservar num jovem a boa expectativa no poder da Justiça, na certeza de que os passos na direção do bem conduzirão *sempre* a uma vida digna. Se decidirmos de forma contrária, como convencê-lo de que vale a pena esforçar-se, reprimir seus impulsos mais egoístas da sobrevivência, não ceder diante dos irresistíveis chamados

cumpram as normas legais, se respeite o devido processo legal (nesse sentido HC 9.236, 8.887, 9.725, 11.325, 8.969, 98.906, RHC 9.608).⁵ Outros julgados reconhecem imperiosa a observância das garantias do cidadão processado dado mesmo o caráter misto das medidas sócio-educativas.⁶

2.3 Competência para aplicação de qualquer medida sócio-educativa

Um ano após a instalação do Superior Tribunal de Justiça entra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, filhos que são, ambos, da Carta-mãe de 1988.

Nos primórdios da vigência do ECA, muitos promotores sustentavam caber-lhes a aplicação de medida sócio-educativa em meio aberto após concedida a remissão como forma de exclusão do processo. Já os Tribunais locais obstruíam tal pretensão. O STJ, através da Súm. 108, de 22.06.1994, após decidir inúmeros precedentes, estatuiu que: "a aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz". No recurso de mandado de segurança (RMS 1967-6/SP), um dos paradigmas⁷ da posição sumulada – após discorrer sobre o fato óbvio de que a aplicação de uma sanção, no Estado de Direito, compete ao juiz – demonstrou o relator a existência de dois tipos de remissão, a *ministerial*, antes (como forma de exclusão) e *judicial*, depois (como forma de extinção e suspensão) da instauração do processo. "Certamente a remissão acumulável com a aplicação da medida sócio-educativa há de ser apenas a que foi concedida judicialmente", positivou aquela decisão. Seguindo nesta linha, o próprio Tribunal de Justiça

do consumismo moderno, conformar-se e dar sua própria contribuição em favor da diminuição das desigualdades inerentes ao sistema capitalista?"

- (5) Eis o texto ementado destas decisões: "As medidas sócio-educativas impostas ao menor infrator devem ser concebidas em consonância com os objetivos maiores da sua reeducação, sendo relevantes para a obtenção desse resultado o respeito à sua dignidade como pessoa humana e adoção de posturas demonstrativas de realização de justiça. Nesta linha de visão impõe-se que no procedimento impositivo de sanções seja observado o princípio da ampla defesa (...)". Em sentido convergente: RHC 8.612. "A regressão de medida reclama oitiva do menor-infrator (...) em observância ao caráter educacional de exceção da medida".
- (6) RHC 9.270. "Para que se alcancem os objetivos pretendidos pelas medidas sócio-educativas, impõe-se que, na imposição das sanções, seja observado, com extremo rigor, o princípio da ampla defesa. Portanto, a prévia audiência do menor infrator, quando possível, se faz indispensável para que se observe o respeito à sua dignidade como pessoa, harmonizando-se, assim, a censura à reeducação". Idem: HC 11.180 e 10.985.
- (7) Outros paradigmas: REsp 28.886/SP e 26.049/SP, ROMS 1.968/SP, REsp 24.442/SP e RHC 1.641/RS.

de São Paulo passou a obstar, de forma majoritária, a possibilidade de aplicação de qualquer medida sócio-educativa conjuntamente com remissão, seja ela ministerial ou judicial.⁸ Caso aplicadas, tais medidas não ensejam internação pelo descumprimento (art. 122, III, do ECA).⁹ É certo que, nos últimos tempos, diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça têm autorizado a aplicação de medida sócio-educativa com remissão (REsp 156.176/SP, 141.138/SP, 157.012/SP e 252.544/SP).

- (8) “Esta Câmara tem entendido que a concessão de remissão impede a imposição de qualquer medida sócio-educativa ao adolescente (Ap 16.775-0). Isto porque a ‘remissão representa a exclusão do processo. E, se remir é perdoar, há verdadeira *contraditio in terminis* no ato de perdoar e, ao mesmo tempo, sancionar, impondo qualquer medida ao adolescente’ (Ap 19.183-0). A jurisprudência é no sentido de que a ausência do devido processo legal viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual não é possível cumular-se à remissão medida sócio-educativa” (Ap 50.887-0/8-00, rel. Djalma Lofrano, TJSP, Câ. Esp.). “*Habeas corpus*. Concessão de remissão com aplicação de medida sócio-educativa sem instauração de procedimento. Inviabilidade. Exigência do devido processo legal. Ordem concedida” (HC 55.549.0/2, rel. Cunha Bueno, TJSP, Câ. Esp.). “Segundo entendimento desta Câmara, a outorga de remissão impede a imposição de qualquer medida sócio-educativa ao adolescente” (TJSP, Acv 16.775-0, rel. Weiss de Andrade, TJSP, Câ. Esp.). “A remissão pré-processual do art. 126 do ECA mostra-se incompatível com a aplicação de medida sócio-educativa, quer pelo membro do *Parquet*, quer pelo magistrado, posto que em hipóteses tais, não se instaura o processo” (AgIn 19.961-0, rel. Yussef Cahali, TJSP, Câ. Esp.). “Há evidente *contraditio in terminis* no ato de remir para em seguida impor reprimenda, até porque este ato, sem a formal instauração da causa, atenta contra os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa” (ApCiv 18.730-0, rel. Yussef Cahali, TJSP, Câ. Esp.). No mesmo sentido (ApCiv 19.183, rel. Ney Almada): “Menor. Remissão. Cumulação com medida sócio-educativa. Incompatibilidade. Necessidade do devido processo legal. A remissão pré-processual é incompatível com a aplicação de medida sócio-educativa” (JTJ-LEX 150/73). “Realmente, a remissão pré-processual não se harmoniza com a aplicação de medidas sócio-educativas porque aquela, no caso, é perdão e forma de exclusão do processo (art. 126 do ECA). Portanto, a decisão agravada bem decidiu pelo arquivamento deixando de executar a medida sócio-educativa aplicada. Se fosse determinado o cumprimento da medida de liberdade assistida imposta, o menor iria sofrer evidente constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, reparável, inclusive, via de *habeas corpus* – passível de concessão até *ex officio*, inobstante a alegada ocorrência de coisa julgada cujo mérito não se faz necessário examinar” (AgIn 26.470-0/4, rel. Pereira da Silva, TJSP, Câ. Esp.).
- (9) “ECA. Regime de internação imposto por descumprimento de medida sócio-educativa anterior nos termos do inc. II do art. 122 do ECA e que fora imposta à concessão de remissão. Circunstância por si que não autorizaria a aplicação da internação-sanção. Ilegalidade existente. Ordem concedida” (HC 50.003.0/5-00, rel. Alvaro Lazzarini, TJSP, Câ. Esp.). “Trata-se de internação-sanção imposta em virtude de descumprimento pela paciente de medida sócio-educativa de liberdade assistida aplicada quando da homologação pelo Juízo da remissão concedida pelo

2.4 Restauração de decisões liberatórias de adolescentes avaliados favoravelmente por equipes técnicas. Necessidade de se bem fundamentar as decisões que restrinjam o direito de liberdade do cidadão

Inconformado com supostas liberações precipitadas de adolescentes internados, o Ministério Público da capital de São Paulo interpôs sucessivos agravos de instrumento solicitando ao Tribunal de Justiça local a concessão liminar de efeito suspensivo da decisão liberatória. Por várias vezes deferiu Corte Estadual, através de decisão monocrática do vice-presidente, o efeito suspensivo pugnado, ordenando a imediata recaptura dos jovens e sua recondução à Febem.

Contra tais decisões, em geral sumárias e mal fundamentadas, seja liminarmente, seja no mérito, o Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem em inúmeros *habeas corpus* impetrados pela defesa,¹⁰ restaurando a condição de liberdade pelo menos enquanto durasse o julgamento do agravo.

Num desses julgados acolheu-se expressamente a tese principal da defesa no sentido de que a medida sócio-educativa de internação não pode, nunca, ser determinada em sede de liminar: "Tendo o paciente obtido a progressão, o retorno ao regime anterior somente é possível com a garantia do contraditório, permitindo-lhe manifestar, por meio de advogado, a sua defesa. Tratando-se do direito à liberdade, outro entendimento não é possível. O nosso sistema constitucional não permite que qualquer pessoa seja privada da sua liberdade sem que lhe permita qualquer manifestação a respeito (art. 5.º, LIV, da CF), razão por que a regressão à medida de internação não poderia ser concedida em sede de liminar" (HC 8.443/SP).

Ministério Público. E é entendimento deste relator da impossibilidade de aplacação de qualquer medida sócio-educativa sem a existência do devido processo legal, no caso de procedimento de apuração de ato infracional. Ora, a própria liberdade assistida imposta de forma inadequada já consistiria constrangimento ilegal à paciente. Destarte, com maior razão a ilegalidade da conversão da liberdade assistida em internação-sanção" (HC 48.273.0/6, rel. Cunha Bueno, TJSP, Câ. Esp.). No mesmo sentido: HC 48.273-0/6, rel. Alvaro Lazzarini). "*Habeas corpus*. Aplicação da internação-sanção em virtude do descumprimento de liberdade assistida imposta sem a existência de procedimento de apuração de ato infracional. Concessão da ordem" (HC 49.121.0/0-00, rel. Alvaro Lazzarini, TJSP, Câ. Esp.). "*Habeas corpus*. Conversão para internação de medida sócio-educativa imposta sem procedimento de apuração de ato infracional. Concessão da ordem" (HC 56.530.0/3-00, rel. Cunha Bueno). "Imposição de internação-sanção decorrente do descumprimento pelo menor de medida sócio-educativa imposta por ocasião da homologação da remissão pré-processual. Violação ao princípio do devido processo legal. *Habeas corpus* concedido de ofício e recurso prejudicado" (AI 47.031.0/5-00, rel. Cunha Bueno, TJSP, Câ. Esp.).

⁽¹⁰⁾ Confirmam-se, a propósito, os *Habeas Corpus* 8.443, 8.325, 7.940, 7.589, 7.495, 7.494, 8.550, 7.664, 7.683, 11.302, 7.448, 9.262, 8.129, 8.220, 8.034, 8.543, 8.717, 7.358, todos originários de São Paulo.

Todavia, foi a deficiência na fundamentação o pecado mais grave das decisões restauradoras do regime privativo de liberdade, e que mereceu maior censura pelos ministros julgadores:

HC 8.325. “Todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. É o que determina a própria CF, em seu art. 93, IX. Em especial quando ameaçada a liberdade de adolescente, tendo em vista a natureza sócio-educativa da legislação pertinente”.

HC 7.940. “Deficientemente fundamentada a decisão do desembargador do Tribunal *a quo* que concedeu efeito suspensivo a agravo de instrumento ministerial, para impedir progressão de medida sócio-educativa deferida pelo julgador de 1.º grau de maneira fundamentada e com base em laudos técnicos, concede-se ordem pura permitir a progressão da medida de internação do menor para liberdade assistida, como originalmente determinado”. Idem: HC 8.717.

HC 7.589. “É necessário (para que se ordene liminarmente a suspensão do desinternamento) que a decisão seja suficientemente fundamentada, com indicação objetiva dos motivos ensejadores da providência. Tal situação, todavia, não se encontra presente na espécie, pois o despacho sob enfoque apenas faz referência à gravidade dos fatos praticados pelo menor, porém não indica as razões do deferimento liminar da pretensão recursal”. Idem: HC 7.494, 8.550, 7.683, 7.448, 8.543.

HC 7.445. “O *ius libertatis* dos adultos, acusados de graves crimes, só pode ser afetado provisoriamente mediante *decisum* concretamente fundamentado. Por maior razão, tal deve ser observado para com crianças e adolescentes”. Idem: HC 8.129.

HC 9.262. “No caso, o magistrado de primeiro grau concedeu ao ora paciente o direito à progressão de medida sócio-educativa com base em laudos técnicos e em decisão fundamentada. Já a ilustre autoridade impetrada não fundamentou satisfatoriamente a decisão que conferiu efeito suspensivo ao agravo ministerial. Ademais não restou demonstrado a ocorrência de um dos requisitos autorizadores do efeito suspensivo, qual seja, o indispensável *periculum in mora*, consistente nem eventual risco de lesão irreparável”.

RHC 8.949. “A decisão monocrática que determinou a medida de internação não fundamentou devidamente a opção pela medida mais gravosa, sendo que a simples alusão à gravidade da infração e aos péssimos antecedentes do menor não são suficientes para motivar a privação total de sua liberdade, até mesmo pela própria excepcionalidade da medida sócio-educativa de internação, restando caracterizada afronta aos objetivos do sistema (...). Por disposição constitucional (art. 93, IX), todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. No caso dos autos, havendo um leque de medidas a serem impostas ao paciente, deveria o juiz expor os motivos pelos quais optava pela de maior gravidade”.

HC 8.228. “Proferida decisão fundamentada ordenando em favor do menor infrator a conversão de medida sócio-educativa de internação em liberdade

assistida, a suspensão liminar deste édito em sede de agravo de instrumento somente é admissível quando objetivamente demonstrado, por despacho motivado, as razões autorizadas da providência”.

HC 7.358. “A decisão fustigada não está fundamentada. A autoridade coatora não aponta qualquer fato, qualquer circunstância a ensejar suspensão dos efeitos da decisão agravada. É certo que se trata de decisão liminar com caráter de provisoriedade, mas, nem assim se pode menosprezar o comando constitucional (art. 93, IX), que é de clareza meridiana, não dando margem a dúvidas interpretativas”.

HC 7.358. “O bem em testilha merece consideração adequada. Se a segurança dos cidadãos na comunidade não pode ser olvidada, também não se pode ignorar a liberdade de um indivíduo que foi beneficiado por decisão de primeira instância, quando de regime de internamento passou à fase de liberdade assistida, tendo sido, essa liberdade, cerceada por uma decisão que encobre qualquer motivação. Já se decidiu (STJ, RHC 4.303/95, *DJ* 06.02.1996, p. 4.086): ‘O decreto de prisão preventiva, assim como todas as decisões judiciais, devem ser suficientemente fundamentadas, com destaque para as que implicam medida constritiva da liberdade. Inteligência do art. 315 do CPP e do art. 93, IX, da Constituição’. Do mesmo entendimento a seguinte decisão desse E. Superior Tribunal de Justiça (REsp 42.417/94-RS, *DJ* 16.05.1994, p. 11.721). ‘Improvemento do agravo por acórdão desprovido de fundamentação. É imperativo legal, e atualmente constitucional, que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas’. Se tal entendimento é notório no âmbito do Direito Processual Civil, por maior razão deve sê-lo no contexto do Direito Processual Penal, haja vista relevância do *jus ambulandi*”.

A cassação do efeito suspensivo concedido liminarmente aos agravos, garantindo-se ao agravado o direito de permanecer em liberdade durante o correr do feito, ensejou que, quando do julgamento, já desistisse o Tribunal *a quo* de reordenar o recolhimento do adolescente: “Ocorre que ao agravo negou-se-lhe o efeito suspensivo. Vale dizer, foi o menor desde logo posto sob novo regime. Em consequência, passou a desfrutar de liberdade assistida e, decorridos mais de cinco meses, não é conveniente seu retorno à Febem. Essa alteração pendular na sua condição de infrator poderá desestabilizar o infrator e pôr a perder o trabalho reeducativo a que se submeteu nos sete meses de internação” (TJSP, AgIn 037.249-0/1, rel. Alves Braga).

2.5 Direito de o jovem ser ouvido pessoalmente antes da decisão que, em sede de execução, substitui, por internação, medida mais branda aplicada

Quando o jovem descumpre reiterada e injustificadamente medida anteriormente imposta, pode receber, nos termos do art. 122, III, medida de internação por até três meses (art. 122, § 1.º, do ECA). Tal medida é conhecida nos meios forenses como “internação-sanção”. Pois bem, na prática geral dos fóruns

paulistas esta medida é aplicada no curso dos procedimentos de execução da medida mais branda, por decisão judicial proferida após oitiva das partes (promotor e defesa). Dispensa-se, em geral, sobretudo na capital, a prévia ouvida pessoal do adolescente, notadamente quando a medida anteriormente descumprida foi a de semiliberdade. O Tribunal local tem consentido com este proceder. Contudo, de maneira pacífica e maciça o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a indispensabilidade da prévia oitiva pessoal do adolescente antes de eventual decisão que lhe aplique medida privativa de liberdade. Dia a dia tem anulado decisões proferidas sem a ouvida pessoal do jovem implicado,¹¹ pelos mais diversos motivos:

HC 9.236. “As medidas sócio-educativas impostas ao menor infrator devem ser concebidas em consonância com os objetivos maiores da sua reeducação, sendo relevantes para a obtenção desse resultado o respeito à sua dignidade como pessoa humana e adoção de posturas demonstrativas de realização de justiça. Nesta linha de visão impõe-se que no procedimento impositivo de sanções seja observado o princípio da ampla defesa e, de consequência, é de rigor a prévia audiência do menor infrator no caso de regressão de uma medida menos grave para outra mais rigorosa” Idem: HC 8.887, 9.806, RHC 9.068.

HC 8.836. “A regressão do paciente foi determinada sem a necessária oitiva do mesmo, sem observância dos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa, malferindo-se ainda o disposto no art. 110 do ECA”.

RHC 8.634. “O julgador, ao proceder a conversão da medida, deixou de acolher a manifestação da defesa; o adolescente sequer foi ouvido, sendo-lhe negado, assim, o exercício da ampla defesa. Dou provimento parcial ao recurso para, anulando a decisão ora recorrida, determinar a expedição de contramandado de busca, permanecendo o paciente em regime de semiliberdade até que nova decisão venha a ser proferida, observando-se-lhe os ditames legais e garantindo-lhe o exercício da ampla defesa”.

RHC 9.287. “A tutela do menor infrator merece maiores cuidados que aquela deferida ao maior delinqüente. Assim, a ampla defesa deve ser observada ainda com rigor quando se tratar de processos disciplinados pelo ECA. No caso dos autos, o menor não foi ouvido, não tendo tido a oportunidade de se manifestar a respeito do descumprimento da medida sócio-educativa. (...) Esta Corte tem entendido que a decisão que determina a regressão de medida de semiliberdade para internação, por constituir restrição ao *status libertatis*, não

⁽¹¹⁾ Há decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a violação é tão grave que enseja concessão de liminar para atribuir efeito suspensivo em agravo interposto para questioná-la: “A internação é, sem dúvida, medida de natureza grave, cuja decretação depende diretamente da estreita observância das garantias previstas na CF, art. 5.º, LIV e LV, e no ECA, art. 110, III, IV e VI. Há que ser assegurado, ao adolescente, exercício do direito de defesa. Assim, conheço do *habeas corpus* e defiro pedido para atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento” (HC 9.328).

pode prescindir da oitiva do adolescente infrator, sob pena de nulidade, por ofensa ao postulado constitucional do devido processo legal”.

RHC 9.270. “É pacífica a jurisprudência a respeito da indispensabilidade da oitiva do menor para aplicação de medida sócio-educativa mais gravosa”. Idem: HC 10.985.

RHC 9.315. “A lei, em seu art. 111, V, deixa claro que precede à decisão de internamento a oitiva do adolescente. Neste sentido já se firmou jurisprudência desta E. Corte. Desta feita, em respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV), o magistrado só pode concluir pela ineficácia da liberdade assistida e sua substituição por medida mais severa, após ser dada ao adolescente a oportunidade de se justificar pessoalmente”.

HC 9.724. (Necessidade de oitiva do adolescente e da defesa técnica.) “A medida de internação é considerada, *ex vi legis*, grave, devendo ser breve e excepcional (v. arts. 121 e 122 do ECA). Ainda que o objetivo não seja exatamente o mesmo de pena privativa de liberdade, ela não deixa de ser uma segregação extrema. Ora, a lei, em seu art. 110, III, V e VI, deixa claro que precede à decisão de internamento a oitiva, se possível, do adolescente e, como corolário do art. 5.º, LIV e LV, da nossa *Lex Fundamental*, pelo menos a manifestação da defesa técnica, o que sequer foi tentado. Contrário, *data venia*, o procedimento relacionado à aplicação das medidas previstas no ECA passaria a ter um sabor quase kafkiano”. Idem: HC 9.725 e 8.874, RHC 8.606 e 9.332.

RHC 8.871. “A regressão não pode prescindir do devido processo legal, com a oitiva do adolescente”.

HC 11.302. “É posição desta Corte que a determinação de regressão de medidas reclama a oitiva do menor infrator para que se manifeste a respeito do descumprimento da semiliberdade originariamente determinada – que serviu de fundamento para a regressão à medida de internação mais rigorosa, em observância ao caráter educacional de exceção da legislação incidente e ao princípio constitucional da ampla defesa”. Idem: HC 10.776 e 10.637, RHC 8.612.

RHC 8.837. “A internação é, sem dúvida, medida de natureza grave, cuja decretação depende diretamente da estreita observância das garantias previstas na CF, art. 5.º, LIV e LV, e no ECA, art. 110, III, V e VI. Há que se ter assegurado ao adolescente, o exercício do direito de defesa”. Idem: HC 10.775, 8.908, 9.329, RHC 9.405.

RHC 8.873. “A decisão que determina a regressão da medida de semiliberdade para internação, por constituir restrição ao *status libertatis*, não pode prescindir da oitiva do adolescente infrator, sob pena de ofensa ao postulado do devido processo legal” (art. 110, III e V, do ECA).

HC 11.180. “Para que se alcancem os objetivos pretendidos pelas medidas sócio-educativas impõe-se que, na imposição das sanções seja observado, com

extremo rigor, o princípio da ampla defesa. Portanto, a prévia audiência do menor infrator se faz indispensável (...). Idem: HC 10.985.

HC 10.368. “A tese defendida pela impetração é no sentido de que é nula a decisão judicial que decreta regressão de liberdade assistida para internação sem oitiva do adolescente infrator. A irresignação merece acolhida, porquanto já decidiu esta Corte no mesmo sentido preconizado pela impetração”.

Eventual oportunidade para o jovem justificar-se após sua apreensão não afasta a nulidade do decreto de internação sem ouvi-lo.¹² Pelos mesmos motivos acima apresentados, o Superior Tribunal de Justiça declarou nulo processo onde não foi intimado o responsável pelo adolescente a fim de acompanhá-lo nos atos processuais necessários, em especial a audiência de apresentação.¹³

2.6 O rol do art. 122 é taxativo

Apegados à vigência da legislação anterior, na qual medida privativa de liberdade tinha como pressuposto uma categoria sociológica vaga, “o ato anti-social”, muitos operadores do direito ainda não se deram conta de que, com o advento do ECA, a medida de internação passou a ser regida pelo *princípio da legalidade estrita*. Vale dizer, somente pode ser aplicada nos casos previstos em lei, nas hipóteses definidas *a priori*, para situações de fato precisas. Absurdo que o cidadão não possa saber antecipadamente o que pode fazer ou deixar de fazer para evitar a perda de sua liberdade. Assim, não tem o magistrado, neste terreno, qualquer poder discricionário. Não pode, somente porque assim acha mais adequado aos superiores interesses do jovem, ministrar-lhe internação. Os casos de privação de liberdade são somente aqueles previstos no art. 122 (exceto a internação provisória) do Estatuto, sendo absolutamente ilegal a manutenção de jovem internado fora das hipóteses taxativamente descritas:

HC 8.868. “É nula a r. decisão cuja fundamentação não apresenta correlação com as hipóteses legais ensejadoras da medida privativa de liberdade. A infração

(12) RHC 9.332. “A decisão do acórdão recorrido de determinar a apresentação do paciente ao magistrado de primeiro grau tão logo seja apreendido para justificar-se, viola as garantias da ampla defesa. Não terá qualquer efeito uma justificação feita após a decisão do juiz de aplicar a internação-sanção. Ora, o convencimento do magistrado já estará formado, sendo inócua a justificação que se apresente”.

(13) HC 9.806. “No caso dos autos, os pais do paciente não se fizeram presentes na audiência de sua apresentação, quando lhe foi imposta medida sócio-educativa de internação por prazo indeterminado, pelo cometimento de ato infracional equivalente ao furto qualificado. Naquela assentada, a defesa pediu a presença dos pais do menor, demonstrando que não foram eles intimados por mandado para comparecimento ao ato, requerimento este que não mereceu a mínima consideração por parte do MM. Juiz, na sentença. Penso que assim agindo, a r. sentença negou ao paciente o direito de ser acompanhado por seus pais, sendo, por isso, nula”.

não é daquelas indicadas no inc. I (do art. 121). Não se demonstrou, na fundamentação dos decisórios, a reiteração no cometimento de outras infrações graves. Por igual, não realizou-se adequação típica em relação ao inc. III”.

RHC 7.259. “As medidas sócio-educativas são enumeradas conforme o critério *numerus clausus*. (...) O ato infracional é pressuposto da sanção (consequência lógica). Daí o art. 122 relacionar os casos de medida de internação, depender, como antecedente dos casos enumerados nos respectivos incisos. A norma indicada é categórica (...). Mirando o princípio da legalidade em toda sua abrangência, não se pode admitir a aplicação da medida sócio-educativa fora das balizas enumeradas pelo já referido artigo. Ter-se-ia inovação na fixação de pena *sine lege*. (...) A taxatividade dos incisos do art. 122 do ECA se alia, à precisão, com o caráter de excepcionalidade de internação, posto que a própria natureza grave ou gravíssima das infrações (diga-se, dotadas de excepcionalidade) é que autorizam medida extrema – internação”.

HC 10.776. “Esta turma tem entendido que a medida extrema de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, eis que a segregação de menor é, efetivamente, medida de exceção, devendo ser aplicada ou mantida somente quando evidenciada sua necessidade – em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa a reintegração do menor à sociedade”. Idem: HC 10.216, 11.302.

HC 10.938. “Se a paciente não se amolda, com perfeição, aos requisitos do art. 122, a ela não se pode aplicar a medida de internação. Ademais, como ressalta a representante da Subprocuradoria Geral da República, a internação constituiu medida de exceção, devendo ser adotada somente nos restritos casos legais”.

Sendo, pois, taxativo, o rol do art. 122 do ECA, a internação não pode ser aplicada:

a) *Em casos de adolescente primário envolvido em ato equiparado a tráfico de drogas*

HC 13.084. (Decisão concessiva de liminar.) “Em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, ainda que considerado hediondo, e porte de arma, é inaplicável a medida sócio-educativa de internação, à ausência de previsão legal. Relevantes os fundamentos do pedido e conveniente a concessão da medida liminar, defiro-a, para determinar a aplicação provisória de medida sócio-educativa diversa da internação”. Idem: HC 13.192, 12.344 e 12.523 (decisões monocráticas concessivas de liminar).

RHC 9.688. “O art. 122 do ECA enumera de forma taxativa os casos em que se aplica a internação. Apesar do delito ser equiparado ao crime hediondo, é vedada a interpretação prejudicial ao menor. Precedentes”. Idem: RHC 8.908.

HC 10.294. “Ato infracional. Tráfico de entorpecentes. Internação. Ilegalidade. Lei 8.069/90”.

HC 10.938 e 9.619, RHC 7.447 e 7.259. Em todos estes julgados cassou-se a internação aplicada a adolescente primário acusados da infração de tráfico de drogas.

b) *Em casos de adolescente envolvido em atos que não sejam considerados graves*

HC 10.216. “Nos termos dos precedentes desta Turma, deve-se levar em conta a espécie de delito praticado, assim como a cominação abstrata da pena que receberia o menor se fosse imputável, não se podendo declarar genericamente a ocorrência do disposto no inc. II do art. 122 do ECA (HC 8.868/SP, rel. Min. Félix Fischer, DJ 01.07.1999). Assim, não restou demonstrada a reiteração no cometimento de infração grave, a sustentar o embasamento no inc. II *entendendo-se como graves os delitos apenados com pena de reclusão*. (Neste caso jovem havia sido internado pela prática de ato equiparado a porte de entorpecentes.)

HC 11.277. “Menor infrator. Uso de substância entorpecente. Internação. Não aplicabilidade. Não estando o uso de substância entorpecente elencado dentre as circunstâncias ensejadoras da medida, deve ser anulada a decisão que, equivocadamente, a determinou”.

c) *Em substituição à medida anterior, supostamente inadequada e descumprida, a não ser nas condições do art. 122, III, e no limite temporal do § 1.º do mesmo dispositivo*

A partir da interpretação dos arts. 113 e 99/100 do ECA, certo setor da magistratura e Ministério Público sustentam que, revelada por qualquer indicador a inadequação da medida mais branda em curso para enfrentar a problemática apresentada pelo jovem, pode e deve o juiz substituir esta aquela medida ineficaz por outra, de internação por até três anos. Conhecida como *regressão de medida*, a prática é difundida largamente nas instâncias judiciais paulistas,¹⁴

(14) O Tribunal de Justiça de São Paulo tem duas posições a respeito. Alguns julgados supõem cabível a regressão, sem restrições. Outras decisões, todavia, entendem que a norma geral do art. 113 deve ser harmonizada com a norma especial do art. 122, III, que trata de descumprimento de medida mais branda, de modo que, nestes casos, o limite de duração da internação seria de três meses. Neste sentido, confirmam-se os julgados do TJSP: “Sem olvidar a possibilidade das medidas sócio-educativas poderem ser, a qualquer tempo, substituídas (art. 99 c/c o art. 113 do ECA, não se pode deslembra que o art. 122, III, do ECA prevê a internação ‘por descumprimento

muito embora viole preceitos básicos, como o princípio da legalidade e anterioridade da lei e a regra hermenêutica de que o especial (art. 122, III e § 1.º) prevalece sobre o geral (arts. 99 e 113). Grande parte dos recursos que aportam ao Superior Tribunal de Justiça sustentando a ilegalidade da “regressão” não são apreciados no seu mérito porque também incorporam a tese preliminar de que a regressão foi aplicada sem a oitiva do jovem. Todavia, alguns julgados da Corte Federal chegaram a enfrentar a matéria:

HC 10.973. “Ao decidir pela manutenção da medida constritiva de liberdade imposta pelo juízo monocrático ao paciente, a r. Câmara Especial do Tribunal *a quo* ateve-se, somente, à leitura fria do disposto nos arts. 99 e 113 da Lei 8.069/90, os quais estabelecem que as medidas sócio-educativas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, relegando ao *oblivio*, *concessa venia*, o rol taxativo das hipóteses em que cabe a medida, como evidenciam, com clareza solar, os arts. 101, par. ún., e 122, *caput* e § 2.º, bem como deixou de avaliar o cabimento de outra medida capaz de cumprir a finalidade de recuperação do menor, em desatendimento ao espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Existe uma outra série de julgados que simplesmente aderiram a um velho precedente do Supremo Tribunal Federal, HC 74.715/SP, no qual se pronunciou o descabimento da regressão com base no art. 99 do ECA, que somente se aplicaria às medidas de proteção. Nesta linha, transcrevendo a ementa da decisão referida, inclinam-se o HC 8.392, RHC 8.871 e 9.082. Por fim, alguns outros julgados implicitamente apenas refutam o cabimento da regressão: HC 10.680, 11.302 e 10.776.

reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta’, norma nitidamente especial em relação àquelas. Assim, *ex vi* deste último dispositivo, que cuida especificamente da reversão ao regime de internação por inobservação pelo infrator das regras de execução de outra medida, em caso de descumprimento reiterado e injustificado, a substituição a ser efetuada só o pode ser por internação. O agravo fica parcialmente provido apenas para estabelecer que o prazo da internação, determinado na sentença, é de no máximo três meses” (TJSP AgIn e Embargos de Declaração 52.004.0/6, rel. Alvaro Lazzarini). De idêntico teor: AgIn 52.899.0/7, rel. Alvaro Lazzarini. “*Habeas corpus*. Impetração em favor de menor face a regressão para medida sócio-educativa de internação pelo descumprimento da medida de liberdade assistida anteriormente aplicada. Decreto de internação sem prazo determinado, nos termos dos arts. 99, 100 e 113 do ECA. Inadmissibilidade. A internação-sanção não pode superar o prazo de noventa dias estabelecido em lei. Ordem concedida” (TJSP, HC 62.818.0/7-00, rel. Yussef Cahali). “Menor. Fuga do estabelecimento em que cumpria medida de semiliberdade (...). Ausência de elementos que motivassem tal descumprimento. Reversão à medida de internação limitada, porém, a três meses. Art. 122, III, do ECA que caracteriza como norma especial em relação aos arts. 99 e 113 deste Estatuto. Agravo parcialmente provido para determinar a internação do adolescente por noventa dias” (AgIn 35.734-0/0, TJSP, rel. Rebouças de Carvalho). AgIn 37.662-0. No mesmo sentido: HC 062.483.0/7-00, HC 66.709-0, AI 060.285.0/9, HC 55.241.0/7, AgIn 40.544-0/5 e AgIn 52.899.0/7.

2.7 Se o direito é outorgado ao maior, deve ser outorgado ao menor

Permitir-se a um menor inimputável tratamento mais severo do que receberia o maior imputável autor da mesma transgressão é algo que assombra os ministros do Superior Tribunal de Justiça, para quem os rigores na aplicação de uma medida, sobretudo a restritiva de liberdade, devem ser ainda maiores em se tratando de pessoa em desenvolvimento. De qualquer forma, sob o disfarce de medida simplesmente educativa, a internação, como já dito, por muitas vezes foi aplicada nas instâncias inferiores sem observância de benefícios outorgados a maiores situações que, à quase unanimidade, foram corrigidas no terceiro grau de jurisdição. Vejamos alguns exemplos:

HC 9.236. “Até no processo de execução penal, a regressão de um regime prisional para outro mais rigoroso deve ser precedida de audiência do condenado, audiência esta de caráter pessoal, entre o juiz e o preso. Tal providência com mais razão deve ser adotada nos processos que versam a política de reeducação de menores infratores, desprovida de caráter punitivo, na qual os nossos olhos devem sempre elevar-se para a magnitude da transformação do jovem em adulto honesto e participante da obra de construção de um mundo melhor”. Idem: HC 8.887, 11.325 e 9.806, RHC 9.068 e 8.869.

HC 8.868. “Se, para os penalmente imputáveis, a conduta atribuída à paciente (porte de entorpecentes) só poderia ensejar, no máximo, o regime semi-aberto visto que o injusto previsto no art. 16 da Lei 6.368/76 é apenado com detenção (o regime fechado só seria pertinente na regressão *ex vi* do art. 33, *caput*, 2.^a parte do CP), então não se pode, propriamente, e de imediato, asseverar genericamente a ocorrência do disposto no art. 122, II, do ECA (ainda que não seja, propriamente, *in casu*, uma pena)”.

HC 8.836. “Se mesmo na execução penal não se admite a regressão de regime de cumprimento de pena sem a ouvida pessoal do sentenciado, com muito maior razão quando se trata de menor infrator, quando a medida de internação somente deve ser determinada em casos excepcionais e por períodos curtos, visto que a criança ou o adolescente não devem ser privados do convívio da família”. Idem: HC 11.325.

HC 7.445. “O *ius libertatis* dos adultos, acusados de graves crimes, só pode ser afetado provisoriamente mediante *decisum* concretamente fundamentado. Por maior razão, tal deve ser observado para com crianças e adolescentes”. Idem: HC 8.129.

RHC 9.287. “A tutela do menor infrator merece maiores cuidados que aquela deferida ao maior delinqüente. Assim, a ampla defesa deve ser observada ainda com rigor quando se tratar de processos disciplinados pelo ECA”.

HC 7.664. “Se para os adultos a segregação cautelar é excepcional e nunca deve ser duradoura – o que configura excesso de prazo – por maior razão isto se aplica aos menores”. Idem: HC 8.034.

HC 10.216. “Nos termos dos precedentes desta Turma, deve-se levar em conta a espécie de delito praticado, assim como a cominação abstrata da pena que receberia o menor se fosse imputável, não se podendo declarar genericamente a ocorrência do disposto no inc. II do art. 122 do ECA (HC 8.868/SP, rel. Min. Félix Fischer, DJ 01.07.1999). Dessarte, a conduta atribuída ao paciente – equiparada a porte de entorpecentes – não submeteria os penalmente imputáveis, ao menos inicialmente, ao regime fechado, uma vez que o art. 16 da Lei 6.368/76 é apenado com detenção, seria uma contradição admitir-se que um menor possa receber tratamento mais rigoroso que um adulto, ainda que reincidente”.

De outro lado, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça não cai na armadilha de aceitar o raciocínio inverso. Aquilo que não beneficia o maior, ou agrava sua condição, não se estende automaticamente aos jovens. Não cabe, por exemplo o instituto da deserção na área da infância e juventude:

Resp 172.096. “A apuração de ato infracional não visa a imposição de pena, senão apenas de medida de caráter preventivo e pedagógico. Observando-se por esse prisma, a norma insculpida no art. 595 do CPP não deve ser aplicada aos casos regulados pelo ECA. Isto porque tal norma é de aplicação restritiva. Trata-se de *santio juris* cuja previsão, ainda que de natureza processual, reflete-se no campo material. Aplicar subsidiariamente tal norma estaria, em última análise, indo de encontro com a própria finalidade do Estatuto que é o de ‘realçar a importância da família, fundamental para o aprendizado do *adolescente*’ (Alberto Silva Franco, Rui Stoco et alii. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed., p. 406)”.

2.8 Só a gravidade da conduta não é suficiente para aplicar a internação

Por diversas vezes, também, lembrou-nos o Superior Tribunal de Justiça que a gravidade do ato infracional, como indicador isolado, não justifica a adoção da medida mais severa. Trata-se de condição necessária, mas não suficiente para a internação. Tampouco basta agregar-se à gravidade do ato infracional menções genéricas a passagens anteriores, maus antecedentes, vida ociosa, falta de respaldo familiar como se tais circunstâncias reclamassem, de forma natural, a segregação como estratégia ressocializadora. A caracterização da excepcionalidade motivadora da internação requer do magistrado um juízo mais profundo e considerações mais amplas sobre múltiplos aspectos do caso, que vá além dos habituais automatismos lógico-dedutivos utilizados nas sentenças.

HC 9.713. “Se o adolescente, além de trabalhar e estudar, cumprir toda a medida sócio-educativa de liberdade assistida, tendo o relatório técnico da Febem informado não revelar mais tendência infracional e ter condições de convívio social, o fundamento básico do acórdão atacado, *gravidade da conduta* (tentativa de latrocínio) não tem força bastante para afastar essas constatações, mesmo porque, a internação é medida extrema, cabível quando o caso não comporta outra menos grave”.

HC 7.589. “É necessário (para que se ordene liminarmente a suspensão do desinternamento) que a decisão seja suficientemente fundamentada, com indicação objetiva dos motivos ensejadores da providência. Tal situação, todavia, não se encontra presente na espécie, pois o despacho sob enfoque apenas faz referência à gravidade dos fatos praticados pelo menor, porém não indica as razões do deferimento liminar da pretensão recursal”. Idem: HC 7.494, 8.550, 7.683, 7.448 e 8.543.

HC 10.570. “O fundamento básico do acórdão, que consubstanciou-se na gravidade da conduta – não é suficiente para motivar a privação total da liberdade do menor, tendo em vista a própria excepcionalidade da medida de internação”.

HC 10.679. “O cotejo entre o comportamento do menor e aquele descrito como crime ou como contravenção atua apenas como critério para identificar os fatos possíveis de relevância infracional, dentro da sistemática do ECA. Exatamente porque ao menor infrator se aplicam medidas outras de cunho educativo e protetivo sem critérios rígidos de duração, já que vinculados exclusivamente à sua finalidade essencial”.

RHC 8.949. (Gravidade e antecedentes.) “A decisão monocrática que determinou a medida de internação não fundamentou devidamente a opção pela medida mais gravosa, sendo que a simples alusão à gravidade da infração e aos péssimos antecedentes do menor não são suficientes para motivar a privação total de sua liberdade, até mesmo pela própria excepcionalidade da medida sócio-educativa de internação, restando caracterizada afronta aos objetivos do sistema. (...) A gravidade da infração e os péssimos antecedentes, a toda evidência, não são motivação bastante para privar o adolescente de sua liberdade, alento, inclusive, ao caráter excepcional de tal medida.

HC 10.938. (Antecedentes e gravidade.) “A decisão *a quo* que determinou a internação somente faz referência a um possível delito anterior, bem como à gravidade da infração atual. Estes motivos, contudo, não são suficientes para determinar a total privação de liberdade da menor, sob pena de se afrontar o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como objetivo a sua reintegração na sociedade”.

HC 10.216. (Antecedentes e ociosidade.) “A simples alusão à ‘gama de atos infracionais praticados, onde as remissões não se mostraram eficazes, sendo um menor não afeito ao trabalho lícito ou aos estudos’ não é suficiente para motivar a privação total da sua liberdade, até mesmo pela própria excepcionalidade da medida sócio-educativa de internação, restando caracterizada a afronta aos objetivos do sistema”.

2.9 O tempo cronológico não é decisivo

Se a gravidade do ato infracional não basta para legitimar a aplicação da internação, da mesma forma o tempo supostamente curto de duração deste

regime não se põe como obstáculo à progressão para medida mais branda. A privação de liberdade tem tempo indeterminado (art. 121, § 2.º, do ECA) justamente para que se possa respeitar o ritmo de cada pessoa, individualizando-se a reprimenda conforme as necessidades pessoais de cada um. Se lidamos com o universo subjetivo do homem e com o impacto gerado pela segregação e pela intervenção pedagógica em cada indivíduo, nosso tempo é o tempo psicológico. Aquele tempo traduzido no espaço dos relógios e calendários pouco tem, aqui, de significativo.

HC 11.276. “Como não se fixa prazo para o cumprimento da internação justamente porque as medidas previstas no ECA não têm caráter punitivo, mas educativo, não é o tempo de internação do menor, mas o seu comportamento nesse período e seu prognóstico de desenvolvimento social. Somente o fato de ter ficado internado por sete meses, tempo considerado exíguo pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Justiça, não impede a progressão”.

HC 8.433. Se o órgão técnico, que acompanha o menor no seu dia-a-dia, concluiu que o mesmo tinha condições de retornar ao convívio social, com base em quê entendeu o julgador em contrário? O fato de o menor somente ter ficado internado por sete meses não é justificativa aceitável, pois parte de um dado que não tem respaldo fático.

2.10 A situação da Febem é, sim, relevante para se considerar qual a medida mais adequada

Uma decisão judicial que aplica internação nunca será justa se, na prática, não se observarem condições adequadas para seu cumprimento. Se o cunho aflitivo da experiência de isolamento transborda habitualmente os limites da decisão judicial, tal realidade deve afetar a escolha da medida. Trata-se de uma constatação tão óbvia quanto pouco assimilada nas decisões de primeiro e, sobretudo, de segundo grau no Estado de São Paulo. Nelas, privação de liberdade ainda é vista de forma quase idílica, como altamente pedagógica e amplamente capaz de converter jovens infratores em jovens virtuosos. O Superior Tribunal de Justiça, em mais de um julgado, nos convida a romper com esta indiferença quase autista à realidade:

RHC 7.447. “Na verdade, ainda que a internação possua como objetivo a educação, preparação e encaminhamento do interno à vida exterior e social, as entidades de recolhimento têm padecido de várias falhas, impossibilitando a recuperação de qualquer infrator. Algumas delas têm sido inclusive focos de rebeliões, com reflexos negativos na opinião pública, que desacredita na instituição, como tem ocorrido com a Febem, onde se encontra o paciente”.

HC 10.973. “Apesar da finalidade ressocializadora das medidas sócio-educativas, não se pode olvidar a realidade brasileira dos centros de recuperação que, como é cediço, não possuem o aparelhamento necessário à recuperação destes menores, servindo, no mais das vezes, para incitar a revolta e a

delinqüência, dadas as condições absolutamente desumanas em que esses menores são obrigados a viver quando internados.

Por tais motivos tem a mesma Corte lembrado também que a manutenção de medida privativa de liberdade de forma desnecessária pode causar prejuízos incorrigíveis aos internos:

HC 8.908. “Percebe-se que o menor desenvolveu comportamento adequado ao retorno ao convívio social, tornando-se prejudicial a manutenção da internação ao lado da influência negativa de menores infratores”.

2.11 Quando o jovem já cumpriu medida mais branda não se justifica a medida de internação

Nos termos do art. 113/100 do ECA a medida sócio-educativa se justifica segundo suas necessidades pedagógicas. Tais necessidades se modificam com o passar do tempo e como a vida corre menos lentamente que os processos (sobretudo na segunda instância), não é incomum ordenar-se internação por conta de fatores pretéritos totalmente superados pelo passar do tempo e pelo natural desenvolvimento do jovem. O caso mais comum se dá quando o jovem cumpre a medida mais branda fixada em primeiro grau e, após, o Tribunal provê recurso ministerial postulando medida mais severa:

HC 9.713. “Se o adolescente, além de trabalhar e estudar, cumprir toda a medida sócio-educativa de liberdade assistida, tendo o relatório técnico da Febem informado não revelar mais tendência infracional e ter condições de convívio social, o fundamento básico do acórdão atacado, gravidade da conduta (tentativa de latrocínio) não tem força bastante para afastar essas constatações, mesmo porque, a internação é medida extrema, cabível quando o caso não comporta outra menos grave. (...) Assim sendo, ante a situação do menor que, além de ter bom comportamento, exercer atividade laborativa e ter convívio familiar, encontrava-se às vésperas da avaliação final, eis que já esgotado o prazo de cumprimento da medida sócio-educativa, parece-nos mais prudente, em atendimento aos fins do Estatuto da Criança e do Adolescente, que seja concedido o *writ* para cassar o acórdão da Corte *a quo*, restabelecendo a decisão monocrática”.

RHC 9.315. “Se o jovem já completou 18 anos e não há notícia da prática de outro ato anti-social, qual a utilidade da internação?”

HC 8.908. “Já se passaram os seis meses estipulados para o cumprimento da liberdade assistida. Tendo o acusado cumprido, efetivamente, a totalidade da medida que lhe foi imposta, não se fala em nova internação”.

O grande precedente desta linha de decisão foi um acórdão do Supremo Tribunal Federal, magistralmente relatado pelo Min. Marco Aurélio: STF, HC 75.629-8/SP. “O paciente foi condenado à medida extrema de internação por haver desejado para si peças de roupa e calçados de outrem e para isso usou

a força. À época, o Juízo asseverou-lhe que, cumpridas as determinações que se lhe impunham, seria 'perdoado'. Deu-se-lhe nova chance, até mesmo em reconhecimento à falibilidade da natureza humana. O jovem redimiu-se perante o tecido social, mostrando boa vontade, apenas dos obstáculos (...). Honrou louvavelmente o ajuste a que se comprometeu. Eis, entretanto, que a outra parte foge-se ao compromisso: as demonstrações de bom comportamento, de lisura, enfim, de plena remissão não foram consideradas suficientes ao rigoroso crivo do órgão revisor que, de uma feita, ignorou todos os esforços do paciente (...). [Nestas condições] mostra-se um contra-senso anuir-se com uma decisão que redunde no agravamento do estado do paciente, resultado indiscutível da convivência com internos contumazes”.

2.12 Outras questões relevantes

2.12.1 Reconhecimento da prescrição

Na linha de se reconhecer o caráter sancionatório, punitivo mesmo, das medidas aplicáveis aos adolescentes infratores, bem como outorgar-lhes os mesmos direitos e garantias estabelecidos na lei penal para os maiores (vide tópico específico acima), o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a pretensão sócio-educativa também se sujeita a extinguir-se em decorrência do advento da prescrição:

REsp 241.477. “A medida sócio-educativa, pois, também é punitiva. Mesmo a pena por crime, é sabido e proclamado na lei de execução penal, tem seu lado sócio-educativo: pune-se e tenta-se com a punição reeducar (...). Importante salientar as consequências jurídicas do caso sob análise, se a infração fosse aplicada por adulto imputável, aplicando-se as normas do Código Penal. Se o recorrido fosse imputável menor de vinte e um anos (...) já estaria de longe prescrita a pretensão punitiva do Estado. Destarte, não aplicar o instituto da prescrição ao atos infracionais, injustos fundamentadores da atuação do Estado, significa criar situações bem mais severas e duradouras aos adolescentes do que em idênticas situações seriam impostas aos imputáveis, o que é de todo irrazoável”.

2.12.2 Respeito à coisa julgada que beneficia o adolescente. Medida fixada por tempo determinado de seis meses

Alguns magistrados, ainda que afrontando o art. 121, § 2.º, do ECA, estabelecem medida de internação por prazo determinado. Com razoável frequência depara com sentenças de internação, executadas aqui na capital, aplicando a medida de internação por prazo fixo, sem ressalvas sinalizadoras de que tal prazo de cumprimento seria simplesmente mínimo, reclamando, após seu decurso, a reavaliação do regime. A jurisprudência do Tribunal de Justiça

local reconhece a ilegalidade na determinação de prazo para cumprimento da medida, de forma que, através de *habeas corpus* pode-se facilmente obter ordem para converter a internação em tempo indeterminado. Todavia, tal solução somente beneficia a defesa quando se tratar de prazo mínimo, ou de prazo fixo dilatado (por exemplo, de dois anos). Quando o tempo de cumprimento é mais reduzido, por exemplo, de seis meses, período inferior à media de permanência de um interno na Febem, interessa que a sentença seja cumprida. Mesmo admitindo-se a imprecisão técnica da decisão, o certo é que ela foi proferida, sem apelo ministerial, fazendo coisa julgada. Não obstante, os juízes de execução tendem simplesmente a ignorar coisa julgada, indeferindo sistematicamente pedidos de liberação formulados após o decurso do prazo. O Tribunal de Justiça não corrige a situação, mantendo cativo o jovem. O Superior Tribunal de Justiça, chamado em nosso socorro, não decepcionou:

HC 11.377. “O alegado constrangimento advém do fato de ter sido denegada medida liminar no *mandamus* impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, visando a imediata soltura da paciente, porque já cumprida a medida interativa, pelo prazo de seis meses, que lhe fora imposta pelo Juiz da Infância e Juventude, mediante sentença transitada em julgado. Evidente o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, visto que a segregação da menor, por tempo superior ao previsto na sentença, representa irreparável dano ao seu direito de locomoção e de convívio normal com seus familiares, não havendo, por outro lado, como ser denegada a ordem, ao final, visto não poder o Tribunal de Justiça afastar o império da coisa julgada, ainda que a internação no caso sob exame devesse, ser por tempo indeterminado, desde que não superior a três anos, e apenas as avaliações serem semestrais. Fixado, contudo, na sentença transitada em julgado que a internação se daria por seis meses – tempo determinado, portanto, sem recurso do Ministério Público, não há como exigir que se prive a paciente de sua liberdade após o decurso de tal tempo”.

2.12.3 Direito ao prazo em dobro pela defensoria

Houve juízes que denegaram, absurdamente, o prazo em dobro outorgado à Defensoria Pública pelo art. 5.º, § 5.º, da Lei 1.060/50 e ratificado pela LC 80/94, supondo inaplicável a prerrogativa em feitos regulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O Superior Tribunal de Justiça também já corrigiu tal violação desta natureza.

REsp 160.749/RS. “Ementa: Recurso especial. Lei 8.069/90. Defensoria Pública. Contagem de prazo. Segundo precedentes, ‘em se tratando de parte representada pela Defensoria Pública, os prazos contam-se em dobro’. (...) Os membros da Defensoria Pública têm direito a contagem do prazo em dobro, inclusive nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e Juventude, *ex vi*, art. 128, I, da LC 80/94”. Nesse sentido é a jurisprudência adotada por esse colendo Superior Tribunal de Justiça. No corpo de acórdão vem transcrita ementa de julgado com idêntico teor: REsp 63.491/DF.

2.12.4 Reabertura do prazo e indispensabilidade da apelação quando o jovem relata desejo de recorrer

Como a sistemática recursal do ECA é do CPC (art. 198, *caput*), onde os prazos, preclusivos, fluem da data em que o advogado toma ciência da decisão, alguns juízes não reabrem novo prazo para apelo quando o jovem, intimado da sentença após o defensor, manifesta seu desejo de recorrer (art. 190, § 2.º, do ECA). Outra vez o STJ trouxe luz sobre a questão, deixando entrever inclusive que, tal como na esfera do processo penal, eventuais razões protocoladas fora do prazo não tornariam intempestivo o recurso interposto pelo próprio adolescente no momento de sua intimação da decisão.

REsp 160.749/RS. “Tendo sido o recorrente intimado da sentença proferida pelo juiz singular, que lhe aplicou medida de internação, e tendo manifestado o seu desejo de recorrer, não lhe pode ser negado o direito de apelar, sob o argumento de que o prazo para interposição do recurso só começa a fluir quando da intimação do defensor e este apresentou as razões recursais fora do prazo legal. Tal entendimento afronta o disposto no art. 190, § 2.º, da Lei 8.069/90, uma vez que torna irrelevante a vontade do adolescente e, por conseguinte, ineficaz a norma que determina seja intimado o menor infrator afim de que este manifeste o seu desejo de recorrer ou não da sentença”.

2.12.5 O prazo de reavaliação máximo conta a partir da internação provisória

Tormentosa questão despontada no cotidiano da execução da medida de internação é quanto ao termo inicial de contagem do prazo de reavaliação da medida. Se para os adultos aproveita-se, para todos os efeitos, o tempo da custódia cautelar no desconto da pena privativa de liberdade, reiteradas decisões têm subtraído dos adolescentes internados esta palmar garantia, em especial para que o tempo de internação provisória se integre na contagem do prazo de reavaliação da medida. A este respeito, o Superior Tribunal de Justiça em recentíssima decisão foi taxativo:

HC 12.596, j. 18.08.2000. “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para assegurar ao paciente o direito de ser reavaliado no máximo em seis meses, a partir da sua internação provisória”.

3. Conclusão

Passados dez anos de vigência do ECA, a jurisprudência, em especial aquela sintonizada com os ditames do novo paradigma inaugurado pelo Estatuto, ainda encontra-se em formação. Está-se, em verdade, a construir dia a dia e cabe aos advogados fornecer o material de construção com que os tribunais erguem a

obra. Mais do que simples compilação de julgados o presente texto é um convite. Um convite para que, diante das ilegalidades verificadas em primeiro e segundo grau de jurisdição, não nos resignemos. O bom trabalho de advocacia não estará completado sem que recorramos à Corte de Brasília. Muito possivelmente encontremos ouvidos e amparos para os nossos reclamos no Superior Tribunal de Justiça.

5. CRIMINOLOGIA

5.1

PROGRAMAS DE ASISTENCIA A VÍCTIMAS DE DELITOS

SUSANA MONTOZA DE LANZA

SUMARIO: 1. Seguridad pública y victimología – 2. Asistencia a víctimas de delitos: 2.1 Violencia intrafamiliar; 2.2 Maltrato infantil; 2.3 Abuso sexual – 3. Consideraciones finales – Bibliografía.

Resumen: Este trabajo analiza las diferentes situaciones de victimización, la asistencia a víctimas de delito y examina, especialmente el programa de asistencia a víctimas de la provincia de Mendoza (Argentina) y sus objetivos.

Palabras-clave: Criminología – Victimología – Víctima – Victimización – Programas de asistencia.

1. Seguridad pública y victimología

A través de la historia se ha respondido de distintas maneras al fenómeno de la criminalidad, problema que está condicionado, entre otros factores, por el crecimiento constante de las sociedades, la globalización, concentración de las riquezas, consumismo, desocupación y deserción escolar y se ha incrementado, adquiriendo niveles alarmantes para cualquier gobierno en este fin de milenio.

El crecimiento de los índices de criminalidad y violencia es una constante también en nuestro país, realidad que resulta imposible negar. En Mendoza, provincia argentina de 148.827 km² y 1.563.547 habitantes, de mantenerse la proporción de hechos cometidos en el primer semestre de 1998, se esperaría un incremento del 54% en los casos de homicidio y del 24% en los de robo con relación al año anterior.

La consecuencia de este panorama es la inseguridad pública, fenómeno complejo que abarca las situaciones reales de riesgo en una comunidad determinada y, también, la percepción de cada individuo respecto al peligro que afronta (sensación de inseguridad), circunstancia que afecta la calidad de vida, disminuye los espacios de libertad y condiciona el normal desarrollo de distintos aspectos del ser humano, entre otros, las relaciones sociales.

Como respuesta a esta situación en Mendoza se implementó el Plan Estratégico de Seguridad y Prevención de Conductas Antisociales, elaborado por el Lic. Hugo Lupiáñez, que plantea acciones cuyo objetivo es lograr “un

desarrollo pleno del individuo en su comunidad en un contexto razonable de seguridad, bajo un marco de respeto de la legalidad, los derechos humanos y la dignidad de la persona", a través de tres niveles de intervención:

- Primaria: intervención directa en la comunidad a través de uniones vecinales, centros de salud, municipios, policía, parroquias, escuelas, etc.
- Secundaria: actuación de la fuerza policial y del sistema judicial.
- Terciaria: acciones a llevar a cabo con el individuo privado de libertad y su grupo familiar.

Para disminuir el incremento de la delincuencia se contemplan diversas medidas que, en general, se relacionan con: endurecimiento de las penas, "tolerancia cero", incremento de las dotaciones policiales, penas alternativas a la prisión, suspensión del juicio a prueba, promoción de la participación comunitaria en actividades preventivas etc., distintas variables que, en mayor o menor medida, se tienen en cuenta cuando la inseguridad pública empieza a preocupar tanto a la ciudadanía como a sus gobernantes. No obstante, hay un aspecto que no siempre es considerado y que, si bien ha adquirido un desarrollo importante en países avanzados, es incipiente o inexistente en otros. Este es el relacionado con la víctima del delito y la disciplina que lo aborda: la *victimología*. No se puede hablar de *seguridad pública* si no se tienen en cuenta todos los factores que se ponen en juego: *prevención del delito, represión, participación de la sociedad y atención de la víctima*, como deberes indelegables del Estado.

Efectivamente, así como existe un andamiaje institucional que previene, investiga y reprime el delito, también es necesaria la implementación de una estructura que ayude a reparar las consecuencias en quien lo padece, compensando el desequilibrio que éste haya provocado. Lamentablemente, "en la atención victimológica se detecta una serie de ausencias, fragmentaciones, lagunas, inconsistencias, desarticulaciones y omisiones (intencionadas o no) que han estado presentes en la toma de decisiones políticas, ya sea por falta de voluntad o por carencia de los medios adecuados".¹

La atención victimológica resulta indispensable en tanto que un hecho delictivo, de cualquier naturaleza, provoca en quien lo padece una serie de consecuencias, cuya severidad y duración van a depender de diversos factores: personalidad de la víctima y del agresor, naturaleza de la relación entre ambos, tipo de delito, respuesta del sistema legal, apoyo familiar y social que reciba y perciba.

Los efectos post delictivos en la víctima son, en general, producto del "quiebre" de ciertos supuestos básicos sobre uno mismo y el mundo. En cuanto al primero, se fractura el sentimiento de invulnerabilidad personal y, en relación con el segundo, se asiste a la pérdida de los significados positivos que se

(1) Arlette Pichardo Muñiz. *Evaluación del impacto social*. Buenos Aires : Lumen Humanitas, 1997.

atribuyen a los demás, incrementándose los sentimientos de desconfianza y temor. Los síntomas más frecuentes son aquellos que conforman el trastorno por estrés postraumático: estado de shock, confusión, miedo, ansiedad, depresión, vergüenza, sentimientos de culpa, pesadillas o recuerdos recurrentes en los que reaparece la situación vivida, desinterés en actividades que anteriormente lo gratificaban, dificultades para conciliar y mantener el sueño, estado de sobresalto o irritabilidad, dificultades para concentrarse, cambio de costumbres y hábitos sociales, retraimiento social, deterioro de las relaciones sociales, sensación de peligro constante y/o síntomas físicos variados (dolor de cabeza o estómago, trastornos del apetito o del sueño). Estas manifestaciones pueden aparecer en forma inmediata, a mediano o largo plazo. Esto resulta claro, especialmente, en los casos de abuso sexual, en los que muchas veces la víctima parece retornar a niveles normales de funcionamiento, aunque sólo esté reprimiendo las reacciones emocionales y negando lo que le ha sucedido.

Por otra parte, el hecho delictivo impacta no sólo a quien lo padece, sino también a su entorno, lo que permite establecer distintos niveles de victimización:

1. *Victimización primaria*: se produce cuando ocurre el hecho en sí, que puede afectar a una persona, grupo o países, como sucede en el caso de los delitos económicos, ecológicos, narcotráfico, entre otros.

2. *Victimización secundaria*: se refiere a todas las situaciones que debe enfrentar quien fue víctima de un delito: reiterados relatos del hecho en seccional policial, institutos médico-forenses, fiscales, jueces de instrucción, que la hacen revivir la experiencia traumática; enfrentamiento con agresores; dilaciones judiciales; cuestionamiento de su relato; etc.

3. *Victimización terciaria*: es la que sufre el entorno próximo: familia, vecinos e incluso desconocidos de la víctima que, frente al conocimiento del hecho delictivo alteran o modifican costumbres o hábitos. Además, actúa generando mayores sentimientos de inseguridad, que llevan a incrementar medidas preventivas frente al conocimiento de sucesos que, a veces, ocurren en lugares distantes, e implican cambios de recorridos, rejas, alarmas, vigilancia privada, alerta entre vecinos.

A partir de las primeras categorizaciones que Benjamin Mendelsohn realizara respecto al grado de participación de la víctima en el acto delictivo, se han realizado numerosas y diversas clasificaciones. A continuación se considerarán las propuestas de la Dra. Hilda Marchiori, quien utiliza dos enfoques.

a) De acuerdo al *comportamiento de la víctima* frente a la agresión:

- Víctima inocente, que no percibe el peligro de la agresión: niños, disminuidos físicos y psíquicos, ancianos, víctimas de delitos por alevosía y de hechos cometidos por grupos. Son llamadas también víctimas vulnerables.

- Víctima consciente de la situación de peligro: situaciones de amenaza, maltrato, lesiones.

- Víctima que provoca el delito: casos de estafa.

b) En cuanto al grado de *conocimiento entre el autor y la víctima*, existen tres alternativas:

- Víctima y autor pertenecen al mismo grupo familiar.
- Víctima y autor son conocidos.
- La víctima desconoce al autor.

La consideración de la relación autor-víctima es fundamental en tanto que permite explicar las reacciones de la víctima en cuanto a: denuncias, intervenciones judiciales, implicancias en el ámbito de procesos de victimización secundaria o terciaria. Evidentemente, la postura del entorno familiar no será la misma si hay una relación de parentesco o cercanía con el autor, que implica un compromiso emocional previo y lo confronta con la realidad de que alguien, en quien se depositaron sentimientos afectivos positivos, pueda haber cometido actos tan graves como la violación de su hijo/a, por citar un ejemplo.

Asimismo, la conducta de la víctima frente a la agresión también puede explicarse partiendo de la naturaleza de la relación, a la vez que ilustra sobre su grado de responsabilidad en el hecho delictivo, lo que permite ajustar las estrategias de intervención a cada caso particular. No obstante, en la asistencia victimológica es fundamental, por parte de los profesionales intervinientes, poseer una actitud de credibilidad frente al relato de la víctima.

2. Asistencia a víctimas de delitos

En Argentina, el primer centro se creó hace poco más de una década, en la provincia de Córdoba, debido al impulso de dos destacadas personalidades: el Dr. Ricardo Núñez, respetado y honorable jurista, quien redactó el anteproyecto de ley, aprobado en 1986, y la Dra. Hilda Marchiori, primera directora del Centro, quien ya en 1969 abordaba el tema en Méjico y fue la impulsora para la creación de otras instituciones especializadas en el resto del país.

La experiencia de Mendoza es más reciente y data de cuatro años, cuando se realizaron los proyectos para la creación de un Centro dedicado a tal fin, que se concretó en 1995, en el ámbito del Ministerio de Gobierno, como "Programa de Asistencia a Víctimas de Delitos". Sus actividades se centran en torno a tres ejes: *preventivo, asistencial y rehabilitativo*, los que son enfocados desde las perspectivas clínica, social y jurídica. El abordaje es interdisciplinario, por lo que un profesional de la salud y un abogado realizan la entrevista de admisión, que permite detectar la problemática y establecer un diagnóstico victimológico. De acuerdo a éste se efectúa la orientación y/o asesoramiento legal y psicológico, se acuerda el inicio de un tratamiento y, de ser necesario, se solicita la intervención de profesionales de otra especialidad, que se incorporan al equipo ya interviniente: psiquiatra, trabajador social o psicólogo.

Aunque se destaca la importancia de efectuar la denuncia del hecho, entre otros motivos, para evitar que permanezca en la cifra oculta del delito, no es condición necesaria haberla realizado para recibir atención. Son objetivos del Programa:

- Abordar la problemática victimológica desde las áreas preventiva, asistencial y rehabilitativa.
- Orientar a la víctima y a su grupo familiar para superar la situación de victimización que hubieran padecido.
- Brindarle asistencia y tratamiento para su recuperación desde las áreas clínica, social y jurídica.
- Informarle acerca de sus derechos y brindarle asesoramiento legal.
- Realizar estadísticas y trabajos de investigación.

Las consultas pueden realizarse por cualquier situación de victimización frente a conductas previstas en la legislación vigente, tales como: maltrato infanto-juvenil, agresiones de orden sexual, lesiones, delitos contra la propiedad, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. No obstante, también se incluyen aquellos casos llamados "situaciones victimológicas", en los que, si bien no hay un delito tipificado como tal, hay, de hecho, una situación de violencia. Acaso ¿quién puede dudar acerca de los sufrimientos de una persona víctima de violencia psicológica, los padecimientos de niños testigos de violencia o los sentimientos de los hijos que se transforman en objeto de fuertes disputas en un proceso de divorcio?

La concurrencia al Programa es voluntaria y puede ser realizada por presentación espontánea de la víctima, de sus familiares o allegados, o por derivación de otras instituciones, tales como: policía, sistemas de administración de justicia, escuelas, centros de salud, hospitales, etc. La procedencia de los consultantes durante 1997 fue la siguiente:

Derivación	Menores		Adultos		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
Hospital	7	2%	27	4%	34	4%
Centro de Salud	33	10%	40	6%	73	7%
Poder Judicial	20	6%	41	6%	61	6%
Policía	12	4%	29	4%	41	4%
Escuela	60	18%	44	6%	104	10%
Municipio	30	9%	74	11%	104	10%
Espontánea	103	32%	321	47%	424	42%
Consejo de la mujer	18	6%	47	7%	65	7%
Otros	44	13%	59	9%	103	10%
Total	327	100%	682	100%	1009	100%

Respecto a los motivos determinantes de situaciones de *victimización*, pueden señalarse algunos datos obtenidos en una investigación sobre *seguridad pública y victimización*, realizada en 1993 en el Distrito Belgrano del Dpto. de Guaymallén (provincia de Mendoza):² el 17% de los encuestados declaró haber sido víctima de un delito, correspondiendo un 60% de ellos a hechos contra la propiedad, 16% contra las personas y 12% contra la libertad individual.

En cuanto a la *percepción de seguridad*, expresaron como situaciones preocupantes las siguientes:

Delito	Número	%
Hurto y robo	198	44%
Homicidio	12	3%
Lesiones	18	4%
Atentados sexuales	6	1%
Estafa	2	0%
Usurpación	3	0%
Drogadicción	31	7%
Alcoholismo	57	13%
Presencia de patotas	63	14%
Violencia familiar	6	1%
Problemas de tránsito	28	6%
No sabe/no contesta	25	7%
Total	449	100%

Las propuestas de los encuestados en cuanto a las *medidas de prevención*, resultaron las siguientes:

1. Situacionales:

- Mayor vigilancia policial en las calles (53%).
- Mejora en los servicios públicos (señalización vial, iluminación, teléfonos) (18%).

2. Estructurales (13%):

- Medidas educativas
- Actividades recreativas
- Integración vecinal

(2) Dirección de Asuntos Penales, "Políticas de prevención en materia de seguridad pública", Gobierno de Mendoza, 1993.

3. Control específico (5%):

- Alcoholismo
- Drogadicción
- Bandas o patotas

Como puede observarse, sólo el 1% de los entrevistados reconoció la violencia intrafamiliar como un problema delictivo y, si se consideran las medidas propuestas, la mayoría de ellas no podrían aplicarse a situaciones de esta naturaleza. No obstante, representa una problemática grave, que generalmente queda oculta en una elevada cifra negra del delito, donde la denuncia no es efectuada por: miedo, afecto hacia el agresor, sentimientos de culpa, desconocimiento de derechos, indefensión por ausencia de apoyo legal e institucional o porque ningún seguro cubre las consecuencias de las agresiones emocionales o físicas que se producen en el seno del hogar. Este, concebido como el ámbito privado de la familia, necesario para lograr el desarrollo de sus miembros en un clima de amor, seguridad y confianza, es muchas veces testigo de situaciones delictivas graves de las que rejas, alarmas o agencias de seguridad no pueden ser mecanismos protectores.

Esta realidad se refleja en los registros del Programa de Asistencia a Víctimas de Delitos al analizar el *motivo de consulta* que fue el siguiente durante 1997:

Motivo de Consulta	Menores		Adultos		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
Violencia intrafamiliar	47	14%	462	68%	509	53%
Maltrato de menores	180	55%	0	0%	180	18%
Contra la honestidad	84	26%	22	3%	106	11%
Contra la propiedad	2	1%	9	1%	11	1%
Contra las personas	2	1%	31	5%	33	3%
Otros	12	3%	134	20%	146	12%
No victimológicos	0	0%	24	4%	24	2%
Total	327	100%	682	100%	1009	100%

2.1 Violencia intrafamiliar

La violencia intrafamiliar es un problema que atañe directamente a la familia e, indirectamente, a la sociedad, porque implica, entre otras consecuencias: disminución de la calidad de vida, enfermedades psicosomáticas, ausentismo y bajo rendimiento laboral y escolar, atención hospitalaria, instituciones especializadas para abordar el tema, actuaciones policiales y judiciales, tentativas de suicidios, suicidios y homicidios; acciones que afectan no sólo a los involucrados,

sino también a la economía de un país. Se calcula que en Canadá, en 1993, se gastaron 3.200 millones de dólares en relación con la violencia contra la mujer en el hogar, mientras que en Estados Unidos, el costo anual de la violencia doméstica se ubica entre los 5.000 y 10.000 millones de dólares.

Este es un problema complejo, cuyas causas reconocen factores culturales e históricos que son transmitidos de una generación a otra y reafirmados por las instituciones sociales (educativas, religiosas, deportivas), los medios de comunicación, la carencia de legislaciones adecuadas y de equipos capacitados para su abordaje. Los sujetos con mayor potencial hacia la violencia doméstica son aquellos a los que se asocian los siguientes factores: historia personal de violencia, autoritarismo, baja autoestima, aislamiento social, desempleo, alcoholismo. Afecta a grupos familiares sin distinción de clase social, nivel cultural, raza o religión y las víctimas vulnerables resultan ser: mujeres, niños, ancianos y discapacitados.

Dentro de la categoría de violencia intrafamiliar, se discriminan los siguientes casos (Registro: Programa de Asistencia a Víctimas de Delitos):³

Violencia Intrafamiliar	Menores		Adultos		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
Involucra a todos	2	12%	91	20%	93	19%
Mujer víctima	9	53%	188	41%	197	41%
Hombre víctima	0	0%	9	2%	9	2%
Padres víctimas	0	0%	42	9%	42	9%
Ancianos víctimas	0	0%	33	7%	33	7%
Violencia cruzada	3	17%	22	5%	25	5%
Incumplimiento deberes asistencia familiar	2	12%	76	16%	78	16%
Régimen de visitas (ley 24270)	1	6%	1	0%	2	1%
Total	17	100%	462	100%	479	100%

El cuadro muestra la elevada incidencia de consultas en las que la mujer resulta víctima, siendo el autor de la agresión su pareja (incluyéndose aquí la relación matrimonial, de concubinato o noviazgo) y, también, su ex pareja quien, en muchas oportunidades, continúa agredirla, siendo el delito más visible el de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, independientemente de otros hechos como las amenazas, lesiones leves y graves y homicidio. En estas situaciones impera la creencia acerca de la "posesión" de

(3) Se excluyen los hechos de maltrato de menores, que se abordarán más adelante.

la mujer, que les permite continuar controlando sus vidas. "Una mujer corre más peligros de sufrir daños físicos, violación y muerte en su casa, que en la calle".⁴

El Dr. Emilio Viano opina: "Mucha de la aceptación tácita del abuso de la cónyuge tiene hondas raíces culturales y proviene del sistema patriarcal en el cual las mujeres casadas tenían pocos, o ningún derecho, y los niños absolutamente ninguno. En nuestra tradición judeo-cristiana la base es entronizar al esposo como el superior, el amo sobre mujer e hijos. Estos valores culturales y religiosos fueron trasladados a las costumbres y a la ley".⁵

Dependencia psíquica y económica, prejuicios sociales, creencia en las promesas de cambio, temor a las represalias, desprotección institucional, desconfianza en los mecanismos de administración de justicia, desinformación, entre otros, son elementos que también influyen para la permanencia de la mujer en una relación abusiva con su pareja. Esto demuestra que, a pesar de los profundos cambios respecto a la concepción de los roles femeninos que se registraron especialmente en los últimos treinta años, aún persisten conductas discriminatorias que impiden el ejercicio igualitario de los derechos, ya sea en el entorno familiar, religioso, profesional o laboral y que se encuadran en el ámbito del abuso del poder.

2.2 *Maltrato infantil*

Respecto a los menores, el problema es más grave aún, ya que dependen física y psíquicamente de quien o quienes los agreden, con lo que su vulnerabilidad se incrementa. Esta violencia, que adquiere distintas formas, algunas de ellas solapadas, como el abandono emocional, muchas veces es usada como medida educativa, utilizándose brutales castigos físicos como formas disciplinarias o correctivas del comportamiento de niños y adolescentes.

El maltrato se produce por acción u omisión y puede manifestarse en distintas áreas:

- Física: hematomas, quemaduras, fracturas, heridas, mordeduras, desnutrición, falta de higiene, vestimenta inadecuada al clima, muerte.
- Emocional: rechazo, desvalorización, humillación, agravio verbal, culpabilizaciones, exigencias inadecuadas a la edad, indiferencia afectiva.
- Niños testigos de violencia.

Estas situaciones afectan al niño también a mediano y largo plazo. Las consecuencias pueden ser: comportamientos socialmente desadaptados, graves

⁽⁴⁾ Enrique Iglesias, Presidente del Banco Interamericano de Desarrollo.

⁽⁵⁾ Emilio Viano. *Violencia, victimización y cambio social*. Córdoba : Marcos Lerner, 1987. p. 33.

perturbaciones psíquicas, fugas del hogar que los incluyen en el grupo de niños en y de la calle, conductas delictivas o comportamientos violentos en otras áreas sociales (por ejemplo la escuela), desvalorización de la vida propia o ajena, con tentativas de suicidios, suicidios u homicidios. En el diagnóstico de estas conductas no siempre se considera como causa el abuso físico o emocional sufrido previamente.

En el Programa de Asistencia a Víctimas de Delitos, los menores de edad representaron, en 1997, un 32% del total de consultantes, entendiendo por menor, tal como lo establece el Código Civil, a quienes aún no han cumplido 21 años. El motivo de consulta por situaciones relacionadas con violencia intrafamiliar abarcó un 69% de los casos, destacándose, entre las distintas variantes, el maltrato infanto-juvenil (79%) y los menores testigos de violencia (13%).

El 61% de los menores asistidos había padecido algún tipo de violencia física, sin que para ello resultara significativo el uso de armas de fuego, blancas o elementos contundentes, que se limitó sólo al 9%. En la mayoría de los casos, las manos y pies del agresor son suficientes para causar daños físicos de tal gravedad que pueden provocar la muerte de la víctima.

No obstante, no debe minimizarse el grave impacto de la violencia psíquica. Para ello basta tener en cuenta algunos comentarios realizados en relación con menores testigos de violencia: “ha bajado en los estudios, se distrae, es intolerante”; “mis hijos están asustados”; “no quiero escuchar más gritos” (niña de seis años); “la bebé no hablaba, no podía empezar a hablar por temor” (niña de dos años); “empezó mi rebeldía y me empecé a llevar unidades” (varón de dieciséis años); “mi hijo es violento, ha tomado el lugar del padre” (varón de dieciséis años).

Párrafo aparte merece el tema de la Ley 13944 correspondiente al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar –otro tipo de violencia psicológica y social–, respecto al cual es importante citar el dictamen de un Juez de la provincia de Córdoba, quien llamó “delincuente social” a un padre que no se hacía cargo de sus hijos. Fundamentó su opinión diciendo que “algunos padres siguen sin entender que si bien el matrimonio o la pareja es reversible, disoluble o renunciable, la paternidad y maternidad son siempre irreversibles, indisolubles e irrenunciables”. Este es un delito reprimido con pena de multa o prisión, no obstante, la penalización debe ser el último recurso, ya que sólo logra desmejorar las deterioradas relaciones entre la ex pareja, con el consecuente perjuicio para los hijos. Es necesario educar a los padres, promoviendo la toma de conciencia acerca de que el divorcio no implica la cesación de las responsabilidades respecto a los hijos, ya que resulta común que se vuelvan insolventes en forma fraudulenta (renunciando a sus actividades, empleándose en “negro”), para no responder a las obligaciones que les corresponden. En Mendoza, recientemente se ha implementado un Cuerpo de Mediadores del Poder Judicial, que aborda temas relacionados con tenencia, alimentos y visitas

a menores, el que ha logrado resolver con éxito un 90% de los casos que les fueron derivados.

2.3 Abuso sexual

Inadecuadamente llamados delitos contra la honestidad, representaron para el Programa de Asistencia a Víctimas de Delitos un 11% del total de consultas. En relación con los menores de edad, que conformaron un 26% de estas situaciones de victimización, las consultas correspondieron a abuso deshonesto en el 55% de los casos y a violación en el 32%.

En cuanto al sexo, 13% fueron varones, quienes, en relación con el autor, fueron victimizados en la misma proporción por el padre que por vecinos (27% en cada caso), ubicándose en tercer lugar los abuelos (18%). En las niñas, la victimización por parte del padre se presentó en el 34% de las consultas, los vecinos fueron autores en un 18% de los casos y el padrastro en el 11%. Los hechos fueron cometidos por desconocidos en el 7% de las oportunidades.

Un 14% de los autores eran alcohólicos, mientras que el agresor actuó individualmente en el 95% de los hechos. Se usaron armas de fuego y elementos contundentes como forma de intimidación sólo en el 5% de las situaciones. El resto fue cometido doblegando a la víctima a través de amenazas, seducción, engaño o fuerza física superior del agresor.

Recibieron ayuda familiar previa al contacto con la institución el 65% de las víctimas. La franja de edad mayormente afectada se ubicó entre los 6 y 10 años para los varones (55%) y, para el sexo femenino correspondió un 36% tanto para los casos entre 6 y 10 años como para las edades comprendidas entre los 11 y 15 años.

Nunca resulta más patética que en este tipo de hechos la victimización secundaria y la falta de credibilidad en el relato de la víctima: pericias, interrogatorios en sede policial y judicial, revisiones médicas, enfrentamientos con el agresor, hacen que la víctima deba revivir indefinidamente los acontecimientos traumáticos.

El prolongado lapso transcurrido generalmente entre la iniciación del abuso sexual y su descubrimiento, lleva a otra victimización: culpar a la víctima, considerando que pudo seducir al autor, que estaba conforme con la situación o dudar de su relato. No se tiene en cuenta que, especialmente en los casos de autores pertenecientes al entorno, el abuso se perpetúa a través del secreto, impuesto mediante amenazas, lo que constituye la primer etapa del "Síndrome de acomodación del abuso sexual de menores", delineado por Roland Summit.⁶ Este se describe a través de las siguientes etapas:

⁽⁶⁾ Irene Intebi, "Comentarios sobre el síndrome de acomodación al abuso sexual infantil". Temas de Maltrato Infantil, Buenos Aires : Gráfica Sur, 1997. p. 7.

1. *Ocultamiento*: el secreto es impuesto por amenazas que determinan el temor de la víctima a que no se le crea, se la culpe de lo ocurrido o que el autor cumpla sus amenazas.

2. *Desamparo*: no puede enfrentarse a quien tiene una jerarquía de poder superior que implica una subordinación básica.

3. *Acorralamiento y acomodación*: al no poseer fuerza suficiente para poner fin a la situación de abuso, la víctima tiene, como única alternativa, que aceptarla y acomodarse a ella, lo que muchas veces puede ser interpretado como complacencia con el abuso.

4. *Denuncia tardía, conflictiva e inconvincente*: aunque la mayoría de los casos nunca llegan a denunciarse, si el secreto se revela, la víctima, generalmente una adolescente, se enfrenta al descreimiento de su familia, policía y jueces.

5. *Retractación*: frente a las revictimizaciones, el descreimiento del entorno y la inculpación de la víctima, es muy probable que ésta se retracte, utilizando cualquier excusa, con lo que el abuso puede continuar con ella misma o con otro menor del entorno.

En este tipo de delitos, tanto niños como adultos suelen estar demasiado asustados, avergonzados o confundidos; los primeros, para contar lo que les ocurre y los segundos, para dar una respuesta apropiada. Es fundamental la credibilidad en el relato de la víctima por parte de la familia en primer lugar y de las instituciones intervinientes después, evitando culpabilizaciones y brindando un tratamiento adecuado que permita superar los efectos a corto, mediano y largo plazo.

3. Consideraciones finales

Las intervenciones de los centros de atención a víctimas de delitos deben formar parte de una red que permita abordar el problema desde todas las áreas implicadas, en forma coordinada y efectiva. Es fundamental la capacitación de policías, jueces y profesionales de la salud acerca de los efectos postraumáticos, la importancia de evitar revictimizaciones y el trato digno y respetuoso a la víctima de cualquier situación delictiva.

En Mendoza, el art. 89 *bis*, incorporado en 1994 al CPP, prevé que:

“La víctima tendrá derecho a:

a. Recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes.

b. A ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil.

c. A ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado.

d. Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga, sea acompañado por persona de su confianza siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad real de lo ocurrido.

e. A la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia.

Los derechos reconocidos en este capítulo deberán ser enunciados por el órgano judicial competente al momento de practicar la primera citación de la víctima."

Además, se deberá tener especial cuidado en el abordaje de las problemáticas relacionadas con la violencia intrafamiliar, considerando que la violencia en el hogar perpetúa la violencia fuera de él, pudiendo, en consecuencia, ser uno de los factores generadores de conductas delictivas que influirán negativamente en la seguridad pública. La legislación deberá estar adecuadamente actualizada y la intervención judicial ser rápida y efectiva.

Por último, es indispensable la aplicación de programas preventivos que contribuyan a disminuir el aprendizaje de respuestas violentas a situaciones conflictivas, recordando, tal como lo expresa Emilio Viano, la necesidad de examinar y cambiar los valores culturales predominantes, ya que el abuso a las víctimas vulnerables se funda en "dos normas culturales mayores: la primeira es la desigual distribución de poder entre sexos, razas, edades. La segunda es la abrumadora aceptación de la fuerza y la violencia en nuestra sociedad, como recursos legítimos y necesarios para resolver problemas a nivel personal, nacional e internacional. Este concepto de dominio —sumisión, controlador—controlado, pervierte la función parental, las relaciones entre los sexos y las pautas maritales".⁷

Bibliografía

- ALONSO, Carmen Herrero y MARTÍN, Eugenio Garrido. "El impacto del delito: reacciones de las víctimas". *Cuadernos de Ciencia Psicológica*, n. 4, 2.º sem., Universidad de Salamanca, 1996.
- CORSI, Jorge. *Violencia familiar*. Buenos Aires : Paidós, 1995.
- INTEBI, Irene. "Comentarios sobre el síndrome de acomodación al abuso sexual infantil". *Temas de Maltrato Infantil*, Buenos Aires : Gráfica Sur, 1997.
- MARCHIORI, Hilda. *¿Conoce el juez las consecuencias del delito?*. Córdoba : Marcos Lerner, 1988.
- . "Criminología: la víctima del delito". Publicación *Victimología* n. 1, Córdoba : Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, 1989.

⁽⁷⁾ Emilio Viano. "La protección de las víctimas", Publicación *Victimología* n. 11, Córdoba, 1994. p. 73.

- . "Criminología: víctima y administración de justicia". Publicación *Victimología* n. 5, Córdoba : Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, 1992.
- MUÑIZ, Arlette Pichardo. *Evaluación del impacto social*. Buenos Aires : Lumen Humanitas, 1997.
- NEUMAN, Elías. *Victimología*. Buenos Aires : Universidad, 1994.
- ROIG, A. Martínez y OCHOTORENA, J. Paul. *Maltrato y abandono en la infancia*. España : Martínez Roca, 1993.
- VIANO, Emilio. "La protección de las víctimas". Publicación *Victimología* n. 11, Córdoba : Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, 1994.
- . "La victimización y los estereotipos culturales". Publicación *Victimología* n. 5, Córdoba : Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, 1992.
- . *Violencia, victimización y cambio social*. Córdoba : Marcos Lerner, 1987.

5. CRIMINOLOGIA

5.2

LA PREVENCIÓN TEMPRANA DE LAS CONDUCTAS DELICTIVAS DE VIOLENCIA: SU CARACTER TRANSDISCIPLINARIO PEDAGÓGICO-CRIMINOLÓGICO

CARIDAD NAVARRETE CALDERÓN

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Las conductas transgresoras de violencia. Caracterización criminológica transdisciplinaria – 3. Consideraciones metodológicas en la investigación de las conductas delictivas de violencia – 4. La personalidad de los menores de edad evaluados por conductas transgresoras de violencia – 5. Las condiciones de educación y el desarrollo de la personalidad de los menores de edad transgresores violentos – 6. El papel de la escuela en la prevención temprana de las conductas agresivas y de violencia – 7. Consideraciones finales como metareflexiones o/y metapropuestas.

Resumen: La autora examina las conductas transgresoras de violencia y teje consideraciones respecto a la personalidad del menor transgresor y el papel de la escuela en la prevención temprana de comportamientos antisociales.

Palabras-clave: Criminología – Prevención – Conductas delictivas – Delincuencia.

1. Introducción

En la estructura general de los delitos, los de violencia constituyen una minoría, aunque su tendencia expresa un ascenso y el pronóstico de sus comisores es muy desfavorable. Por estas razones, entendemos que su estudio resulta de permanente actualidad. Su contemporaneidad se revela, asimismo, claramente, ya que fue incluido entre los temas prioritarios hacia los que se ha orientado la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas.¹ Luego de la ratificación de 1.^a Convención Internacional de los Derechos del Niño, se inicia en nuestro contexto nacional un proceso de análisis y profundización que facilitará el adecuar sustancialmente las legislaciones internas al espíritu y/o al texto de la nueva normativa internacional. En el marco de estos esfuerzos, se inscriben también los conocimientos y experiencias

⁽¹⁾ Naciones Unidas. "Prevención del delito y justicia penal". *Boletín de Información* n. 22 y 23, jul., 1993, p. 6.

sistematizadas en el campo de la investigación criminológica ya por nosotros realizada sobre menores transgresores de la ley que han manifestado conductas de violencia.

Consideramos oportuna la presentación de nuestra ponencia en el más importante encuentro, ya tradicional, de los pedagogos cubanos, donde se debaten fundamentales trabajos que pueden fertilizar el proceso de adecuación legislativa, lo cual consiste en mucho más que la elaboración de nuevas normativas para menores. Es, ateniéndonos a Marta Maurás,² realmente, un "desafío de instauración" para América Latina, "de una nueva cultura", que se dirige "a todos los niños y adolescentes", "en la medida en que la concepción de un niño con derechos cambia fundamentalmente su relación con el conjunto de la sociedad". La Doctrina de la Protección Integral de las Naciones Unidas, involucra al universo total de la población infanto-juvenil. Esta doctrina incluye todos los derechos individuales y colectivos de las nueva generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Un considerable espacio lo dedicamos a destacar las medidas sociales generales de prevención, dirigidas al perfeccionamiento de la educación de los menores de edad transgresores de la ley, remarcando lo específico de la esfera escolar al subrayar su carácter de prevención temprana.

Las ideas que presentamos aquí constituyen reflexiones que, a partir de resultados de investigaciones criminológicas, hemos venido ofreciendo en distintas oportunidades. Me esfuerzo en reflejar pensamientos vinculados al privilegio de haber podido realizar una actividad pedagógica sostenida durante más de cuarenta años y haber palpado en la vida cotidiana cómo se iba realizando la utopía educacional de la Revolución Cubana en esfuerzos inéditos no solo de reflexión, sino también de acción transformadora, que continúa en armonía con el paradigma de la doctrina de la protección integral. En el decir de Emilio García Méndez, en la construcción de argumentos para el redescubrimiento de "la centralización de lo obvio, su voz latinoamericana respalda a 'la escuela', junto a 'la familia'". Nuestro Gobierno y nuestro pueblo, fieles a lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos del Niño", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, organizan la vida de la infancia atendiendo a cuatro categorías principales de Derechos: I. los Derechos de Supervivencia, entre los que cabe considerar el nivel de vida adecuado y el acceso a los servicios médicos; II. los Derechos de Desarrollo, que incluyen la educación, el acceso a la información, juegos, recreo, actividades culturales y el derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia; III. el Derecho de Protección, ya que además de los anteriormente señalados, comprende la protección de toda forma de explotación o de crueldad, la separación arbitraria

(2) Marta Maurás. Prólogo. Emilio García Méndez. *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. 2. ed. Colombia : Forum Pacis, 1997. p. 11.

de la familia y todo abuso del sistema judicial penal, y IV. Los Derechos de Participación, entre los que se encuentran, la libertad de expresar sus opiniones, y dar su parecer, en los asuntos que afectan su vida.

2. Las conductas transgresoras de violencia. Caracterización criminológica transdisciplinaria

En la revisión bibliográfica hasta el momento realizada sobre distintos aspectos del problema de la violencia, que incluyen la delincuencia de violencia y la agresión, adoptamos la transdisciplinariedad criminológica por la complejidad de la situación problemática.

El estudio analítico se dificulta porque la violencia se produce fugaz, breve y transitoriamente y los actos violentos se ejecutan frecuentemente de forma oculta. Además, con la agresión se relacionan actos violentos heterogéneos, de difícil confrontación y comparación.

En el libro *La violencia como medio de comisión de delitos*, el autor señala justamente que todos los delitos violentos poseen un objeto específico de atentado, las relaciones sociales que protegen bienes tales como la vida, la integridad corporal y la salud, resultando violenta la forma de acción que el sujeto utiliza intencionalmente para lograr sus fines.³

Los delitos de violencia no son solo los que atentan contra la persona (por ejemplo, el homicidio intencional, las lesiones corporales intencionales), sino también aquellos otros que al mismo tiempo pueden estar dirigidos a otro objeto, por ejemplo, a las relaciones de propiedad o del orden social. Estos, como se plantea en la obra supracitada, componen el grupo de delitos violentos de objeto dual.

Una enorme desvinculación entre las distintas ciencias que deben estudiar el problema de la violencia y de la agresión integralmente, condiciona su gran complejidad cognoscitiva y práctica. Así, estudian distintos aspectos, la Psicología, la Antropología, la Fisiología de la Actividad Nerviosa Superior, y la Genética, dificultándose el enfoque interdisciplinario del problema dado. Ahora bien, la Pedagogía juega un papel esencial a partir de la posición de principios de la prevención temprana como la más eficaz forma de prevención, cuyo grano racional es la educación de las nuevas generaciones. Nosotros consideramos que resulta productivo el análisis de la violencia en diferentes niveles de indagación científica, en las diversas instancias de la realidad objetiva que se corresponden con el objeto de distintas ciencias. Las indagaciones científicas de la Sociología y de la Psicología Social no pueden desconocer los datos que se van obteniendo

⁽³⁾ L. D. Hoffman. "La violencia como medio de comisión de delitos". Citado por G. N. Doronin. *Prevención de los delitos violentos cometidos por menores de edad*. Tomsk : Ed. Universit., 1984. p. 10.

por la Genética Humana, la Psicología de la personalidad y otras ciencias. Este enfoque progresivamente, en nuestra opinión, asegura la explicación multilateral del concepto de agresión y de violencia y otros, así como la gradual complementación con las nuevas caracterizaciones, incluyendo la criminológica. Recientemente, hemos comenzado a desbrozar el camino para el logro de una verdadera ciencia criminológica transdisciplinaria.

El Prof. D. Dawnes, ha valorado críticamente algunas particularidades que caracterizan la investigación del problema de la violencia realizada por los sociólogos. Una serie de teorías caracterizan sociológicamente la violencia: la de la anomía, la de la estigmatización, la del control de los conflictos cultural y de clase. Coincidimos con Dawnes en que, tomadas por separado han resultado poco útiles en la práctica social y poco influyentes en la política social.⁴

Algunos criterios de la delimitación de esta parte de la delincuencia convencional, en relación con otras, se basan en el señalamiento de las características siguientes:

a) En su mayoría se realizan en el marco de las relaciones interpersonales no institucionalizadas en el proceso de mi trato informal y para solucionar problemas personales de una significación emocional elevada.⁵

b) Las acciones de los transgresores, por lo general, no tienen una relación inmediata con los procesos de funcionamiento de las estructuras estatales y sociales organizadas y con sus insuficiencias. Se producen a partir de las deformaciones de la existencia concreta, en el modo de vida de algunos grupos, capas y microambientes sociales. Un rasgo específico de esta delincuencia es la inexistencia de una relación, directa con el ejercicio de roles en las organizaciones sociales.⁶

Una regularidad de los delitos violentos es su carácter situacional frecuente y la marcada impulsividad que surge ante una determinada situación vital concreta, según datos de algunas investigaciones criminológicas. Así, resultan lesiones corporales graves, a veces, en dependencia de una serie de factores de la situación, a partir de una intención delictiva no concreta.⁷

Como motivo principal para muchos participantes de estos delitos se ha señalado la aspiración a conservar la pertenencia un grupo y el miedo a estar sometidos a vituperios y burlas por parte de los amigos, y entre los, motivos

(4) D. Dawnes, cit. por C. Navarrete Calderón en "La prevención de las conductas delictivas de violencia en menores de edad", Ponencia. II Congreso Internacional de Medicina Legal, Camagüey, 1997.

(5) A. M. Yakovlev. *Profilaxis individual de la conducta delictiva*. Gorki, 1977, p. 176.

(6) G. V. Dashkov. *Curso de criminología*, M., 1986, p. 176.

(7) G. V. Dashkov. *Curso de...*, cit.

de lesiones corporales graves se destacan por su amplia extensión, la venganza por razones de hostilidad personal, discordia o celos.⁸

La mayor parte de los reincidentes comienza su trayectoria delictiva cuando aún son menores, no comportándose como transgresores violentos "puros", con frecuencia, ya que también cometen delitos codiciosos.⁹

Los delitos de violencia se realizan en dos esferas principales, la de la vida cotidiana y la del tiempo libre, según subrayan algunos autores.¹⁰

El signo característico del delito de violencia relacionado con la vida cotidiana es la existencia de un conflicto, un enfrentamiento de intereses. Según la clasificación aludida, por la esfera social, el delito violento también puede cometerse, si surge y se ejecuta, en la esfera del ocio o tiempo libre.¹¹

Las acciones agresivas que, en algunos transgresores han precedido a sus delitos violentos, según han demostrado diversas investigaciones,¹² se corresponderían con una categoría de jóvenes caracterizada por una autoafirmación insuficiente de su personalidad en el micromedio familiar, en su proceso de socialización. De estos jóvenes, con seria necesidad de autoafirmación insuficiente de su personalidad en el micromedio familiar, en su mayoría, presentó relaciones de hostilidad con su víctima y manifestaron motivos relacionados con la venganza.¹³

La bibliografía internacional permite asegurar que la mayor parte de las víctimas de delitos de violencia son las esposas y los hijos menores de edad que conviven bajo el mismo techo que los transgresores sancionados o no por esos delitos.¹⁴

(8) G. V. Dashkov. *Curso de...*, cit., p. 178.

(9) A. I. Dalgova, W. D. Ermakov, N. V. Beliaeva. "Problemas de la tipología de los menores de edad transgresores de la ley". En la revista *Cuestiones de la lucha contra la delincuencia*, 24, 1976, p. 13.

(10) G. V. Dashkov. *Curso de criminología*, cit., p. 177.

(11) G. V. Dashkov. *Curso de criminología*, cit., p. 184.

(12) C. Navarrete Calderón. "La prevención de las transgresiones de la ley entre los menores de edad en la República de Cuba". *Tesis de Doctorado*, 1982; D. Goleman. *Inteligencia emocional*. Barcelona : Kairós, 1977. p. 171, 180, 212 y 316.

(13) G. V. Dashkov. *Curso de criminología*, cit., p. 184.

(14) Bunch Charlotte. "La intolerable violencia contra las mujeres y las niñas". *El progreso de las naciones*. Unicef, p. 41-45.

Irene Zubizarreta, Belén Sarasua, Enrique Echeburúa y otros. "Consecuencias psicológicas del maltrato doméstico". In Enrique Echeburúa. *Personalidades violentas*. Madrid : Pirámide, 1994. p. 129-152; Ana Vasconcelos. Ponencia presentada en el Taller Internacional sobre "Estrategias de trabajo con la niñez en situaciones de violaciones", con el título "Centro brasileño de la niñez y la adolescencia 'Casa de Paso'". Colombia, mar., 1992. *El Otro Derecho*, vol. 4, jul., 1992, p. 99-118.

En investigaciones sociológicas se confirma la tolerancia de las mujeres jóvenes que son madres de niños pequeños.¹⁵

Con respecto a la población normal algunas muestras indican un nivel cultural más bajo, esto es, de escolaridad, así como de calificación profesional, combinado, y también como condición contribuyente, el acceso limitado a bienes materiales y vivienda reducida, pero principalmente los procesos contradictorios sociales pasas por relaciones de poder características de la familia patriarcal. Las cualidades negativas del ambiente que rodea al transgresor exigen una valoración independiente ya que no se reducen a una conducta en mayor o menor medida negativa, sino que se basan en un estilo de las relaciones, de la comunicación, interiorizado en algunos micromedios. El peso del “fondo social” que influye en la motivación de las conductas delictivas violentas no es el mismo en las diversas situaciones, pues se mediatiza a través de estas.¹⁶

Algunas invetigaciones parciales realizadas en los últimos años confirman, tanto una independencia relativa de las diferentes esferas de actividad y comunicación de la vida cotidiana, como su relativa unidad.¹⁷ Han establecido que el resultado delictivo no se produce necesariamente en los límites de espacio, de tiempo y de contenido donde se hallan sus determinantes, de acuerdo con las influencias de mayor peso, consideradas por los propios transgresores, en su estado de ánimo, y sus acciones, que hacen coincidir con los conflictos familiares y de la vida cotidiana. Esto se evidencia en que en un alto porcentaje

(15) Isabel Fernández Ruiz. *Entre el dolor de espalda y la tristeza. (La salud de las amas de casa de un barrio de Granada)*. Granada, España, 1990. p. 110-118. Carmen Mantilla de los Ríos Inés García Zafra y otros. Investigación criminológica sobre violencia doméstica, dirigida por C. Navarrete. Curso 1995-1996. Colectivo de Autores. Violencia contra la Mujer. Edic. Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1991. p. 17-24, 29-63. Clotilde Proveyer. “Estudio comparativo de la violencia doméstica con grupos de mujeres valencianas y cubanas”. Dpto. de Sociología, Universidad de la Habana, curso 1996-1997. Marisa Oliva. “Características estructurales de las familias que maltratan a sus hijos en la provincia de San Juan”, Argentina, 1994. Verónica Masciarelli y Fernando Rojo. “Violencia conyugal: percepción de la mujer golpeada según cien entrevistas realizadas a hombres y mujeres de la ciudad de Córdoba”. Asesoramiento de Dra. Marchiori, 1994. Medina Soledad y Pusetto Mariel, Asesoramiento de Masih Nur Abdel. “La relación entre la privación de la función materna y la conducta delictiva”. Trabajo de la Escuela de Psicología de Córdoba, Argentina, 1995. *Victimología*, n. 16, Córdoba : Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, 1998.

(16) G. A. Panfilov. “Acerca del contenido del concepto de delito en la vida cotidiana”. Revista *Cuestiones de la Lucha contra la Delincuencia*, fasc. 26, M., 1977. p. 61.

(17) Norma Vasalo Barrueta. “La conducta desviada: un enfoque psicosocial para su estudio”, Trabajo de doctorado en Psicología, La Habana, 1994.

de hechos ocurridos en lugares de diversión o donde pasaban el tiempo libre, influyó el nivel de los conflictos en la familia.¹⁸

Otro referente empírico con el que contamos es la significación de los elementos sociales generales que se halla en relación con las características sociales de base de la personalidad las cuales expresan valores concretos, orientaciones de valor relacionadas con costumbres y preferencias. Como en el resto de la delincuencia convencional, se observa la participación amplia de personas cuya ocupación es no calificada, su educación insuficiente, el nivel espiritual que evidencian es bajo y sus condiciones de vida son insuficientes.¹⁹

Al referimos al vínculo de la conducta conflictiva con la criminal, no podemos dejar de señalar fenómenos empíricamente fijados, como el crecimiento de los hechos que reflejan la aspiración a salvaguardar o a defender su "yo", su "dignidad" personal de los atentados por parte de otros. De aquí el planteamiento de la necesidad de asegurar una firme educación moral y jurídica de los ciudadanos, para asegurar la formación en cada miembro de nuestra sociedad de una cultura elemental de comunicación con los demás, de una relación respetuosa con todas las personas.²⁰

3. Consideraciones metodológicas en la investigación de las conductas delictivas de violencia

La construcción de modelos dinámicos cualitativos ha resultado productiva y efectiva, pues de modo amplio y suficiente, al imitar los procesos sociales reales, facilitan su análisis más detallado y lógico.

Consecuentes con una posición de principios transdisciplinaria en la criminología, nuestro modelo integrativo toma en consideración cuatro instancias. Necesitamos considerar simultáneamente los distintos contextos en los que se produce el proceso de socialización, sin dejar de reconocer la dificultad de apreciar afectos de elementos criminógenos y/o anticriminógenos de manera independiente, y tratando de reconocer al sujeto en interacción, en actividad y comunicación, dentro de sus esferas de desarrollo de su personalidad, de influencia y aprendizaje, en su interrelación dialéctica.

1.º El contexto más lejano, *metamedio*, traspasa las fronteras nacionales y puede identificarse con problemas globales de la contemporaneidad, muy

(18) Howard Ross. *La cultura del conflicto*. Barcelona : Paidós, 1995. Coy Antonio. "Resolución de conflictos: mediación". In Miguel Clemente. *Fundamentos de la psicología jurídica*. Madrid : Pirámide, p. 261-296.

(19) Caridad Navarrete Calderón y Glaría Genoveva. *Caracterización criminológica...*, cit.

(20) Caridad Navarrete Calderón y Glaría Genoveva. *Caracterización criminológica...*, cit.

complejos, que pasan por la globalización neoliberal y relacionan la delincuencia de menores con el desarrollo, la pobreza, la alimentación, el habitat, donde se inserta la formación de nuestros adolescentes. Estos procesos incluyen el estímulo del consumismo, la corrupción y otras tendencias condicionadoras del desorden social y la violencia, que no han sido aún suficientemente estudiadas y reclaman profundas indagaciones.

2.º El contexto más amplio, pero más cercano a nuestra realidad nacional, *macrosistema*, nos remite a procesos y fenómenos sociales, formas actuales del modelo económico dual, al incremento de diferencias sociales, tanto derivadas de ingresos no provenientes del trabajo como de aquellos que no guardan justa relación con el aporte a la sociedad. Las reformas económicas aplicadas y algunas medidas de carácter conyuntural representan una necesidad práctica, pero implican un incuestionable impacto social y moral. También hay que considerar patrones generalizados en alguna medida que impregnan distintos estamentos sociales y se hacen sentir (por ejemplo, la cultura patriarcal, con el poder del varón, la subordinación de la mujer y la educación sexista).

3.º El *microsistema*, se refiere a las relaciones directas en las esferas de influencia, comunicación y actividad, donde se ejercen procesos psico-sociales. Se refiere a las relaciones cara a cara que constituyen la red vincular más próxima a la persona. Dentro de esta red juega un papel privilegiado la comunicación de la familia, entendida como estructura básica del microsistema. A la par, la comunidad más próxima, que incluye las instituciones mediadoras entre el nivel de la cultura y el nivel individual, entre las cuales es la escuela la decisiva en la formación de la personalidad, si es capaz de cumplir adecuadamente sus funciones. En este nivel es preciso incluir también a las instituciones recreativas, los medios de comunicación, los organismos judiciales y de seguridad.

4.º La *personalidad* es un sistema estable de contenidos y funciones psicológicas, que caracterizan la expresión integral del sujeto, en sus funciones reguladora y autorreguladora del comportamiento. La personalidad determina la unicidad interna que se expresa y preserva por el sujeto en las manifestaciones más diversas, en la orientación, contenido y nivel de las necesidades, en los intereses, en los valores, ideales y convicciones psicológica criminológica. Los contenidos psicológicos de la personalidad se presentan a la conciencia del sujeto en forma contradictoria, enmasarada, superpuesta, ante lo cual, el ser humano, como sujeto de su propia personalidad, debe diferenciar, sintetizar, tomar decisiones y desarrollar procesos activos, cuyo resultado es el comportamiento. Ante las situaciones vitales concretas que enfrenta, el sujeto tiene que actualizar sus contenidos y enfrentar dichas situaciones tomando decisiones personales.

4. La personalidad de los menores de edad evaluados por conductas transgresoras de violencia

En el sentido más general el delincuente violento puede ser definido como aquel individuo que comete delitos de violencia, pero en el caso de los menores,

no se puede hablar de delincuentes, dado que sus conductas son transgresoras, pero no delictivas. Además de esto surge la pregunta acerca de cuales delitos podrían considerarse dentro de la concepción de violentos, puesto que se trata de un criterio de clasificación criminológico. Todos los delitos de violencia se distinguen por constituir un atentado a un objeto específico: las relaciones sociales que aseguran bienes tales como la vivienda, la salud, la integridad corporal y se realizan mediante acciones y medios que el sujeto utiliza intencionalmente para el logro de su objetivo.

Otros delitos donde el bien protegido por la ley es el patrimonio pueden incluirse en una condición dual, si se ejecutan con agresión (por ejemplo, el robo con violencia).

Como particularidades importantes de la personalidad de los transgresores violentos han sido destacadas, el egoísmo, la ausencia del sentimiento de respeto hacia las otras personas, la crueldad y el desprecio por las exigencias del orden social establecido.²¹

Ante el científico criminólogo y el pedagogo se plantea la tarea de un estudio consecuente de las particularidades psicológico-sociales y psicológico-individuales de la personalidad de esta categoría de menores transgresores porque sabemos que la educación es el más poderoso medio de evitación de las que conforman la personalidad del delincuente ya "hecho y derecho".

En la población de menores estudiados, los que incurrieron en lesiones graves, homicidios y asesinatos, así como robos con violencia, hallamos diversos grados de crueldad, como característica personológica muy extendida entre los mismos.

En la bibliografía se distingue la combinación observada del contenido de la conciencia que se expresa en sus relaciones antisociales y expresa la peligrosidad social de algunos de sus componentes personológicos en su comportamiento.²²

La profundización en el estudio de la crueldad es una tarea científica perspectiva y necesaria para la precisión de base del necesario trabajo pedagógico preventivo, tarea que aún está por realizarse, para ayudar en esta misión importante de la educación se precisa un estudio más detallado de los mecanismos psicológico-morales de las conductas ilegales de los adolescentes. La crueldad es, ante todo, una categoría moral. Entre sus interpretaciones, en los diccionarios aparece como "extrema dureza", "ausencia de conmiseración", "despiadado, implacable". En un caso se toca la característica del ser humano al que no conmueve el sufrimiento, la aflicción, el dolor o la pena, que no

(21) V. N. Kudriávsev. *Causas de las transgresiones de la ley*. Madrid : Ciencia, 1976. p. 207-208.

(22) V. N. Kudriávsev. "La lucha contra la delincuencia y las tareas de la ciencia criminológica". *Legalidad Socialista*, n. 2, 1983. p. 19.

defiende a los débiles, y por otra parte, "se complace en los padecimientos ajenos", es inhumano, sangriento, violento.²³

En el diccionario consultado, las palabras "crueldad" y "cruel" significan particularidades de la conciencia, pero también del comportamiento, como vemos.

La crueldad puede definirse como relación inhumana con las otras personas y claramente ocultar el egoísmo no puede. El egoísmo se manifiesta en diferentes esferas, como variedad del individualismo se expresa en las personales, sociales, productiva, de propiedad y otras. La crueldad es, ante todo una relación egoísta con las demás personas. El sujeto de esta relación ignora las normas, las reglas que regulan la comunicación con las otras personas en la sociedad.

G. L. Smirnov, en su clasificación de tipos de conducta antisocial, al caracterizar los agresivos, fundamentó su esencia con el maltrato, con el incumplimiento de las normas sociales y la desviación de las reglas de la convivencia socialista.²⁴ Para este autor, el egoísmo resulta evidente en el homicidio y otros tipos delictivos.

En nuestra muestra, a través de los informes de la Comisión de Dictamen del Centro de Evaluación, Análisis y Orientación (CEAOM) del Ministerio del Interior, elaborados por los equipos multidisciplinarios (pedagogo, psicólogo, jurista, trabajadora social y pediatras), que conforman la evaluación criminológica, quedó evidenciado el principio egoísta de interacción en la comunicación en la aplastante mayoría de los menores incluidos en la investigación, lo cual se manifestaba en la esfera interpersonal, con firmeza.

La autora de esta ponencia estudió las particularidades personológicas de más de 600 menores de edad transgresores de la ley, hallando diversas combinaciones en las particularidades de la orientación, el contenido y el nivel de las necesidades del tipo de transgresor violento, orientaciones de valor muy específicas y serias insuficiencias en la formación de los ideales morales, todo lo cual no es posible tratar aquí por las limitaciones de este tipo de exposición.²⁵

En la bibliografía contemporánea, debemos destacar algunas referencias contenidas en el libro de D. Coleman titulado "Inteligencia Emocional".²⁶

(23) *Diccionario Ilustrado de la Lengua Española* Aristos. Barcelona : Ramón Sopena, 1976. p. 180.

(24) G. L. Smirnov. *El hombre soviético*. Madrid : Edit. Polít., 1971, p. 284.

(25) C. Navarrete. *La prevención de...*, cit.

(26) D. Goleman. *Inteligencia emocional*, cit.

5. Las condiciones de educación y el desarrollo de la personalidad de los menores de edad transgresores violentos

En nuestra investigación, ya se señaló que como determinante criminógeno personológico de las conductas delictivas de violencia se observa la crueldad. Esta, por ser una variedad del individualismo de modo muy específico matiza la formación de toda la esfera de la conciencia moral del ser humano y ante todo, de sus relaciones interpersonales.

Hay diferentes enfoques en cuanto a la base de la cualidad supraseñalada. El determinante del comportamiento humano, como es conocido, es considerado desde una posición biologicista por S. Freud, C. Lorenz y sus seguidores. Por su esencia, se adhiere el behaviorismo, borrando los límites entre la conducta de los animales y de los seres humanos.²⁷

Nosotros realizamos nuestras investigaciones partiendo de otra posición de principios, de la premisa marxista acerca del decisivo papel del medio social en el establecimiento y desarrollo del ser humano, de la concepción de acuerdo con la cual las particularidades antisociales de la personalidad que condicionan subjetivamente el delito se forman bajo la influencia de condiciones sociales negativas (del medio social).²⁸

Deseamos exponer, aunque sea brevemente, algunos resultados de nuestras indagaciones, pero estimo conveniente referirme ahora a algunas definiciones de interés.

El concepto "medio social de la personalidad" se utiliza con frecuencia en relación con la necesidad de dividir, más bien, de separar metodológicamente lo que se entiende por condiciones de vida naturales de las sociales, pues, en cuanto al interés de precisar las condiciones de educación, ambas condiciones revisten un significado diferente. El micromedio social, a diferencia del macromedio, se presenta como la refracción de las condiciones sociales más inmediata, en la actividad vital de cada sujeto concreto.

El "desarrollo de la personalidad" es un concepto pedagógico que se refiere al resultado de la interacción entre factores sociales y circunstancias de orden biológico y hereditario.²⁹

(27) Acerca de la crítica de las concepciones biologicistas de la violencia, véase: V. V. Denisov. *Sociología de la violencia*. M., 1975; V. Hollyshort. *El hombre y la agresión; personalidad y humanismo*. M., 1981; S. Freud y K. Lorenz y otros. *A la luz del marxismo*. M., 1975. Guies Lipovetsky. *La era del vacío*. Barcelona: Anagrama, 1994.

(28) G. N. Doronin. *Prevención de los delitos de violencia cometidos por menores de edad*. Tomsk: Univers., 1984. p. 65. Antonián Yu. M. "Interacciones entre la personalidad del delincuente y su medio social", En el libro *Cuestiones de la lucha contra la delincuencia*. M., 1979. t. 30, p. 28.

(29) R. G. Burova. *Problemas sociológicos de la educación*. M., 1981. p. 57.

La "socialización de la personalidad" es aquel concepto de la ciencia limítrofe entre la Sociología y la Psicología Social que reviste un importante significado para la consideración criminológica, ya que expresa el proceso de adaptación del ser humano al medio social, la interiorización de los roles y funciones, su identidad.

La "educación de la personalidad" es el concepto de la Pedagogía que incluye la dirección conveniente y sistemática del desarrollo de la personalidad.³⁰ F. González Rey considera, en cuanto a lo anteriormente tratado, que la sociedad es un sistema educativo que, al actuar sobre el ser humano lo hace a través de influencias educativas institucionales, entre las que incluye a la escuela, las organizaciones políticas y sociales y los medios masivos de difusión, y también, de otras no institucionales, como la familia, los grupos informales y las relaciones íntimo-personales. Aún cuando no lo hagan de forma complementaria sobre el sujeto, considera que las influencias siempre se ejercen sistemáticamente, ya que "las particularidades de cada una de ellas se define en su relación necesaria e indisoluble con otras". De acuerdo con F. González, debemos relacionar la expresión inadecuada o negativa de un tipo de influencia educativa con la incapacidad de las otras influencias educativas, para actuar de forma efectiva, con independencia de la relativa autonomía que poseen.³¹

La formación de la personalidad se produce como un proceso polietápico que presenta algunas características específicas en el caso de los menores de edad transgresores de comportamiento violento.

El estudio que sobre 48 menores evaluados por el equipo técnico del CEAOM de Ciudad de la Habana por conductas delictivas de violencia realizamos, bajo la dirección científica de la autora de esta ponencia, conjuntamente con profesores y estudiantes del Instituto Superior del Ministerio del Interior,³² arrojó entre otros, los siguientes resultados.

El predominio de medios familiares incompletos, o monoparentales, por fallecimiento de la madre o del padre, el divorcio, el abandono del hogar o del país o por estar cumpliendo sanción penal alguno de ellos se observó en el 72% de los casos. Descontrol del comportamiento de los hijos o falta de autoridad sobre ellos, no constituyéndose en modelos, así como dificultades manifestadas en la comunicación paterno filial, se hallaron en el 100% de los casos valorados.

Costumbres antisociales en la familia, ejercicio de la violencia doméstica por parte de su padre sobre su madre y maltrato intrafamiliar vivenciado por

(30) Fernando González Rey y Albertina Mitjáns Martínez. *La personalidad, su educación y desarrollo*. La Habana : Pueblo y Educación, 1989. p. 128.

(31) Rey F. González y A. Mitjáns Martínez. *La personalidad...*, cit., p. 129.

(32) Caridad Navarrete Calderón y Glaría Genoveva. "Caracterización criminológica de menores de edad transgresores de la ley violentos". *Informe de Investigación*, C. Habana, 1995.

el propio menor fueron signos evidentes de abusos de poder ejercidos por el padre como reflejo de machismo o aprendizaje realizado en su medio familiar de estereotipos patriarcales vigentes de modo evidente, todo lo que se constató en el 64% de los casos analizados.

Relaciones establecidas por los menores con otros adolescentes o jóvenes procedentes de micromedios familiares semejantes a los suyos o portadores de otros tipos de conductas antisociales dentro o/y fuera de la comunidad (o del barrio). Esto se conoció con respecto al 89% de los casos examinados.

Se constató una minoría de estos menores sin retraso escolar, aunque en la comparación con los menores transgresores de carácter codicioso, Salfán airoso, pues presentaban un nivel de escolaridad superior. Asimismo, la aplastante mayoría se encontraban desvinculados del Sistema Nacional de Educación. Otros elementos que incidieron en el sistema de influencias por insuficiencias o deficiencias, pueden relacionarse con la carga de violencia implícita en muchas películas que ven por televisión los adolescentes, al menos de modo hipotético, ya que solo se apreció a través de técnicas cualitativas.

La debilidad del trabajo comunitario y las deficiencias y dificultades que están presentes en el trabajo de prevención temprana que deberían realizar organizaciones políticas y de masas, así como la pobre actividad de los oficiales de Prevención en algunos casos, son elementos de carácter anticriminógeno presentes como condiciones desfavorables de vida y de educación.³³

6. El papel de la escuela en la prevención temprana de las conductas agresivas y de violencia

Queremos ahora detenernos a considerar algunas ideas que consideramos de interés en relación con una de las más importantes áreas de actividad, influencia y comunicación del micromedio social, la escuela.

La escuela desempeña un importante papel en la formación de la personalidad, y muy especialmente, en su desarrollo moral. Como, es conocido, en la Constitución de la República de Cuba, la niñez y la juventud disfrutan de particular protección por parte del Estado y la sociedad y la escuela tiene el deber de prestar especial atención a la formación integral de la niñez y la juventud.

La filosofía social que sostiene el modelo de política social de Cuba "postula que toda persona tiene el derecho a la satisfacción de sus necesidades básicas, no como consumidor sino precisamente como ciudadano".³⁴

(33) Caridad Navarrete Calderón. "Control social informal y proyecto social preventivo: perspectiva de investigación-acción participativa en la comunidad". *Ciencias Penales* 94, nov., 1994.

(34) Angela Ferriol Muruaga. "Política social cubana: situación y transformaciones". *Temas*, n. 11, jul.-sept., 1997. La Habana, p. 88.

A. Ferriol destaca cómo: "También se ha insistido en la aspiración de diseñar una sociedad sin lacras sociales y se ha buscado la perfectibilidad de las relaciones humanas y el predominio de valores solidarios en el funcionamiento social".³⁵

Nuestro modelo social se ha visto sometido a difíciles pruebas. Entre estas se inserta uno de los componentes esenciales de la situación social que es el relativo a las condiciones de vida y de educación de las nuevas generaciones.

Según declaraciones expresas, acota A. Ferriol, la educación ha sido un sector priorizado por el gobierno cubano en el ajuste (posterior a la caída del campo socialista) "con el propósito de tratar de conservar los logros sociales".³⁶

Por desgracia, al narrar sus vivencias escolares, muchos niños revelan la falta de inquietudes relacionadas con el proceso de enseñanza al que se han visto sometidos, no siendo capaces de crear, de generar otras ideas que no sean las que se reproducen en cuanto a los contenidos que han sido enfatizados en la escuela, puesto que se ha usado como principal vía para su asimilación, la orientación pasivo-reproductora. Se produce la conversión del proceso de enseñanza en uno de transmisión de información que realiza el maestro y por parte de los escolares, la reproducción implica la utilización de su memoria mecánica, de manera despersonalizada. Como aspecto sustancial del proceso integral de educación aparece la enseñanza como una sucesión de etapas que transcurren fríamente, sin emoción, sin tintes afectivos, y por tanto, como un proceso incompleto. No se hace efectivo el conocimiento del niño por impedirse el desarrollo de algunas capacidades.³⁷

Notable importancia ha ido concediéndosele a los métodos activos por distintos autores, pues los mismos siguen el principio de estimular las operaciones que facilitan al niño usar su conocimiento de manera efectiva.³⁸

La enseñanza debe revestir una carácter problematizador, enfrentando a los educandos a la necesidad de darle solución a situaciones vitales concretas que se le planteen. Esto les facilita la valoración de distintas alternativas, lo cual permite evadir la respuesta violenta, según han demostrado diversas investigaciones contemporáneas. También puede estimularse el pensamiento creador de los alumnos haciéndoles concebir y verbalizar problemas con , una representación no concluída de los acontecimientos que se producen en la misma y constituyen objeto del conocimiento.

(35) Angela Ferriol Muruaga. *Política social cubana...*, cit.

(36) Angela Ferriol Muruaga. *Política social cubana...*, cit., p. 90 y 91.

(37) F. González y A. Mitjáns. *La personalidad...*, cit., p. 129.

(38) J. E. Méndez. "Métodos de enseñanza activa". *Desarrollo del potencial humano*. vol. 3, p. 298. T. A. Vlasova y M. S. Pevzner. *Para el maestro sobre los niños con desviaciones en el desarrollo*. Ed. del Mined, 1979.

Actividades que partan de los intereses presentes en los niños del aula, con la diversidad en las formas de enseñanza, vinculan los conocimientos adquiridos con experiencias de la práctica cuando se traen al aula personas de activa participación social dispuestas a dar a conocer a los escolares sus vivencias y a satisfacer con placer sus inquietudes. Asimismo, las visitas a museos, jardines botánicos, zoológicos, permiten a los maestros contribuir a la creación del sentimiento de la necesidad del desarrollo sostenible y de respeto y protección de la naturaleza.

El maestro es para el adolescente el símbolo de la educación, debe comunicarse con los niños y ofrecerles afecto, ya que él constituye el elemento esencial del proceso educativo, no solo dirige el proceso cognoscitivo de sus educandos sino que también ejerce la autoridad en el aula. De él depende que cada educando sienta que su lugar específico está personalizado porque puede expresarse y es comprendido.

La autoridad del docente se define por su capacidad para comunicarse y el prestigio de que goza entre los niños. La autoridad del maestro se impone de modo natural porque logra interesar a los niños, se preocupa por ellos, su ejemplo impone la autodisciplina, y a través de las conversaciones individuales logra comprenderlo. Por el contrario, la autoridad impuesta mediante el autoritarismo se expresa en abuso, que hace víctimas a los niños. La relación personalizada del maestro en su relación con sus alumnos es un poderoso principio preventivo de la "no violencia".

Cuando el maestro representa una figura educativa real, se impide la aparente igualdad y afecta entre maestro y alumno, que no establece exigencias para orientar las fuerzas del alumno hacia nuevas adquisiciones y resulta nociva. No debe descuidarse la conversación individual, pues constituye un poderoso instrumento de la labor educativa.

La relación que inspira confianza y afecto facilita la expresión de los niños con problemas sobre los hechos que los avergüenzan, los entristecen y les producen ansiedad. Los maestros no deben rechazar a los niños por sus manifestaciones inadecuadas, sino comprender que son mecanismos de defensa con los cuales se protegen de la marginación social. El maestro puede adquirir una significativa connotación para sus alumnos de índole emocional o íntima. Corresponde al maestro articular la acción educativa de la escuela con el sistema de influencias educativas de la sociedad. Las reuniones de padres han cumplido una función principalmente informativa, pero pueden resultar más productiva si se utiliza su potencialidad para la elevación de los resultados de sus hijos en el orden educacional.

La visita realizada por el maestro a los hogares de niños con inadaptación escolar puede facilitar la individualización más conveniente de la acción educativa y preventiva de conductas antisociales.

Las notas para evaluar a los niños constituyen también medios de atención individualizada si se orienta por un sistema objetivo de baremos (o indicadores)

que realmente reflejan los momentos más significativos del desarrollo del niño en su vida escolar. La valoración individual del profesor puede tener un alto significado emocional y reforzar la autodeterminación del alumno en la superación de sus dificultades, "aspecto cualitativo que el profesor debe establemente evaluar y estimular".³⁹

Cuando el maestro acompaña la nota con valoraciones y reflexiones, tanto colectiva como individualmente, se opera un cambio en el sentido de la nota. Una, preparación mejor en Psicología y Pedagogía por parte del maestro que además incluya un entrenamiento para el uso de técnicas grupales y de la conversación individual, con la aplicación de una avanzada metodología es imprescindible para acceder a niveles superiores en el trabajo educativo.

El sistema actividades extraescolares requieren la dedicación de tiempo a crear acciones educativas no calcadas de las del plan nacional, sino adecuadas a los intereses, posibilidades y particularidades de las poblaciones escolares de las que se trate en específico.

Un aspecto muy importante del vínculo de la escuela con la sociedad es el apoyo de otras instituciones y organizaciones a la organización de la escuela para la realización de actividades extraescolares tales como visitas, conversatorios, discusión de películas, excursiones y otras. La implicación de los padres resulta fundamental colaboración en dicho sentido.

Nuevos conocimientos, experiencias y vivencias se entrecruzan en el proceso educativo que transcurre durante las actividades extraescolares. Esenciales valores y concepción del mundo pueden resultar digna consecuencia de la orientación de la atención hacia la reflexión en un proceso en el cual se enjuician hechos y comportamientos, cuando el maestro o el personal especializado, por ejemplo, comentan o conducen la percepción de una película.

Como sabemos, en nuestro país, se conduce planificadamente la prevención de las transgresiones de la ley, conforme al Decreto Ley 95 y se presenta como no solo una importante parte componente de la lucha contra la delincuencia, sino, lo que resulta esencial, como parte de la educación moral de la juventud, de la educación en ella de las posiciones ciudadanas de los activos constructores del futuro. Ante todo, se prioriza el desarrollo y perfeccionamiento del sistema general de educación de la juventud. La organización del trabajo educativo entre los menores de edad en las condiciones en que transcurre nuestro desarrollo se fundamenta en el multilateral análisis de los procesos y fenómenos sociales, que influyen (o pueden influir) sobre la formación de la personalidad. A dichos efectos se utilizan datos de pronóstico social para reaccionar no solo oportunamente a las condiciones desfavorables, su manifestación o extensión, que deforman la personalidad de los niños y adolescentes, sino también para impedir el surgimiento de dichas condiciones. Un importante significado tienen las

⁽³⁹⁾ F. González y A. Mitjáns. *La personalidad...*, cit., p. 136.

medidas dirigidas a la eliminación de la acción de las fuentes de influencias negativas antes que las mismas conduzcan a serias deformaciones morales de los adolescentes, al caer en ellas, y a la comisión de procederles ilegales.

El sistema de prevención de la delincuencia que comienza por la prevención temprana de comportamientos antisociales es una parte de la prevención general de la delincuencia, que tiene sus especificidades vinculadas en las particularidades de la situación moral y jurídica de los menores de edad, del contingente que se encuentra en un estadio de formación intensa de procesos personalológicos determinados. Justamente por este motivo, los menores de edad en un mayor grado que los adultos constituyen objeto convenientemente dirigido de los esfuerzos para la educación, la protección de la salud, la defensa de los derechos civiles, laborales y otros. Las transgresiones de dichos derechos, así como las insuficiencias en el proceso de educación pueden contribuir a la deformación de la personalidad de los menores de edad. Por este motivo, la prevención de la delincuencia de los menores de edad, ha sido estudiada profundamente por diversos estudiosos y amantes de la infancia, entre los cuales destacamos en este tema a la eminente criminóloga soviética V. V. Ustinova, la cual distingue dos tipos de medidas preventivas:

1) Medidas de carácter "general" (prevención general), dirigidas al desarrollo del sistema de educación social de la generación que crece, pero también, medidas para la atenuación de los "lados oscuros" y para la erradicación de los "lugares estrechos" de los procesos sociales, que en determinadas condiciones pueden contribuir al surgimiento de desviaciones en la conducta de los menores de edad.

2) Medidas de carácter especial (prevención especial), dirigidas a la eliminación inmediata de las circunstancias que pueden contribuir a la comisión de delitos: a impedir el tránsito de los adolescentes por el camino delictivo, obstaculizar la actividad delictiva y realizar la prevención del reincidente. Realmente, el sistema de la prevención especial de los delitos de los menores de edad puede dividirse en tres grandes subsistemas:

1 - Prevención temprana

2 - Eliminación de las circunstancias conducentes a la comisión del delito.⁴⁰

3 - Prevención de la reincidencia.

De los aspectos indicados del problema, nos interesa destacar a la prevención temprana, la cual se examina como una de las direcciones más importantes de la prevención de la delincuencia entre los menores de edad.

El significado de la prevención temprana puede observarse en la idea acerca de que, entre un 25 a un 35 % de las conductas delictivas, según distintas

⁽⁴⁰⁾ V. V. Ustinova. "Profilaxis temprana de los delitos de los menores de edad". *Problemas de la profilaxis temprana de las transgresiones de la ley entre los menores de edad*. M., 1978, p. 4 (en ruso).

fuentes,⁴¹ se produce en relación con situaciones vitales concretas con un gran peso, neutralizando, más bien, bloqueando una orientación positiva general de la personalidad. En los casos restantes la conducta del adolescente habría permitido pronosticar tempranamente la posibilidad del comportamiento delictivo y por medio de la toma de medidas preventivas-educativas detener (impedir) la deformación de su personalidad.

La prevención temprana está dirigida en la aplastante mayoría de los casos a cambiar los indicios relativamente débiles de carácter antisocial que comienzan a "asomar" cuando aún no se ha hecho firme su signo negativo. Por este motivo, en las condiciones de una organización correcta se pueden obtener resultados significativamente positivos y así mismo, prevenir la posibilidad de aplicación de medidas más serias, o sea, de carácter penal.

El concepto de prevención temprana de los comportamientos delictivos apareció a mediados de los años 60.⁴² Actualmente ampliamente se utiliza tanto en la bibliografía jurídica como en la pedagógica-criminológica, entre nosotros. No considera esta oponente, no obstante, que este concepto no ha sido sometido a análisis suficiente.

Cierta atención al problema de la prevención temprana le dedicamos pedagogos y psicólogos en nuestros trabajos. No obstante, desde nuestro punto de vista, no se establecen los límites pedagógico y educativo general de la prevención temprana, quedándose en el lado de su esencia criminológica. Debemos añadir que la definición de la prevención temprana hasta el momento no descubre completamente su esencia y se reduce, en lo fundamental, a la enumeración de las direcciones y medidas del trabajo educativo-preventivo. En una serie de trabajos jurídicos se ilustra la actividad de algunos órganos que realizan prevención temprana, por ejemplo las Comisiones de Dictamen de los Centros de Evaluación, Análisis y Orientación, los Consejos Provinciales de Atención a Menores y los Oficiales de Prevención, las trabajadoras sociales de la Federación de Mujeres Cubanas, pero específicamente dedicados a la prevención de las conductas antisociales de violencia no han sido muy puestos "sobre el tapete". Nosotros examinamos la prevención temprana como uno de los aspectos de la prevención criminológica especial, al referimos a las conductas delictivas de violencia, dirigido a la prevención ulterior de la delincuencia de violencia.

Desde nuestro punto de vista, se puede definir la prevención temprana de la delincuencia de violencia, como el conjunto o sistema de medidas, realizadas por los órganos estatales y las organizaciones sociales que tienen como objetivos, los siguientes:

a) el saneamiento de las condiciones de vida y de educación de los menores de edad cuando su situación amenaza su desarrollo normal.

(41) V. V. Ustinova. *Profilaxis temprana de...*, cit., p. 5.

(42) Idem, *ibidem*.

b) la represión y eliminación de las acciones que las fuentes de influencia antisocial agresiva pueden llevar a efecto, y

c) las influencias educativas sobre los menores de edad que impidan las desviaciones en la conducta y la formación de elementos personológicos mediante la fijación de puntos de vista, hábitos y costumbres morales adecuados y acordes con el modelo de "hombre nuevo" al que aspira nuestro proyecto social cubano actual.

En la bibliografía criminológica se afirma, fundamentadamente que las insuficiencias en el trabajo docente educativo de la escuela pueden resultar circunstancias contribuyentes para la Comisión de Delitos por los adolescentes. Dichas insuficiencias indicadas cumplen distintos roles en el proceso de formación de las particularidades personológicas características en los delinquentes violentos. Así, en unos pueden ser condiciones directamente incidentes en la formación de rasgos de crueldad, en otros, crear situaciones favorables para la manifestación de factores negativos, que ejercen su acción fuera de la escuela. Informaciones acerca de las deformaciones de la esfera moral de los menores de edad transgresores de la ley permiten, no solamente constatar el hecho de la existencia de tales insuficiencias, sino también determinar sus fuentes, lo que ayuda a hallar medidas preventivas más efectivas. Debe decirse que cuando se trata de las direcciones principales de la actividad preventiva, dado que se precisa de la creación de medios concretos, de instrumentos y vías de trabajo educativo, estas constituyen tareas de la ciencia pedagógica.

Como hemos considerado antes, el relativamente, bajo nivel de instrucción escolar de los menores de edad con comportamientos violentos es manifiestan consecuencia de la firme relación negativa que, hacia el proceso de aprendizaje escolar y de la vida escolar, en general. Esta es una de las causas de la marginación voluntaria o/y condicionada de dichos escolares por su colectivo. Una de las consecuencias negativas de dicha marginación o separación es el endurecimiento de esos escolares así como el nihilismo y a veces incluso el aborrecimiento que se observa en las relaciones que establecen con los maestros y los demás condiscípulos. En la medida en que se repiten estas reacciones conductuales contribuyen a la formación de interacciones de menosprecio en la comunicación con los demás, de recelo, y de incredulidad. La posición pedagógica errónea de los padres, muchas veces resulta el "catalizador" conveniente para el débil aprovechamiento escolar de los niños en la escuela. También los éxitos de los coetáneos producen una secreta envidia en los escolares que van alejándose de su colectivo de clase. G. Doronin considera que las acciones hábiles del pedagogo pueden convertir ese sentimiento, si lo utilizan adecuadamente, a partir de considerarlo como una reserva potencial complementaria de energía de los menores de edad. Si esto no se conduce adecuadamente, la envidia puede adquirir formas individualistas que se reflejen en malevolencia y animadversión hacia el éxito de los compañeros. Estos rasgos pueden jugar un rol importante,

si se afianzan, en la base subjetiva de la manifestación del egoísmo en las interrelaciones con otras personas.

Además de lo supraseñalado, la posición del escolar que va retrasándose puede dificultar la formación de un rasgo de la personalidad tal como el respeto a la dignidad humana. Esta cualidad va fijándose al mismo tiempo que se produce la orientación egoísta, individualista. Esto no contribuye como lo planteado anteriormente, al proceso de formación en la personalidad, de los rasgos humanistas del carácter, sino a arraigar en la misma, la relación menospreciativa, negativa, con el ser humano.

Analizando lo planteado, consideramos como importante dirección de la prevención de la formación en los menores de edad, de tendencias negativas en la relación con otras personas, lo siguiente: a) la preparación multilateral y de alta calidad de los niños para la escuela; b) la lucha por un alto índice de aprovechamiento de todos los escolares, que no debe confundirse con altas notas, sin respaldo de conocimientos sólidos; c) la creación en la escuela de actitudes de relación respetuosa hacia los escolares, que implica la revelación de sus cualidades positivas, con la consecuente realización del principio de apoyar lo positivo en el trabajo educativo.

7. Consideraciones finales como metareflexiones o/y metapropuestas

Como hay que ponerle un punto final siempre a toda ponencia, pero las ideas que nos inspira la necesidad de transformación de un fenómeno tan doloroso como el que analizamos, el de la violencia y más aún, la de los menores de edad, también en el mismo espíritu progresista de criminólogas argentinas, con cuyos escritos compartimos el consenso.⁴³

María Lidia de Ruiz Moreno asevera: “la realidad es que los hechos violentos ocurren cada vez más y una reacción sana de nosotros como adultos es poner atención al fenómeno y buscar formas de contenerlo, primero observando, analizando, luego tomando medidas”.⁴⁴

A pesar de los logros intelectuales y técnicos, en algunos casos, grandes progresos, los progresos morales que la violencia exige como contrapartida, no resultan aún suficientes, a pesar de que se la estudia, desde distintas ciencias y posiciones de partida. Desde distintas aristas, se avanza, no obstante,

(43) Hilda Marchiori. “Violencia escolar: consideraciones criminológicas y preventivas” y María Lidia de Ruiz Moreno. “Reflexiones sobre la violencia en la escuela”. Ambas en *Victimología*, n. 16, Córdoba : Edit. Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, Córdoba, 1998, p. 103-118 y 175-186.

(44) María Lidia de Ruiz Moreno. *Reflexiones sobre la violencia en la escuela*, cit., p. 181.

ininterrumpidamente, desde mediados del siglo XIX, por Georges Sorel. Ciencias de conducta, de comportamiento, estudios psicológicos, educativos, criminológicos se desarrollan incesantemente, pero no se asegura la voluntad social, a escala internacional por razones objetivas y subjetivas.

Como indicamos en nuestro modelo metodológico, procesos y fenómenos, desde el metamedio, se proyectan hacia distintas sociedades, también hacia la nuestra, con una buena carga de valores inseguros, problematizada y contradictoria, generadora y escenario de conductas violentas de individuos cada vez más jóvenes, en forma de conductas agresivas, e incluso, delictuosas.

Las causas de las conductas violentas aparecen más evidentes, aún cuando la interpretación no puede ser lineal, que los modos de contrarrestarlas y desde un principio conocemos que no podemos esperar respuestas globales y absolutamente eficaces.

La violencia producida por la pobreza, no es un secreto, es la más visible, como fue señalada por los obispos de Medellín. Las carencias eclosionan a partir de las carencias que generan latentes estados de irritación y después de cólera por la inaccesibilidad de los satisfactores de las necesidades, incluyendo a la educación. A todo ello se unen los contradictorios mensajes de autoridades de gobierno, representantes del poder. La propia escuela, además de los padres, contagiados o afectados por la filosofía consumista, o inmersos en ella, como indica Emilio Fan Fanfani, consultor de Unicef, muchos de ellos "están por debajo de sus responsabilidades" como primeros formadores de la personalidad infantil. Los niños son vulnerables, se dejan influir por la cultura que sus mayores les transmiten, basadas en el antivalor de "tener para valer".

Los medios de comunicación en el mundo transmiten un estilo de vida que no puede alcanzar la mayoría de las familias, lo que contrasta con las realidades deficitarias.

La escuela, como una de las esferas de influencia, actividad y comunicación es centro de convergencia y coexistencia de los reflejos de crisis, sordas, después estrepitosas, individuales o de grupo.

Las investigaciones criminológicas, y dentro de estas, las victimológicas, señalan, entre las interpretaciones diversas sobre la violencia que repercute en la escuela, la que procede de familias violentas que se manifiestan en ámbitos educativos.⁴⁵

(45) Hilda Marchiori. Cita la teoría de la ecología social del tratamiento expuesta por Cristina Crittenden, la cual se refiere a la violencia como el resultado de influencias jerárquicas entrelazadas, pero considera como decisivos los factores socioeconómicos y los individuales, lo que estimamos algo mecanicista que, dicho en esos términos le anula el carácter dialéctico al entrecruzamiento, y entendemos nosotros, a la interacción de los elementos culturales y personológicos.

Ha sido subrayada la importancia de que la reacción social institucional frente a la violencia sea principalmente *no-violenta*. Para asistir y prevenir la violencia familiar, escolar y social, tanto las autoridades educativas, como el personal docente y los padres necesitan comprender la esencia de la formación de redes educativas y sociales, como un sistema de hilos conductores y vías de comunicación.

Las redes educativas, enfocadas en términos de prevención temprana implican el entrelazamiento intra e inter-institucional, mediante la intervención de diferentes disciplinas, en este caso de consideración esencial se subraya la transdisciplinariedad criminológica-pedagógica. Asimismo, se comprometen ideas, pensamientos, reflexiones y acciones para el análisis de la problemática científica y práctica de los niños y adolescentes.

Hilda Marchiori ha destacado la necesaria consideración de un "Diagnóstico de la situación escolar", el cual permite definir los niveles de violencia en los ámbitos escolares, y en este sentido, adelanta algunos indicadores de interés, tales como: 1. modalidades de la violencia, 2. características de participación y número de personas, 3. instrumentos, 4. reiteración de los comportamientos violentos, 5. consecuencias de la violencia, nivel individual, familiar, escolar y social y 6. dificultades y fracasos en las medidas implementadas.

Tal como señala Naciones Unidas, la escuela permite la promoción de la igualdad social y el pluralismo cultural, enriquece al ser humano y ayuda a los jóvenes a interiorizar normas morales, desarrollar capacidades sociales y a lograr el sentido de la responsabilidad ciudadana. La escuela puede atender a las diferencias, instruir sobre los deberes cívicos, el carácter del acto delictivo, las consecuencias del delito, el funcionamiento. Estoy convencida del trascendental papel que puede y está obligada a jugar la escuela en la prevención temprana de las conductas o comportamientos violentos de nuestros niños en evitación de transgresiones de la ley de menores de edad.

Dentro del Sistema de Prevención, todas las actividades de todos y cada uno de sus integrantes son importantes. La escuela tampoco puede ser efectiva en el cumplimiento de sus decisivos papeles si se la considera aislada o se desconoce uno solo de sus integrantes. No obstante, cada escuela debe asumir su propio conflicto, como diría María L. de Ruiz, recuperando espacios de reflexión, por supuesto, necesita imprescindiblemente oír a los expertos, a los pedagogos, a los maestros capaces y a los criminólogos, para una correcta proyección científica.

Ningún espacio educativo es tan idóneo como la escuela para la prevención temprana de los comportamientos violentos. Un buen punto de partida puede ser el entrenamiento de la inteligencia emocional, dotar de las habilidades para el desarrollo de los sentimientos humanos que impidan la crueldad, enseñar en la escuela a controlar las emociones, a manejar impulsos. Para alcanzar estos objetivos es menester hacer experimentos formativos, ayudarse con la comunidad y aprovechar el enorme caudal de pensamiento creativo que posee

potencialmente el magisterio cubano y los expertos, de entre estos y otros investigadores que, transdisciplinariamente se ubiquen en los peligros del momento. Hay que oír a los expertos y pedir asesoramiento consecuente.

El abordaje serio, movilizador, de recursos existentes en nuestro propio ámbito, en las escuelas es capaz de replicarse y de transformar en evitación del crecimiento de la violencia, que pueda dificultar u obstaculizar el mayor alcance de nuestro proyecto social cubano, revolucionario, socialista. Este debe defenderse desde afuera y desde adentro, en la formación personalológica de nuestros educandos, con el auto-control de los impulsos y diálogo constructivo, con la utilización de métodos activos que aseguren la formación de necesidades superiores; de valores, de ideales, de proyectos de vida y convicciones acordes con el proyecto social. La escuela, cada escuela es capaz de generar su abordaje propio, según sus características particulares, en cada caso, cualitativamente distintas, realizando su diagnóstico y sometiendo a la consideración de las autoridades educativas, la pertinencia de sus proyecciones. Es imperativo cumplir acabadamente con la concepción de la educación, no de la mera instrucción, pero controlando los límites propios y dando participación al resto de los sujetos de la prevención, guiados por quienes son los encargados y responsables de recordar los valores referenciales de nuestra sociedad en este momento histórico concreto y mirando hacia el futuro, en una contemporaneidad signada por la violencia a escala global.

Si hemos podido compartir algunas de estas reflexiones y han considerado los otros pedagogos cubanos algo útil en estas ideas, me sentiré satisfecha.

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

6.1

LIMITAÇÃO DA EXTENSÃO DE APELAÇÃO E INEXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

SUMÁRIO: 1. Consulta – 2. Parecer: 2.1 Fatos determinados da consulta: 2.1.1 Proposição acusatória e julgamento em primeiro grau de jurisdição; 2.1.2 Manifestação de inconformismo do Ministério Público; 2.2 Petição inapta a produzir os respectivos efeitos: 2.2.1 Apelo consubstanciado em proposição vaga e indefinida; 2.2.2 Inépcia da analisada petição recursal; 2.3 Indispensabilidade de escoreita delimitação da insurgência na petição ou termo de apelação: 2.3.1 Orientação da doutrina italiana; 2.3.2 Posicionamento da doutrina e da jurisprudência brasileiras; 2.4 Inexistência de provisoriedade na execução penal: 2.4.1 Equivocidade da ordem de expedição de mandado de prisão; 2.4.2 Breve verificação do sistema executivo penal – 3. Conclusão: 3.1 Resposta à consulta formulada.

1. Consulta

Honra-me o ilustre advogado Marcio Thomaz Bastos com a *consulta* referente ao resultado do julgamento, pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de nosso Estado, da Ap 274.284-3/0 da Comarca de São Paulo, que, acolhendo o recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, condenou seu cliente Carlos Alberto de Oliveira Santiago, ordenando a expedição de conseqüente mandado de prisão, na forma explicitada em respectiva súmula, *verbis*:

“Rejeitaram a matéria preliminar, negaram provimento aos recursos defensivos e deram provimento parcial à apelação da Justiça Pública, nos termos que constarão do v. acórdão, expedindo-se mandado de prisão contra Carlos Alberto de Oliveira Santiago. Fará declaração de voto o revisor, Des. Andrade Cavalcanti. v.u.” (com proposições destaques).

E isso, notadamente, em relação à rejeição da arguição preliminar de não-conhecimento do aludido recurso, em que sobrelevado:

a) terem sido acusadas nove pessoas, das quais algumas foram absolvidas; e,

b) falta de menção ao nome de Carlos Alberto (absolvido em primeiro grau de jurisdição) na petição de interposição recursal, que somente fez expressa referência aos de Jane Viana dos Santos e Itamar Bueno Teixeira de Castro.

À mencionada *consulta* foram anexadas cópias das principais peças dos autos do processo, suficientes à verificação do ponto fulcral objetivado e correspondente formação de convencimento, propiciante da argumentação fática e jurídica que passo a desenvolver.

Antes, porém, de fazê-lo, sou instado a esclarecer que me sinto compelido a tecer, também, e em complemento, algumas considerações, que tenho como pertinentes, a respeito da ordem de expedição de mandado de prisão, por órgão jurisdicional coletivo de segundo grau, certamente para o efeito da denominada *execução provisória*, que, espúrio fruto de equivocado entendimento jurisprudencial, inexistente em nosso ordenamento jurídico, e, como tal, não tem por que ser vivenciada ...

E, sem necessidade de qualquer outra adição, passo, em imediata sequência, à elaboração do solicitado.

2. Parecer

2.1 Fatos determinados da consulta

2.1.1 Proposição acusatória e julgamento em primeiro grau de jurisdição

Carlos Alberto de Oliveira Santiago foi denunciado (juntamente com outras oito pessoas, a saber: Jane Viana dos Santos, Itamar Bueno Teixeira Costa, Serafim de Tomaso, Maria Israela Ramos Pinheiro – vulgo “Daniela” –, Adriana Viana dos Santos, Luiz Sakae Taniguchi, Clotilde Assis Machado e Sérgio Costa Magueta) pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, perante o Juízo de Direito da Vigésima Terceira (23.^a) Vara Criminal da Comarca de São Paulo, como incurso nas penas dos arts. 228, § 1.^o, do CP (nove vezes), e 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente (duas vezes), ambos c/c o art. 69 do CP (concurso material); e, ainda, do art. 213, c/c o art. 224, *a* (presunção de violência), do CP (Proc. 493/97).

Desenvolvido regularmente o respectivo procedimento penal, culminou ele, em primeiro grau de jurisdição, com a sentença de f., proferida em 17.09.1998, pelo MM. Juiz Antônio Sérgio Coelho de Oliveira, em exercício na Vara.

Naquilo que ora, realmente, interessa, mencionado ato decisório assim dispôs:

“(...) e) Absolvo o réu Carlos Alberto Santiago, qualificado nos autos, do delito previsto no art. 213, c/c. o art. 224, *a*, do CP, que lhe foi imputado, com fundamento no art. 386, IV, do CPP; f) Absolvo o réu Carlos Alberto Santiago, qualificado nos autos, dos delitos previstos no art. 228, § 1.^o, e art. 232 do ECA, que lhe foram imputados, com fundamento no art. 386, III, do CP” (cf. f., e *rectius*, no derradeiro passo, CPP).

2.1.2 Manifestação de inconformismo do Ministério Público

Devidamente intimado, o órgão acusador, pelo décimo terceiro (13.º) Promotor de Justiça da Capital, Walter Tebet Filho, manifestou seu inconformismo com o decidido mediante petição protocolizada em 28.09.1998, fazendo-o, porém, *venia concessa*, lacônica e obscuramente.

Com efeito, é o seguinte o singelo e inexpressivo teor da indicada peça recursal:

“(…) O Ministério Público do Estado de São Paulo, através do Promotor de Justiça que este subscreve, nos autos do processo crime 493/97, onde figuram como réus Jane Vieira dos Santos, Itamar Bueno Teixeira de Castro e outros, não se conformando com a r. decisão de f., vem da mesma ‘apelar’ para a Egrégia Superior Instância, nos termos do art. 593, I, do CPP.

Requer, uma vez recebido o presente recurso, sejam os autos encaminhados a esta Promotoria de Justiça para oferecimento das razões de inconformismo (…)” (cf. f.).

Como verificável, até mesmo *primo ictu oculi*, a simples leitura do texto transcrito, apresenta-se este com, pelo menos, duas e insanáveis falhas, ora pontuadas, e a seguir patenteadas: evidentes mostram-se, indubitavelmente, em relação ao acusado absolvido Carlos Alberto de Oliveira Santiago, a falta de menção ao seu nome, assim como a da necessária (ante os termos do decidido) especificação do objeto da apelação ministerial, então interposta.

2.2 Petição inapta a produzir os respectivos efeitos

2.2.1 Apelo consubstanciado em proposição vaga e indefinida

Realmente, a petição recursal transcrita *supra*, par da omissão atinente à (necessária e insuperável) nomeação do aludido imputado, essencial à evitação da preclusão temporal para interposição de recurso, em relação a ele; sequer cogitou da (também imprescindível) indicação do ponto, ou dos pontos, do decidido, que dita impugnativa recursal objetivava.

Daí porque, inequivocamente também, ela mostra-se vaga e indefinida. E, como tal, em técnico e jurídico rigor, inconsequente; de sorte a não poder gerar os efeitos pretendidos pelo descuidado recorrente, cuja precípua função é a de zelar pela observância da lei, e não, obviamente, a de pisoteá-la ...

2.2.2 Inépcia da analisada petição recursal

É de ter-se presente, a esse propósito, o magistério de José Carlos Barbosa Moreira, nos seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7. ed., Rio de

Janeiro : Forense, 1998. vol. V, p. 234, segundo o qual a mais autorizada doutrina processualista (citada em rodapé – nota 10) conceitua o recurso, ou “o poder de recorrer como simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo” (considerada a ação, por certo, como o *exercício do direito à jurisdição*, concedido, a todos os membros da comunhão social, abstrata, genérica e incondicionadamente, no inciso XXXV do art. 5.º da CF).

Assim também, a aguda e sempre atual ensinança do saudoso e emérito Mestre das Arcadas, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, que, em conferências, palestras e aulas ministradas com minha assistência, proclamava, em alto e bom som, *constituir a precisão da acusação uma autêntica garantia da defesa do acusado*.

Ora – seja-me permitido complementar –, se o *recurso* deve ser considerado como *aspecto, elemento, modalidade ou extensão do direito à jurisdição*, que se exerce por meio da ação, salta à evidência que a respectiva petição deve ser tão precisa quanto a da inicial proposição acusatória.

E isso não acontecendo, a sua inescandível imprecisão torna-a *tecnicamente inepta*, isto é, inapta a produzir os efeitos aos quais se destina (cf., a respeito da petição inicial *in genere*, meu *Do julgamento conforme o estado do processo*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 136).

Por via de consequência, e do mesmo modo que a inépcia da petição inicial acarreta o seu indeferimento ou rejeição (cf. arts. 295, I, do CPC; e 43, I, do CPP; e, no tocante a este, Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*. 18. ed., São Paulo : Saraiva, 1997. vol. 1, p. 498), a da recursal, como será logo adiante demonstrado, implica o *não-conhecimento do recurso*.

De resto, e a reforçar, *in casu*, esse correto entendimento, deve ser anotado que a sentença proferida em primeiro grau de jurisdição acolheu apenas parcialmente a proposição acusatória, num julgamento deveras complexo, mediante o qual: *a)* condenou cinco dos acusados, a saber: tendo como procedente em parte a acusação, Jane Viana dos Santos, Maria Israela Ramos Pinheiro, vulgo “Daniela”, e Clotilde de Assis Machado; e, *in totum*, Serafim de Tomaso e Luiz Sakae Taniguchi; e, *b)* absolveu os demais, ou seja, Carlos Alberto de Oliveira Santiago, Sérgio Costa Magueta, Itamar Bueno Teixeira de Castro e Adriana Viana dos Santos.

Daí, inafastavelmente como visto, a imperiosidade de especificação, na petição de interposição do apelo, dos lindes do recurso, tanto subjetiva, como objetivamente.

E, por via de consequência, descuidando dela – quer no tocante à nomeação, e correlata determinação dos apelados; quer quanto aos termos das respectivas absolvição e/ou condenação –, ela só poderia ser considerada, como de fato é, *tecnicamente inepta*.

2.3 Indispensabilidade de escoreita delimitação da insurgência na petição ou termo de apelação

2.3.1 Orientação da doutrina italiana

No tocante, já agora, e particularizadamente, à indispensabilidade de delimitação da insurgência na petição ou termo de apelação (especialmente, quando esta é *parcial*), assume real importância a verificação, breve que seja, do entendimento da doutrina italiana, em face do respectivo *ius positum*, no qual, sabidamente, a vigente codificação processual penal brasileira fincou suas raízes.

Versando, com a habitual acuidade, esse tema, explicita Francesco Canelutti, *Lecciones sobre el proceso penal*. tradução castelhana de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires : Ejea-Bosch, 1950. vol. IV. p. 144, *verbis*: “Quien impugna una providencia, no puede limitarse a protestar de la injusticia y a pedir que sea sustituida; sino que debe decir las razones de ello”.

E, nessa mesma, e correta, linha orientativa, postam-se, uniformemente, os mais autorizados especialistas peninsulares, como, *e.g.*, Alfredo de Marsico, *Diritto processuale penale*. 4. ed., integrada e atualizada por Gian Domenico Pisapia, Nápoles : Jovene, 1966, p. 290-292, salientando a indispensabilidade de especificação do objeto do recurso, ou seja, da individuação do “*punto del provvedimento che impugna*”; Girolamo Bellavista, *Lezioni di diritto processuale penale*. Milão : Giuffrè, 1956. p. 243, asserindo que o ato de recorrer (*dichiarazione*) “deve indicare il provvedimento impugnato, la data del medesimo, il giudice che lo ha emesso, il procedimento relativo ed il *gravame che intendesi proporre*” (com destaques meus, e, numa livre tradução: “deve indicar o ato decisório impugnado, a respectiva data, o órgão jurisdicional que o proferiu, o procedimento relativo e o *conteúdo da agravação proposta*”); e Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6. ed., atualizada por G. Conso e G. D. Pisapia, Turin : Utet, 1972. vol. 4, p. 642.

O último dos citados autores define, precisamente também, qual seja esse conteúdo da manifestação recursal, expressando que na petição de interposição (como visto, em língua italiana, *dichiarazione*) devem ser indicados: o ato decisório recorrido, a respectiva data, o órgão jurisdicional que o proferiu, o procedimento no qual pronunciado, e “il *gravame che si vuol proporre*”. E, em seguida, completando a lição que se ajusta como luvas à situação processual retratada nos autos objeto da *consulta*, enfatiza:

“*Se si tratta di un provvedimento riguardante più imputati, la dichiarazione di impugnazione del pubblico ministero deve indicare i nomi degli imputati nei riguardi dei quale gravame è proposto. Altrimenti s'intende che questo concerna tutti gli imputati, a meno che dai motivi proposti risulti che é limitato a uno o ad alcuni imputati.*”

Tutte le dette indicazioni sono richiesti a pena de inammissibilità (...)” (com destaques, também, meus).

Esse transcrito tópico exprime, sem deixar margem a qualquer dúvida, a verdadeira *ratio* da complexa situação processual de uma atuação que se desdobra em dois momentos, e, por ser tecnicamente única, reclama absoluta coerência entre ambos.

Dáí, e na esteira das partes inicial e final do raciocínio desenvolvido por Manzini, a certeza de tornar-se *indispensável, sempre que vários sejam os acusados, a indicação, na petição de interposição de recurso, pelo Ministério Público, do nome ou dos nomes dos recorridos*, isto é, “dos acusados em relação aos quais ele é interposto”.

Assim também, sendo diferenciadas as situações de cada um deles (v. g. condenação total, condenação parcial e absolvição –, como no caso da *consulta*), a *especificação dos lindes da insurgência*, dada a inafastabilidade da definição de sua abrangência, no lapso temporal estabelecido em lei para a manifestação de inconformismo, cujo decurso implica, à evidência, a formação de *coisa julgada de autoridade absoluta*, determinante, por sua vez, da *imutabilidade de ato decisório de mérito, na parte irrecorrida*.

2.3.2 Posicionamento da doutrina e da jurisprudência brasileiras

Em nosso país, não obstante o inicialmente equivocado entendimento de José Frederico Marques (cf., a respeito, em mais uma “civilização” do processo penal, *O júri e sua nova regulamentação legal*. São Paulo : Saraiva, 1948. p. 142, onde afirmado, *verbis*: “(...) na apelação contra sentença de juiz singular vigoram os mesmos princípios que na apelação civil ...”) – como, em variegados passos, seguido, inadvertida ou acomodadamente, por outros autores (e.g., quanto ao tema ora versado, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*. São Paulo : RT, 1996. p. 155; em mais antiga postura, Julio Fabbrini Mirabete, *Processo penal*. São Paulo : Atlas, 1991. p. 604; e Fernando Capez, *Curso de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 358-359), e por conhecidos pronunciamentos pretorianos, – o posicionamento doutrinário e jurisprudencial consubstanciado em exegética interpretação do enunciado do art. 599 do CPP apresenta-se identificado ao dos mestres italianos, logo acima citados (cf. os mesmos José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1965. vol. IV, p. 233; e Julio Fabbrini Mirabete, *Código de Processo Penal interpretado*. 5. ed., São Paulo : Atlas, 1997. p. 768-769; Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*. 7. ed., São Paulo : Saraiva, 1989. p. 383; Alberto Silva Franco, Rui Stoco *et alii*, *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo : RT, 1999. vol. 2, p. 2.814-2.816; RTJ 87/455, 72/27, 41/339; STF, RHC 52.548-GB, rel. Min.

Bilac Pinto, *DJU* 22.11.1974, p. 877; votos do Min. Sepúlveda Pertence, citados *RTJ* 134/250 e *RT* 740/512, 731/576, 665/379, 656/270, 605/278, 545/376; *JTJ* 185/316; *JUTACrim-SP*, *Lex* 89/322).

Assim é que o eminente jurista paulista, de saudosa memória, nos *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. IV, p. 234, após demonstrar a *dispositividade da apelação parcial* (p. 233), não teve como deixar de asserir que: “A apelação contra sentença definitiva, que não seja condenatória ou de absolvição, é sempre limitada, por força do próprio objeto do recurso” (e isso — permito-me, de logo, complementar —, referindo-se, indubitavelmente, a *sentença de mérito*, tal como só pode ser a definitiva, e em que não haja, apenas, absolvição ou condenação, mas ambas, sobretudo no caso de pluralidade de acusados).

Julio Fabbrini Mirabete, a seu turno, em *Código de Processo Penal interpretado*, cit., p. 768, anota que, adotado no procedimento penal formalmente acusatório o secular regramento *nemo iudex sine actore*, impeditivo da apreciação de parte do *decisum*, de que não tenha apelado o vencido, vigora outro, consubstanciado na máxima *tantum devolutum quantum appellatum*, coibitiva de julgamento *ultra petita*. E aduz, *verbis*:

“Os limites do inconformismo da parte devem ser fixados na petição ou termo do recurso. Ao apelar, deve indicar no pedido sua fundamentação ou o dispositivo legal em que se apóia, que não pode ser modificado nas razões, salvo se ainda estiverem dentro do quinqüídio legal. A extensão do apelo mede-se pela interposição e não pelas razões (...)”.

Essas considerações trazem à relembração a aguda observação de Eugenio Florian, *Elementos de derecho procesal penal*, tradução castelhana de L. Prieto Castro, Barcelona : Bosch, sem data, p. 432, no sentido de que a acusatoriedade inerente à atividade processual penal determina “a la parte que impugna la resolución especificar en su recurso el objeto del mismo. La parte solicita la actividad del juez *ad quem* y al mismo tiempo *señala los limites de la misma*. La actividad del juez depende y está circunscrita al modo como el recurso haya sido propuesto” (com destaques, novamente, meus).

E, no que respeita à atuação recursal do Ministério Público, impõe-se-lhe, já agora no dizer de Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*. Coimbra : Ed. Coimbra, 1974. vol. 1, p. 405, a “observância estrita de um dever de objetividade”, lastreado nos fins que deve perseguir em todo o desenrolar da *persecutio criminis*, quais sejam o de plena colaboração na descoberta da verdade e na realização de justiça.

E, nesse passo, não constituirá demasia, por certo, a relembração, com Fernando Capez, *Curso de direito processual penal*, cit., p. 359 (que, embora ostentando outro, já criticado, posicionamento, reconhece, com todas as letras), *verbis*: “(...) A apelação existe no momento em que é interposta, e não quando são oferecidas as razões. A interposição é, portanto, aquele momento em que a parte manifesta seu inconformismo, e no qual se fica sabendo que ela não

se conforma e em quais limites não o faz com a decisão recorrida. No exato instante em que a parte apela, deve expressar contra o que recorre, e em que limites o faz. As razões são simples acessórios e servem apenas para embasar o inconformismo nos parâmetros já estabelecidos, devendo, portanto, simplesmente seguir a sorte do principal” (com destaques, uma vez mais, meus).

E é, afinal, nessas mesmas, e precisas a meu ver, perspectivas, que se alinha correlato entendimento pretoriano pátrio, que pode, em sucinta referência a variegados pontos, ser assim dimensionado:

A extensão da apelação, em processo penal, é determinada pela petição ou termo de interposição, não podendo ser ampliada ou restringida quando da oferta das respectivas razões, a não ser que estas sejam apresentadas no quinquídio legal (cf. *RTJ* 139/495, 134/240, 87/455, 51/414, 41/339; *RT* 740/511, 728/543, 615/262, 605/278, 601/419, 423/474; *Jurispr. do TJESP, Lex* 198/312, 185/316; e complemento, também, de Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, cit., p. 383): “São fixados na petição, e não nas razões, os limites do recurso”;

Quando haja pluralidade de acusados, omitido o nome de qualquer deles na petição ou no termo de interposição do apelo, se as razões a ele se referirem, o órgão jurisdicional *ad quem* não deverá conhecer do recurso, dado o trânsito em julgado da sentença que o tenha absolvido ou apenado a menor do que o pretendido pelo Ministério Público, assistente ou querelante recorrente (cf. *RT* 731/576, 475/312).

É indispensável, também, seja esclarecido, desde logo, na petição de interposição do recurso contra sentença definitiva, no que consiste o inconformismo manifestado pela parte recorrente (cf. *RT* 545/376; *JUTACrim-SP, Lex* 89/322).

Aduzida, outrossim, a esses focados posicionamentos, a inadmissibilidade de aplicação de regramentos processuais civis aos recursos penais (cf. voto do Min. Xavier de Albuquerque, na *RTJ* 87/456-459); é de ser considerada, em inafastável complemento, a aplicação analógica do art. 593, III, do CPP, como já alvitrado em julgados da Suprema Corte de Justiça brasileira (v., a respeito, *RTJ* 134/254-255, em voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, com indicação de vários precedentes); inclusive – permito-me aduzir –, no tocante às restrições impostas aos apelos interpostos contra julgamento do Tribunal do Júri (e.g. *RTJ* 139/495, 136/606, 130/1.186, 127/929, 81/48, 75/243, 41/339; *RT* 765/573 e 682, 720/432, 656/270, 584/332; *Jurispr. do TJESP – Lex* 215/325, 208/288, 198/312).

De outra banda, o difundido entendimento do Supremo Tribunal Federal, que se cristalizou em acórdãos conduzidos pelo Ministro Celso de Mello (como o publicado na *Rev. Trim. de Jurispr.*, vol. 134, p. 240), com a asserção de não poder o Ministério Público, após interpor recurso amplo, limitar a extensão temática das razões de apelação (“A extensão temática do efeito devolutivo dos recursos interpostos pelo Ministério Público deriva da maior ou menor ampli-

tude dos limites por ele próprio estabelecidos em sua petição recursal, que poderá restringi-los a tópicos determinados da sentença ou estendê-lo a todas as questões que foram – ou poderiam ter sido – examinadas pelo ato decisório recorrido”), somente pode ser tido como ajustado ao regramento da *isonomia processual*, conectário do preceito constitucional consubstanciado na *igualdade de todos perante a lei*, na medida em que contemplativo, também, da situação inversa, isto é, aquela em que o órgão ministerial, formulando proposição *tecnicamente inepta*, em face de sentença proferida em processo penal com vários acusados, deixe de nomear o recorrido ou os recorridos, e/ou de definir a exata extensão do manifestado inconformismo.

Vêm a pelo, a esse propósito, dois escólios jurisprudenciais, emanados, também, do Excelso Pretório pátrio, a saber:

Um deles, contendo a séria e sábia advertência do Min. Bilac Pinto, no voto condutor do julgamento do RHC 52.548-GB, que bem reflete situação assemelhada à dos ora examinados autos: “(...) Assim sendo, *é inequívoco que a apelação, quando interposta, visava somente parte da decisão, já que, primeiro, a sentença não era só absolutória*, segundo, os denunciados e julgados *eram nove*. E as razões, postas nos autos após escoado o prazo de cinco dias, *não podem ter o efeito de suprir a omissão, consciente ou inconsciente, da petição de interposição*. Certo o parecer do Procurador Hélio Pinheiro da Silva, a dizer que *‘o representante do Ministério Público acabou ficando na intenção de apelar em relação ao paciente’* (...)” (RTJ 72/28, com destaques meus); e

Outro, estampado na supra citada (e, sem dúvida, a mais importante obra publicada em nosso País sobre) *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*, capitaneada por Alberto Silva Franco e Rui Stoco, no vol. 2, às p. 2.814-2.815, e que vem a calhar também, pela sua pertinência, ao trato do tema ora abordado, *verbis*:

“Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Apelação do Ministério Público. Anulação de julgamento pelo Tribunal. Decretação da prisão dos réus, sem que a medida tivesse sido requerida na apelação do Ministério Público. Impossibilidade. Súm. 160-STF. ‘I. Não pode o Tribunal acolher apelação do Ministério Público por fundamento não constante do recurso. II. Precedentes do STF: RC 1.260-CE, Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 76/672; HC 56.927-ES, Min. Cordeiro Guerra, RTJ 90/70; HC 56.580-SP, Min. Leitão de Abreu, RTJ 90/825; Rec. 91.791-CE, Min. Soares Muñoz, RTJ 98/811; HC 60.027-MG, Min. Décio Miranda, RTJ 103/1023; HC 61.697-RS, Min. Francisco Rezek, RTJ 109/556; HC 68.109-PE, Min. Celso de Mello, RTJ 136/606; HC 68.878-RJ, Min. Celso de Mello, RTJ 140/140 e HC 73.399-SP, Min. Maurício Corrêa, DJ 03.05.1996. III. *Habeas corpus* deferido. Extensão do co-réu Ivan Carzo de Castro’ (STF, HC 75.668, rel. Carlos Velloso, DJU 13.02.1998)”.

Ex positis, despicendas, à evidência, tornam-se mais alentadas considerações acerca do grave equívoco cometido pela Turma Julgadora da examinada

apelação, ao tomar conhecimento do recurso, em relação ao acusado absolvido, Carlos Alberto de Oliveira Santiago, ante os termos em que posta (e, conseqüentemente, delimitada) a insurgência do Ministério Público na analisada petição de interposição. E isso, tanto mais quanto se tenha presente que, a rigor, “as razões não são essenciais à integração do apelo, pois se processa ele com ou sem razões, como dispõe o art. 601 do citado Código” (de voto do Min. Thompson Flores, *RTJ* 93/975; e certo que a referência é ao Código de Processo Penal).

2.4 *Inexistência de provisoriedade na execução penal*

2.4.1 *Equivocidade da ordem de expedição de mandado de prisão*

Aliás, e ao que tudo indica, a essa falha de percepção somou-se outra, de igual gravidade, e que, embora transcenda do objeto da *consulta*, como acentuado no preâmbulo deste *parecer*, não pode deixar de ser, também, considerada e sobrelevada: refiro-me, já agora, e por fim, à ordem de expedição de mandado de prisão, singelamente contida na súmula do julgamento analisado, ou seja, dando a entender que, com o pronunciado decreto condenatório, se deverá proceder, de imediato, a uma *execução provisória* do decidido em segundo grau de jurisdição, mesmo estando sujeito a recurso o *decisum*.

Realmente, a determinação de prisão do condenado, pelo simples fato da condenação, estabelecida em ato decisório recorrido, ou recorrível (decorrente, portanto, e meramente, de julgamento de mérito sujeito a recurso), a par de aberrar do sistema vigente em nosso ordenamento jurídico, afronta a preceituação contida no inciso LVII do art 5.º da CF, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Como já tive a oportunidade de anotar, em diversos escritos (v., por todos, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 401 *et seq*; com lastro nos magistérios, dentre outros, de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed., Coimbra : Ed. Coimbra, 1984. vol. 1, p. 215; e Danielle Saint-Laurent, *Principes de droit constitutionnel et pénal*. Quebec : Modulo, 1986. p. 117), segundo o transcrito mandamento constitucional, tem o cidadão envolvido numa *persecutio criminis* o direito à não consideração prévia de culpabilidade, isto é, o de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de *decisum* condenatório.

Ora, isso significa que ele somente poderá ter decretada sua *prisão provisória*, quando esta assumia natureza cautelar (casos, unicamente, de *prisão em flagrante*, *temporária* ou *preventiva*); vale dizer, quando ela não se apresente

com caráter meramente processual, posto que resultante, simplesmente, de ato decisório recorrido, ou recorrível.

E, assim sendo, mesmo que este só possa ser impugnado mediante recurso especial ou extraordinário, recebíveis a processamento apenas no efeito devolutivo, impõe-se, para a segregação prévia do condenado, que o ato decisório proferido por órgão jurisdicional colegiado de segundo grau, simultaneamente com a condenação, decreta a prisão preventiva com supedâneo num dos requisitos estatuídos no art. 312 do CPP.

A não ser assim, a ordem de prisão, não cautelar, mas tipicamente processual, presentarse-á, indubitavelmente, equivocada, consistindo em *constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do condenado*.

2.4.2 Breve verificação do sistema executivo penal

Há mais, porém, a considerar.

Com efeito, *inexiste em nosso sistema executivo penal a denominada execução provisória*: a Lei 7.210, de 11.07.1984, ao regulamentar a execução de ato decisório condenatório, contempla, tão-somente, aquele que, preclusos os prazos para os respectivos recursos, tenha *transitado em julgado*.

Tanto isso é certo, que o par. ún. do art. 22 alude a preso provisório, ao qual são concedidos os mesmos direitos e determinados os mesmos deveres do preso definitivamente condenado (cf. arts. 39, par. ún., 40, 41 e 42).

Ademais, mencionado Diploma legal estabeleceu um, *único*, pressuposto (certamente, jurídico) da execução penal, qual seja o *título executivo consubstanciado em sentença condenatória coberta pela coisa julgada*; expressando o conjunto dos arts. 105, 107, 171 e 172, que ninguém poderá ser recolhido a estabelecimento prisional, ou internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, sem a respectiva guia, expedida pela autoridade judiciária competente, *após o trânsito em julgado da sentença impositiva de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança*.

Ora, incumbe ao intérprete, na aplicação da lei, a par da verificação dos fins sociais aos quais ela se destina, observar detidamente o sistema em que se posta, buscando fazê-lo exegeticamente.

Como, a esse propósito, agudamente, intuiu a Des. Federal do Tribunal Regional da 3.^a Região, Suzana Camargo, em voto proferido no julgamento do HC 97.03.038827-2, de São Paulo, e de todo ajustável a situações como a preconizada neste *parecer*,

“O sistema jurídico é um conjunto uniforme e sincrônico de normas, pelo que não há como considerar umas normas e não outras, ou mesmo, sob o pretexto de estar a aplicar uma regra, procedendo a responsabilização penal do

agente do crime, olvidar outras que representam garantias outorgadas a esse próprio agente.”

E, de resto, para não me alongar demasiada e desnecessariamente, faço minhas as palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*. cit., vol. 4, p. 374; e de Antônio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 86, a saber:

Expressa Tourinho Filho que “não é pelo fato de a prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível haver perdido o caráter de ‘provisória execução da pena’ que a Justiça deva justificá-la, sob outro fundamento (...)”; e

Enfatiza Magalhães Gomes Filho, com mesma exação, *verbis*: “(...) Essencialmente, em face dessas garantias, não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental ou final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada”.

3. Conclusão

3.1 Resposta à consulta formulada

Isso tudo, devidamente expendido, respondo à *consulta* formulada, afirmando, com a necessária convicção, que a examinada apelação do Ministério Público não devia ser conhecida pela Turma Julgadora do recurso; sendo nulo, portanto, o julgamento que a conheceu e proveu, em relação a Carlos Alberto de Oliveira Santiago.

E, em complemento entendido oportuno e indispensável, aduzo que, mesmo assim não fosse, a expedição de mandado de prisão não deverá constituir resultado do simples fato da condenação.

Isso porque, como foi logo acima explicitado, se isso acontecer, a ordem de prisão consistirá, indubitavelmente, em *constrangimento ilegal à sua liberdade de locomoção*, a ser combatido, também, pela via heróica do *habeas corpus*.

Esse o meu *parecer*, s.m.j.

São Paulo, 18 de outubro de 1999.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1

VIOLÊNCIA POLICIAL E O PAPEL DA PERÍCIA MÉDICA

LUÍS ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA

WÂNIA PASINATO IZUMINO

e

ADRIANA ALVES LOCHE

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O processo judicial – 3. A produção das provas – 4. Os autos – 5. O laudo necroscópico – 6. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: O presente artigo discute a questão da violência policial, a partir da perspectiva da investigação criminal, ressaltando os problemas decorrentes das perícias e dos laudos que, muitas vezes, são obstáculos ao perfeito esclarecimento das ocorrências de mortes e torturas provocadas por policiais ou cuja autoria é desconhecida. Assim, o artigo procura afirmar que qualquer reforma do sistema criminal do Brasil deva pensar, com urgência, as deficiências periciais existentes e propor o aperfeiçoamento das diligências do inquérito policial.

Palavras-chave: Polícia – Violência policial – Perícias – Laudos periciais – investigação criminal – Tortura – Sociologia jurídica.

1. Introdução

Para definir o conceito de violência policial enfrentamos sempre as mesmas dificuldades encontradas para definir o conceito de violência em seu sentido geral. Não existe uma única forma de violência, assim como não existe uma única forma de violência policial; a violência policial pode ser vista de diferentes maneiras, que devem ser compreendidas em seus contextos e situações particulares¹ (Izumino, Loche e Cubas, 1999). A literatura especializada no assunto consigna como fundamento da violência policial os problemas resultantes de nossa cultura jurídica, essencialmente inquisitorial, da estrutura e de funciona-

⁽¹⁾ Estudos sobre o uso da força física pela polícia, desenvolvidos nos Estados Unidos, corroboram esta definição. A definição de violência policial não deve considerar apenas a força letal, mas o uso excessivo da força pela polícia desde um empurrão até o uso de armas de fogo, dependendo do contexto em que ela ocorre (Cf. T. McEwen, 1996; L. A. Greenfeld et alii, 1997).

mento das instituições policiais, que privilegiam o vigilantismo e possuem baixo grau de visibilidade. Para simplificar a presente exposição, optamos por abordar o problema das torturas praticadas por policiais nas delegacias de polícia e os problemas encontrados para sua investigação e criminalização.

No Brasil, no âmbito do sistema de Justiça Criminal, a instituição policial tem a múltipla e contraditória função de fazer cumprir a lei, administrar conflitos na esfera criminal e promover a manutenção da ordem social. A tortura – que em nossa tradição jurídica tem como precedente a conhecida tortura judicial das Ordenações Filipinas – aparece sobretudo quando a polícia está no exercício da primeira função, ou seja, nas práticas de investigação criminal da Polícia Civil. Na literatura especializada, a tortura tem sido descrita como método de investigação policial que, apesar de ilegal, encontra-se incorporada à cultura policial. Devido à organização judiciária brasileira, a investigação desses casos compete à própria Polícia Civil, instituição à qual pertencem os agentes que, com maior frequência, fazem uso desse método. Havendo essa conjunção de interesses observa-se que são inúmeras as resistências e obstáculos que surgem nas investigações de casos denunciados. Lemgruber (1987), referindo-se a casos de tortura praticada por policiais civis durante as investigações de fatos criminais, afirma que “ao contrário do promotor de justiça, dos juízes e de outros funcionários, o policial toma decisões legais em contexto de pouca visibilidade, o que, de resto, favorece a arbitrariedade” (p. 24). Mingardi (1996) vai mais além e ressalta que o uso da tortura para obter a confissão de um suposto criminoso está também relacionada à corrupção dentro da instituição policial, “pois é impossível extorquir um delinqüente sem saber o que ele fez”. Sharpe (1995) corrobora esta opinião, afirmando que a violência policial é estrutural, porque a organização policial admite certas atitudes ilegais, por exemplo: a fabricação de provas, a extração de confissões mediante ameaça, a produção de evidências sobre um suspeito, entre outras. Tais atitudes são aceitas, segundo Sharpe, porque beneficiam a instituição policial, auxiliando na apuração criminal.

Definida pela Constituição Federal como crime inafiançável, insuscetível de graça e anistia, a tortura foi tipificada crime finalmente em 1997 (Lei 9.455, de 07.04.1997), apesar da ratificação internacional ter ocorrido em 1989, na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Segundo a atual legislação nacional, constitui crime de tortura “constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental; e submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo” (§ 1.º, arts. 1.º e 2.º, Lei 9.455/97).

Não obstante a legislação, a prática da tortura continua sendo corriqueira em qualquer delegacia de polícia no país. Um levantamento a respeito da

violência policial, a partir da imprensa escrita, aponta que, entre os anos de 1990 e 1996, foram noticiados 104 casos de tortura no Brasil.² Por ocorrer em um contexto de pouca visibilidade, em geral delegacias de polícia, não se pode definir o quanto estes números representam do total de ocorrências. No entanto, pode-se afirmar que esses casos constituem importante indicador da permanência desta prática, que provavelmente se mantém pela impunidade de seus agentes.

2. O processo judicial

A investigação sobre torturas praticadas pela polícia apresenta problemas de difícil solução. Historicamente, foi através do reconhecimento do poder médico que a justiça pode tomar conhecimento e se assegurar das causas diretas e da extensão dos ferimentos encontrados em alguma vítima de violência. A partir do final do século XIX, toda uma área do conhecimento envidou esforços para auxiliar a justiça a desvendar as mortes mais estranhas ou intrincadas. Foi o momento de surgimento e consolidação da medicina-legal. As perícias médicas, as técnicas de exames cadavéricos, as autópsias, as investigações a respeito dos efeitos provocados por venenos, choques elétricos, cortes, contusões, hematomas, rompimento himenal ganharam grande desenvolvimento e passaram a ser consideradas como peças fundamentais dentro do longo e tortuoso processo criminal. Na verdade, foi nesse mesmo momento que a morte de um indivíduo somente deveria provocar efeito legal após a atestação médica. Desde então, a eficácia da justiça passou a andar de par com a qualidade das perícias médico-legais (Antunes, 1996).

Neste artigo, portanto, cabe analisar o peso que o poder médico tem na comprovação de que um indivíduo foi torturado por representantes de órgãos oficiais. Decidimos analisar um processo judicial instaurado para apurar a responsabilidade criminal de policiais civis envolvidos em um caso de tortura, ocorrido na década de 80, num distrito policial, na zona leste da cidade de São Paulo. O caso descrito faz parte da pesquisa "Continuidade autoritária e construção da democracia", desenvolvida pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo.

No sistema de justiça criminal brasileiro a apuração de um crime divide-se entre as fases policial e judicial. A primeira tem início com a instauração do inquérito policial, quando são produzidas as provas técnicas e as provas orais, com o objetivo de identificar a autoria e recolher indícios do crime. Nessa fase, devido ao fato de que a autoridade policial apenas procura coletar indícios

(2) Fonte: banco de dados da imprensa sobre as graves violações de Direitos Humanos. Núcleo de Estudos da Violência-USP/Secretaria Nacional de Direitos Humanos-Ministério da Justiça.

relativos ao crime, ao seu suposto autor e aos motivos que o levaram a cometê-lo, não há acusação formal, o que justifica, em nossa cultura jurídica, a idéia corrente de que ao “suspeito” não caberiam direitos ou garantias constitucionais. Nessa fase, na prática policial, caberia ao indiciado comprovar as bases de sua inocência. Após sua conclusão, o inquérito é remetido à justiça, iniciando-se a ação penal propriamente dita. Durante a fase judicial, devido à nossa cultura jurídica, que se baseia no princípio constitucional da ampla defesa do acusado, toda a prova oral é refeita; ou seja, o juiz deve interrogar o acusado e ouvir novamente todas as testemunhas já ouvidas na fase de inquérito, além daquelas que serão indicadas pelo acusado e seu defensor. Atendendo a este mesmo princípio, podem ser solicitadas pela defesa ou pela acusação provas técnicas complementares. Mesmo assim, as provas e indícios coletados no inquérito policial permanecem anexados aos autos do processo, sendo assim, constantemente interpelados pelo acusador. Após reunidas todas as provas, procede-se ao julgamento; o julgamento é procedido por um juiz singular nos casos de crimes contra o patrimônio ou pelo júri nos casos de crimes violentos contra a pessoa. Todo o processo criminal, desde o inquérito policial até o júri, é marcado por um complexo, contraditório e dispendioso processo formal que envolve a inquirição de testemunhas, a coleta de provas, a manifestação das partes. A extensão desse processo, gradualmente, apaga a memória dos fatos. Nesse meio tempo, as testemunhas desaparecem e mesmo as provas materiais costumam perder o impacto (Souza, 1992; Izumino, 1998; Correa, 1982).

3. A produção das provas

As provas orais referem-se ao interrogatório do indiciado e aos testemunhos daqueles que presenciaram ou ouviram falar do crime. O interrogatório do indiciado não pode ser considerado como prova contra o mesmo, mas, em nossa cultura jurídica, estimula-se a confissão na delegacia, dando oportunidade para que ocorra a tortura (Lima, 1989). Os testemunhos, em geral, constituem o primeiro relato sobre o ocorrido. Estudos que utilizaram processos judiciais como fonte de dados para pesquisa (por exemplo, Pinheiro, 1997; Izumino, 1998) têm apontado que embora a prova oral seja importante para o conhecimento das circunstâncias da agressão (o que a motivou e qual era a intenção do agressor), fornecendo elementos para que acusação e defesa elaborem suas estratégias de intervenção no caso, não são um instrumento objetivo para a apuração do crime, pois não raro os depoimentos são contraditórios, apresentam muitas lacunas, sobretudo devido à ação do tempo.

As provas técnicas consistem de exames realizados no local do crime, nas armas ou nos instrumentos utilizados e no corpo da vítima. As perícias de local, armas e instrumentos são realizadas pelo Instituto de Criminalística e os exames de corpo de delito e necroscópico são realizados pelo Instituto Médico Legal, que até recentemente eram subordinados à estrutura administrativa policial.

A qualidade das provas técnicas é de extrema importância para a continuidade da ação penal, pois estas não sofrerão modificações com o decorrer do tempo, como pode ocorrer com provas orais. Idealmente, a prova técnica deveria ser precisa, produzida a partir de métodos científicos e não dar margem a interpretações. Na realidade, observamos que a carência de infraestrutura e de recursos humanos especializados, aliada à problemática posição de subordinação dos órgãos técnicos à Secretaria de Segurança e à crise da justiça criminal, produzem provas técnicas eivadas de deficiências, com muitas lacunas. Na verdade, um dos fundamentos da injustiça está na própria incapacidade do Estado em prover condições adequadas para a realização de perícias e de exames necessários ao processo de julgamento. Outro problema, que merece ser estudado com mais detalhes, refere-se ao fato mesmo que algumas categorias profissionais envolvidas com as perícias julgam que o combate ao crime é parte do seu ofício, promovendo, nesse caso, uma imprópria antecipação da decisão que cabe ao poder judiciário. Mas nosso propósito é menos ambicioso. No presente artigo, falaremos da produção dos laudos e do debate por ela suscitado.

4. Os autos

O caso apresentado a seguir, conforme consta nos autos do processo criminal, teve início em 23.07.1983, quando a vítima, um homem branco de aproximadamente 30 anos de idade, apontada como autora do roubo a uma farmácia, fora detida e permanecera presa ilegalmente até o dia 28. Nesses cinco dias, consta que teria sido torturada por vários policiais; no quinto dia de prisão, como estivesse muito debilitada, fora levada pelos policiais ao hospital, sendo ali internada. Ao dar entrada no hospital, a vítima relatou aos médicos que teria sofrido tortura na delegacia. Mesmo após 6 dias de internação, seu estado de saúde agravou-se. Por isso, a vítima foi transferida de hospital e no dia 4 de agosto veio a falecer.

O inquérito policial foi instaurado para apurar as circunstâncias que levaram a vítima ao falecimento. O delegado que instaurou o inquérito soube da ocorrência através dos funcionários do hospital, que comunicaram a morte e o espancamento ao posto de plantão policial existente nas dependências do hospital.

O primeiro relato sobre a tortura foi apresentado no relatório clínico da vítima, elaborado pelo médico responsável que a atendeu. Além das observações diárias sobre o quadro clínico da paciente e a conduta terapêutica adotada, o médico relatou que a paciente havia lhe contado ter sido pendurada em "pau-de-arara"; além disso, ela teria recebido pancadas, choques elétricos, e atiraram-lhe água com sal nos olhos. No exame físico procedido na vítima quando de sua entrada no hospital, o médico observou que ela apresentava ferimentos na língua e também uma "conjuntiva bulbar com hiperemia + secreção purulenta", e que isso poderia ter sido ocasionado por água e sal. Mais grave ainda, a vítima apresentava traumatismo abdominal provocado por espancamento, e sentia

fortes dores quando submetida ao toque superficial. O médico observou, ainda, um “edema pós-traumático nas articulações de punhos e tornozelos”.

Durante o inquérito policial foram ouvidos vários detidos que se encontravam na mesma cela da vítima na mesma ocasião. Todos afirmaram que ela fora torturada em diferentes momentos durante a sua permanência na delegacia. Os policiais (carcereiros, investigadores e delegados) que trabalhavam na delegacia no momento em que a tortura teria ocorrido foram indiciados. Nenhum deles assumiu ter participado da tortura nem que mantiveram a vítima detida ilegalmente no distrito.

As versões apresentadas pelas testemunhas e os acusados eram bastante contraditórias; durante a fase judicial a versão apresentada pelos presos sofreu várias tentativas de desqualificação; a defesa baseava-se no senso-comum segundo o qual o testemunho dos policiais deveria ser mais confiável do que o dos presos. De qualquer forma, as provas testemunhais foram consideradas evidências frágeis quanto à prática do crime e o envolvimento dos policiais. Por conta disso, a prova técnica tinha que ser inquestionável para, a partir daí, estabelecerem-se as responsabilidades dos policiais que atuavam no distrito. Embora fosse difícil estabelecer uma autoria direta, era possível indicar a autoria baseada em provas circunstanciais.

Para complicar o quadro de falta de provas, não foram sequer realizadas diligências no interior da delegacia para a localização dos instrumentos que poderiam ter sido utilizados na tortura. Além do exame necroscópico, o delegado solicitou apenas um exame para comprovar a cor de cabelo de um dos acusados. Também na fase de inquérito, o promotor público que acompanhava o caso, pediu que fosse realizada a exumação do corpo. Mas nenhum exame complementar no cadáver foi realizado. Assim, o peso da prova recaiu sobre o laudo necroscópico.

5. O laudo necroscópico

No laudo produzido em 05.08.1983, os peritos deveriam responder aos seguintes quesitos: 1) houve morte?; 2) qual a causa?; 3) qual a natureza do agente, instrumento ou meio que a produziu?; e 4) foi produzida por meio de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura, por outro meio insidioso e cruel? Após fazer a descrição das características físicas da vítima, bem como das análises procedidas, os legistas descreveram que a vítima apresentava hematoma conjuntival e hematomas em fase de regressão em diversas partes do corpo – cotovelos, punhos, braços, joelhos, pernas e escroto. Não obstante, na conclusão do laudo, o perito médico não procura estabelecer o que teria causado esses hematomas. O laudo necroscópico apresenta algumas lacunas e imprecisões. Por exemplo, embora os legistas reconhecessem o traumatismo, que as lesões foram provocadas por um instrumento contundente e que datavam de mais de oito dias (período em que a vítima se encontrava presa), não afirmaram que este traumatismo tivesse sido a causa objetiva da morte da vítima. Não sendo o laudo conclusivo em relação à

causa mortis, essa lacuna permitiu que, no decorrer da fase judicial, a defesa desqualificou a tese de que a morte teria sido provocada pela tortura.

Em 1989, 5 anos após o início da ação penal, o defensor de um dos acusados contrata um experiente médico legista, para realizar uma “análise crítica” do laudo necroscópico. Em seu parecer o médico irá ressaltar que a vítima era portadora de nefrite crônica, doença que explicaria por si mesma o óbito. Quanto aos ferimentos na língua, observados no relatório médico do hospital, concluiu que essas lesões eram recorrentes em epiléticos, hipótese que teria sido respaldada pela indicação de que a vítima havia tido algumas convulsões. Na opinião desse médico legista, a vítima morreu “no curso de indiscutível *processo convulsivo*, clinicamente conhecido como *estado de mal epilético*. (...) Também não se pode afastar a possibilidade de insuficiência renal ter concorrido *per se*, ou associadamente à eventual epilepsia, para desencadear o *processo convulsivo*”. O exame necroscópico inicial constatou uma dosagem de 0,4 g/l de álcool no sangue, mas não identificou a causa dessa dosagem. O médico legista contratado pela defesa, ao contrário, alegou que essa dosagem de álcool poderia ter contribuído para o processo convulsivo. E concluiu seu relatório afirmando que a vítima “apresentava condições patológicas pregressas capazes de propiciar o óbito em condições de morte natural” (*sic*).

A assistência de acusação, premida pela opinião do médico especialista que podia fundamentar a nulidade do processo, solicitou a um outro médico um parecer sobre a mesma análise do laudo necroscópico. Este clínico, ao contrário, apontou diversas falhas no laudo necroscópico. A discussão poderia se estender por mais alguns parágrafos. Mas, o mais importante, é ressaltar que o clínico faz severas críticas à exclusão da causalidade traumática na nefrite crônica. Ele afirmou que a vítima não era necessariamente portadora de nefrite quando foi detida, pois o fato da nefrite ser crônica não significa que ela seja antiga, como havia argumentado o médico legista em seu relatório. Em relação ao laudo necroscópico, o clínico apontou que, como não foram realizados todos os exames histopatológicos, não era possível nem afirmar a causalidade traumática e nem tampouco *excluir* sua ocorrência, como foi feito pelos médicos que assinaram o laudo necroscópico.

O embate que acabamos de relatar coloca médicos legistas e clínicos em posições antagônicas no que diz respeito à realização e principais conclusões de um laudo necroscópico. Esse embate não ampliou o quadro a partir do qual a justiça poderia se informar e aplicar a justiça com mais segurança. Ao contrário, apenas abriu espaço para um maior grau de incerteza que, em última instância, beneficiou os réus.

6. Conclusões

Como já foi dito, a partir dos últimos anos do século XIX, as perícias médicas e suas conclusões passaram a dar base empírica para as decisões de policiais,

promotores públicos, juízes e jurados. A condenação ou a absolvição de um infrator das leis penais passaram a depender da precisão e da qualidade dos laudos e da ética médica. Os vestígios deixados nos corpos das vítimas passaram, portanto, a ser provas incontestes da materialidade do delito e da culpabilidade do réu.

Desde que o poder médico foi chamado a auxiliar a justiça na sua conspícua tarefa de dirimir dúvidas surgidas no processo, cabe aos médicos desempenhar seu papel com consciência e com respeito aos mínimos preceitos éticos. O que tentamos ressaltar neste artigo foi o fato de que o laudo necroscópico, por não apresentar a objetividade necessária, dá margens a interpretações ambíguas que podem, em última instância, comprometer a ação da justiça. As ambigüidades desses laudos abrem maior espaço para que as torturas e outras violências cometidas pela polícia contra cidadãos permaneçam impunes. Num contexto de pressões favoráveis à reforma do poder judiciário, devemos lutar para que os laudos médicos possam se tornar instrumentos de ampliação do quadro dos direitos e da justiça numa sociedade em que a impunidade e as violações dos direitos humanos são moedas correntes, infelizmente.

Bibliografia

- ANTUNES, José Leopoldo Ferreira. "Crime, sexo e morte: avatares da medicina no Brasil". Tese de doutoramento. São Paulo, FFLCH-USP, 1995.
- BRETAS, M. L. *Ordem na cidade. O exercício cotidiano da autoridade policial no Rio de Janeiro (1907-1930)*. Rio de Janeiro : Rocco, 1997.
- CORREA, Mariza. *Morte em família: representações jurídicas de papéis sexuais*. Rio de Janeiro : Graal, 1983.
- IZUMINO, W. P. *Justiça e violência contra a mulher*. São Paulo : Annablume/Fapesp, 1998.
- , LOCHE, A. A. e CUBAS, V. O. "Violência policial: a ação justificada pelo estrito cumprimento do dever". *Cadernos do Ministério da Justiça*, 1999.
- LEMGRUBER, J. "A face oculta da ação policial". *Ciência Hoje* 28(5)/24-26, 1987.
- LIMA, R. K. "Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial". *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 10(04)/65-84, 1989.
- MINGARDI, G. "Corrupção e violência na polícia de São Paulo". In WALDMANN, P. (Editor). *Justicia en la calle: ensayos sobre la policia en America Latina*. Medellin : Konrad Adenauer/Isla/Ciedla/Diké, 1996.
- OLIVEIRA, L. "Sua excelência o comissário". Dissertação de mestrado. Recife : PIMES, 1984.
- PINHEIRO, P. S. "Continuidade autoritária e construção da democracia". São Paulo : Núcleo de Estudos da Violência, 1997 (Relatório Parcial 3, mimeo).
- SHARPE, A. N. "Police performance crime as structurally coerced action". *Policing and Society* 5/201-220, 1995.
- SOUZA, Luis A. F. "São Paulo. Polícia urbana e ordem disciplinar. A polícia civil e a ordem social na primeira República". Dissertação de mestrado. São Paulo, FFLCH-USP, 1992.

8. ANTIGUIDADE DE DIREITO CRIMINAL

8.1

MOTA COQUEIRO: O ERRO EM TORNO DO ERRO

LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO

Resumo: Resenha histórica da execução do fazendeiro Manuel de Mota Coqueiro em 1855, condenado à morte pelo Júri de Macaé, no Rio de Janeiro. O enforcamento é erroneamente apontado por juristas brasileiros como sendo a última execução legal no país. Levantamento bibliográfico do caso judicial, reconhecido como clamoroso erro judiciário, e de suas repercussões regionais e literárias. Notícias de aplicação da pena de morte na segunda metade do século XIX.

Palavras-chave: Caso Mota Coqueiro – Erro judiciário – Pena de morte.

Ao longo dos tempos, prevaleceu a versão romântica de que o fazendeiro Manuel da Mota Coqueiro foi a última pessoa legalmente executada no Brasil, em 1855, e que, por se tratar de um clamoroso erro judiciário, a pena capital teria sido abolida, de fato, pelo Imperador Pedro II.

Não é verdade. Não há um levantamento definitivo de ocorrências, mas outros homens foram enforcados no país depois de Coqueiro. Não há também uma evidência concreta relacionando o caso à adoção de uma política abolicionista do Império.

O erro historiográfico se incorporou ao senso comum e à obra dos juristas brasileiros.

Costa e Silva¹ afirma que o Imperador Pedro II sempre comutava a pena de morte em prisão perpétua desde 1855. A fonte da informação é indeterminada: “A resolução do magnanimo soberano – segundo se diz – resultou da impressão que lhe causara a suspeita de grave erro judiciário na condenação e execução do fazendeiro Motta Coqueiro, de Macahé”.

Roberto Lyra² faz a importante ressalva de que os escravos continuaram a ser caçados, “em pena de morte de fato”, mas que, em relação às condenações judiciais propriamente ditas, “só depois do sacrifício do fazendeiro Mota Coqueiro... [o Imperador] resolvera emendar a mão...”.

⁽¹⁾ *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1938. vol. II, p. 28.

⁽²⁾ *Comentários ao Código Penal, Forense*, 1958. vol. II, p. 67.

Nelson Hungria,³ o mais influente penalista brasileiro do século XX, é taxativo: “Desde então, até a queda do Império, ninguém mais subiu à forca”. Fala da “confissão” tardia de dois escravos que teriam agido a mando da mulher de Coqueiro, motivada por “desvairado ciúme”. Fala do “abalo que o caso produziu na opinião pública” e do “clamor suscitado contra a pena de morte, por sua irreparabilidade”.

Helena Fragozo⁴ aponta, sem considerações históricas, a abolição de fato da pena capital e o ano: “desde 1855 não mais foi executada”.

O erro ultrapassou as fronteiras nacionais.⁵ O verbete “Brasil” do respeitável relatório da Anistia Internacional⁶ não cita o nome de Coqueiro, mas a referência é inconfundível. Atesta que, em 1855, a “inquietação popular” decorrente do enforcement de um homem de quem posteriormente se provou a inocência, determinou a “comutação automática em prisão perpétua” de todas as condenações capitais posteriores.

Sempre que a questão da pena de morte entrou na pauta da discussão política, o emblema da última execução foi mencionado como um exemplo dramático de erro judiciário, a desaconselhar sua adoção pelo nosso ordenamento jurídico.⁷

Por que a fábula se sobrepôs à história? É um processo curioso, que merece ser investigado.

Manuel da Mota Coqueiro foi condenado pela chacina de uma família de colonos que vivia em uma fazenda de sua propriedade, localizada em Macabu, na região norte-fluminense. Francisco Benedito da Silva, compadre do enforcado, sua mulher e uma penca de filhos foram assassinados na noite de 11 para

(3) *Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967. vol. II, p. 176: “A pena de morte no Brasil”. Texto publicado também pela *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* 17, Rio de Janeiro, abr.-jun., 1967.

(4) *Colóquio Internacional...*, vol. II, p. 72: “Pena de morte”. O texto aparece ainda em *Direito penal e direitos humanos*, Forense, 1977. p. 161. Outra referência à abolição informal em *Lições de direito penal – A nova parte geral*. Forense, 1986. p. 295.

(5) Hungria e Fragozo fazem parte da compilação internacional de autores publicada pelo United Nations Social Defence Research Institute (UNSDRI): *The death penalty – A bibliographical research*, Rome, jul., 1988.

(6) *When the State kills – The death penalty v. human rights*, Amnesty International Publications, Londres, 1989. p. 111.

(7) Nos anos 90, ver: René Ariel Dotti, conferência proferida em Curitiba, ciclo “Sobral Pinto”, 20.08.1991, publicada pela Secretaria da Justiça e da Cidadania do Paraná: “O ocaso de um mito”. Reportagem da revista *IstoÉ*: “Tarde demais para absolver”, 20.01.1993. Luís Francisco Carvalho Filho. *O que é pena de morte*, Brasiliense, 1995.

12.09.1852. Sete corpos foram encontrados pela polícia, uns sobre os outros, queimados pelo fogo que os assassinos atearam à casa das vítimas. Coqueiro foi apontado como sendo o mandante do “crime horroroso”, conforme a definição dos jornais da época, supostamente cometido por homens de sua confiança. Acusado, fugiu, alimentando ainda mais a carga de suspeita. Uma recompensa foi anunciada para quem indicasse seu paradeiro. Preso, semanas depois, quase foi linchado pela população. Jurava inocência, mas entrou para a história como a “Fera de Macabu”. Menos de sete meses depois da chacina, Coqueiro, o “façanhoso”, já havia sido julgado duas vezes pelo Tribunal do Júri de Macaé, numa atmosfera de clamor popular francamente desfavorável à defesa. Seus recursos não foram acolhidos pelos tribunais. O Imperador rejeitou o pedido de clemência.

Cumprida a sentença de morte, em 06.03.1855,⁸ rumores crescentes de que a mandante do crime teria sido a mulher de Coqueiro, Úrsula das Virgens, sem o seu conhecimento, estimularam a formação de um sentimento local de erro judiciário.

Robert Darnton⁹ afirma que “cada era foi, à sua própria maneira, uma era da informação, e que os sistemas de comunicação sempre moldaram os acontecimentos”. O historiador, com o pensamento centrado na França do século XVIII, chama atenção para a importância da narrativa transmitida por “meios de comunicação especiais”, como o boato, a canção.

O raciocínio se aplica ao caso. É o avesso de uma rede de intrigas. Jamais apareceu a prova da inocência de Mota Coqueiro, mas rumores decretaram a revisão informal da condenação judicial aplicada.

O episódio exerceu enorme fascínio em escritores ligados ao ambiente regional onde a vítima nasceu, viveu e morreu – o eixo formado pelas cidades de Macaé e Campos, na província do Rio de Janeiro.

Em dezembro de 1877, José do Patrocínio (nascido em Campos, assim como Coqueiro) começa a publicar, em capítulos, no jornal *Gazeta de Notícias*, um folhetim sobre a tragédia.¹⁰ A narrativa é melodramática, empolada. Além de criar diálogos inspirados nos rumores direcionados para a atribuição da culpa a Úrsula das Virgens, conta que duas décadas depois, um caboclo chamado Herculano, no leito de morte, confessaria ao próprio filho a autoria dos assassinatos que levou Coqueiro à forca, isentando-o de qualquer responsabilidade: “é um segredo de minha vida que desejo que tu espalhes por toda a

(8) É comum a indicação de datas erradas da execução. Nelson Hungria registra 05.08.1855.

(9) “Rede de intrigas”, jornal *Folha de S. Paulo*, Caderno “Mais!”, 30.07.2000.

(10) *Motta Coqueiro ou a pena de morte*, reeditado em 1977, Francisco Alves. A reedição traz como apêndice uma resenha histórica de Dirce Côrtes Riedel, que reproduz documentos e revela os contornos lendários que o caso adquiriu em Macaé.

parte apenas eu morra". O tal Herculano nunca existiu ou, pelo menos, dele nunca se encontrou um rastro qualquer, mas a confissão do caboclo e o livro de Patrocínio se firmaram como referência histórica.¹¹

José do Patrocínio é uma figura desconhecida e muito especial: mestiço, filho natural do padre e orador sacro João Carlos Monteiro e da "quitandeira" Justina, formou-se em Farmácia. Abolicionista, incendiário, republicano e renegado pelos republicanos, por ter sido responsável pela propagação da imagem de "Isabel, a redentora" e mentor da controvertida "Guarda Negra",¹² morreria em 1905 num clima de ostracismo, voltado para outra paixão: num *hangar* situado perto do Meyer, no Rio de Janeiro, construíra um enorme balão que jamais voou – uma "ousada nave dos ares", como relata a emocionada crônica de Olavo Bilac.¹³

Fundador da Academia Brasileira de Letras, José do Patrocínio se notabilizou como jornalista e orador, particularmente como um poderoso militante do movimento pela abolição da escravatura, não como um escritor esteticamente relevante. Seus três romances¹⁴ caíram em completo esquecimento e só lateralmente foram objeto da atenção dos críticos literários.

Mas à repercussão de "Motta Coqueiro ou a pena de morte" se deve a dimensão nacional que o caso judicial adquiriu. Escrito na juventude, foi recebido como um libelo contra a pena capital.

Sílvio Romero,¹⁵ em homenagem *post mortem*, atribui a José do Patrocínio a condição de ser um dos primeiros romancistas "que mais afoitamente levaram para a novellística as questões sociais entre brasileiros, estudando em Motta

(11) Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, Max Limonad, 1976. vol. I, t. I, p. 121, aponta a confissão de Herculano como a versão "mais vulgarizada". O autor não data a abolição informal da pena de morte, mas faz referência ao caso Coqueiro: "De tal modo se consternou o magnânimo Imperador que resolveu jamais efetivar a pena máxima. Passou a comutá-la sistematicamente em galés perpétuas". Sobre a confissão de Herculano, ver ainda José Paulo Cavalcanti Filho, *O mel e o fel*, Record, 1998, p. 220. Nilo Bruzzi, *José do Patrocínio – Romancista*, Rio de Janeiro: Gráfica Editôra Aurora, 1959, p. 25, sustenta que o livro é "rigorosamente histórico", fidedigno, menos em relação ao personagem Herculano, que define como um "corpo estranho no romance". Bruzzi levanta as hipóteses de José do Patrocínio ter recebido informações transmitidas pelos próprios filhos de Coqueiro para a elaboração do romance e de ter introduzido Herculano na narrativa "para poupar a memória" de sua esposa.

(12) Lilia Moritz Schwarcz. *As barbas do imperador*. Companhia das Letras, 1998, p. 438, 447 e 599.

(13) Antonio Dimas (Org.). *Vossa insolência*. Companhia da Letras, 1996, p. 84: "José do Patrocínio", Crônica publicada originalmente na *Gazeta de Notícias*, 1903.

(14) Patrocínio publicou também *Os retirantes* (1879) e *Pedro espanhol* (1884).

(15) *Outros estudos de litteratura contemporanea*. Lisboa: Typographia d'A Editora, 1905. p. 230.

Coqueiro – um caso singularíssimo do modo de julgar em nossas justiças locais...”. Como jornalista, diz, “era uma pilha electrica a sacudir as teclas dos corações”.

Lúcia Miguel-Pereira¹⁶ reduz a obra a uma “novela sem maior importância”, que pôs “em cena um caso judicial verídico”, mas registra uma qualidade incomum na época, a “isenção objetiva” da narrativa. Salienta que “esse feitio, aliado à naturalidade dos diálogos, classifica-o entre os ficcionistas que [ainda fraca e timidamente] reagiram contra as deformações românticas”.

Raymond Sayers¹⁷ considera o livro engenhoso, o “mais importante e melhor” de seus três romances: “Baseado num fato histórico, é relato de acontecimentos que levaram à defraudação de justiça e à execução de um homem inocente”. Apesar da “linguagem romântica”, destaca “a influência do naturalismo, que principiava a se irradiar da França”.

Silviano Santiago¹⁸ inclui a obra na categoria dos “romances de tese”, que têm por função desmascarar uma “situação encoberta pela ignorância, pelo preconceito, pelo atraso cultural ou pela incapacidade de visão de um determinado grupo humano”. No caso concreto, a intenção é “denunciar o processo infame que cerca a condenação à morte de um homem inocente”.

Wilson Martins,¹⁹ em capítulo voltado para a “literatura social”, lembra que o romance “inspira-se num episódio real de erro judiciário”. Referindo-se ao papel desempenhado pelos negros na tragédia do condenado, salienta que o verdadeiro tema da obra é “a inevitável depravação do caráter desencadeada no escravo pelo regime servil”.

O romance de José do Patrocínio, contudo, é importante frisar, sedimentou apenas a idéia do erro judiciário, não a da última execução.

Julio Feydit²⁰ reúne um notável acervo de informações sobre o desenvolvimento da cidade de Campos e, indiretamente, sobre a história da pena de morte. As praças locais são descritas como cenários de enforcamentos, sobretudo de escravos assassinos. Feydit relata a execução de 12 homens²¹ entre 1837 e 1853, entre eles, Joaquim e Braz, condenados pelo homicídio de um feitor, “mostrando-se insensíveis à sua sorte, comendo e bebendo e negando sempre haverem cometido o delicto”.

(16) *Prosa de ficção (de 1870 a 1920)*. 2. ed. Livraria José Olympio, 1957. p. 37.

(17) *O negro na literatura brasileira*, Edições O Cruzeiro, 1956. p. 371.

(18) “Desvios da ficção”. Introdução à reedição de *Motta Coqueiro ou a pena de morte* (1977).

(19) *História da inteligência brasileira*. 2. ed., T. A. Queiroz, 1996. vol. IV, p. 16.

(20) *Subsidios para a historia dos Campos dos Goytacazes – Desde os tempos coloniaes até a Proclamação da Republica*. Campos : Typographia a vapor de J. Alvarenga e Companhia, 1900.

(21) A rigor, seriam 14 execuções no período, mas dois condenados se mataram na véspera, “para não darem o gosto de serem enforcados”.

O historiador provinciano menciona a execução de cinco escravos em 09.10.1873 (dezoito anos depois de Coqueiro, desmentindo assim, por antecipação, os tratados jurídicos que depois seriam publicados), três deles, pelo assassinato do fazendeiro José Antônio Barroso de Siqueira, e dois outros “pelo crime de terem enterrado o fazendeiro José Joaquim de Almeida Pinto, o qual havia sido assassinado por uma escrava com a qual era amancebado, de nome Athanazia, que morreu no supplicio do azorrague...”.

Um capítulo é dedicado ao caso Mota Coqueiro e o autor pede *venia* para discordar das conclusões de seu “conterraneo, o illustrado escriptor José do Patrocínio”. O livro oferece ao leitor uma versão do assassinato que não inocenta o réu completamente mas que também não se ajusta à decisão judicial. Segundo Feydit, Coqueiro teria mandado matar Francisco Benedicto da Silva (por conta de uma “sova de pão, da qual ficara gravemente offendido – moral e physicamente”) e sua mulher, Úrsula, teria estimulado os mandatários a eliminar também uma das filhas da vítima, com quem ele “entretinha relações ilícitas”. A moça teria resistido, houve luta e, para que “não fossem testemunhas contra elles, mataram a todos”.

Em 1911, Antão de Vasconcellos²² publica suas impressões sobre o drama de Coqueiro. O livro é peculiar porque o autor se credencia – “eu era menino” – como testemunha ocular de determinadas cenas: “Ainda hoje, após mais de longos cincoenta annos, conservo a recordação d’aquella tarde terrivel, em que o Delegado ia tirando do caixão, abrindo e desdobrando cada uma das vestes dos assassinados!” É impressionante a descrição do enforcamento do “negro Domingos”, escravo de Mota Coqueiro, condenado como sendo um dos autores da chacina, que mesmo depois de terminado o serviço, cortada a corda, ainda estremecia no chão: “Oh, negro duro, eu já te curo, monologou o carrasco! ... e agarrando farto punhado de areia e terra, metteu-lh’a pela bocca, pelas narinas, socando com um pedaço de pau, até que se extinguiu o último alento de vida”.

Antão de Vasconcellos dedica o escrito a amigos e habitantes de Macaé e Campos, não cita o livro de José do Patrocínio nem a confissão do caboclo Herculano,²³ mas faz a defesa ardorosa de Mota Coqueiro: “homem muito bom, esmoler, caritativo, incapaz de fazer o mal”. Tenta politizar o episódio, denunciando o sumiço posterior do processo e a “tyrannia governamental”. Sustenta que houve precipitação, que se enforcou o réu quando ainda estavam pendentes de decisão o recurso ao Supremo Tribunal de Justiça e o pedido de graça ao Imperador.

A tese da inocência brota de suas lembranças pessoais. Se a conclusão formal chega a ser cautelosa – “impossível adiantar uma opinião segura”, “a

(22) Benjamim de Aguilã (Ed.), *Crimes celebres em Macahé*. Rio de Janeiro, 1911.

(23) O livro, no entanto, estabelece a data errada de execução constante da obra de José do Patrocínio: 26.08.1855.

ausência de testemunhas, de provas, é absoluta”, “mysteriosa tragedia” –, Antão se refere às conversas que manteve com o próprio advogado de Coqueiro e ao desabafo que seu padrinho teria ouvido de Padre Freitas, o sacerdote que colheu a última confissão do condenado, antes do patíbulo: “Por que, Igreja do Senhor, não quebras esse misterioso sigillo do confessionário?! Ao menos para salvar a vida de um innocente e conjurar este medonho erro judiciário?!”

O fato é que, nas palavras de Antão, “o sclerado de hontem transformava-se no martyr de hoje”. Explica que começou a aparecer, “como luz muito frouxa”, a versão de que a mulher de Coqueiro teria sido a mandante do crime, que a “idéa se avolumou a pouco e pouco” e que os “boatos se converteram em voz publica”.

Em 1952 aparece, como diz Basileu Garcia, uma “versão discrepante” do episódio Coqueiro, publicada por Raimundo de Menezes,²⁴ Delegado de Polícia em São Paulo e aparentemente não ligado à região.

O autor não apresenta o sacrifício de um mártir, mas uma “autêntica história policial, com sabor de novela, tão ao gosto de nossa época”. Apesar de registrar que “por muita gente foi considerado até um erro judiciário”, citando a aparição tardia de Herculano,²⁵ a confissão de Coqueiro a Padre Freitas e o boato sobre ser Úrsula das Virgens a verdadeira mandante, o autor faz a defesa da condenação: “foram observados todos os preceitos legais”, “o crime do réu ficou cabalmente provado”. Desmente a tese de Antão, de que houve precipitação no enforcamento, esclarecendo que os documentos podem ser consultados no Arquivo Nacional. Ressalta que o pedido de graça ao Imperador foi redigido em “têrmos patéticos”. Afirma ainda que a “opinião pública, como sempre sóe acontecer, até então inabalável no seu ponto de vista, mudou de opinião: principiou a propalar que tinha havido lamentável erro judiciário”. Estigmatiza o réu como “abastado capitalista” e “rico fazendeiro”.

Raimundo de Menezes divulga a informação que atrasa em duas décadas a história da abolição da pena de morte no Brasil. Faz a contestação expressa do “erro histórico” já consagrado pelos tratados jurídicos: “A última condenação, assinada pelo monarca, se deu em 1876. O derradeiro enforcado foi o escravo Francisco, de propriedade do dr. Joaquim Telésforo Lopes Viana, residente na cidade de Pilar, na província das Alagoas”.

Em 1966, Godofredo Tinoco,²⁶ membro da Academia Campista de Letras e da Academia Macaense de Letras, faz a revisão crítica do caso.

O escritor define a obra de José do Patrocínio como um “romance, simplesmente”, como um “livro de combate, visando a extinção da pena de

(24) “O enforcamento de Mota Coqueiro”, revista *Investigações* 45, ano IV, set.-out., São Paulo.

(25) Não atribui a “informação” a José do Patrocínio, mas a Melo Barreto Filho e Hermeto Lima.

(26) *Mota Coqueiro, a grande incógnita*, Rio de Janeiro : São José, 1966.

morte no Brasil”, povoado de “diálogos imaginários”, onde o “conteúdo histórico desaparece (...) numa confusão permanente de nomes autênticos e de nomes fictícios”. Refere-se ao trabalho de Antão de Vasconcellos como o “transbordamento de violenta emoção sofrida por um menor impúbere que, ao atingir a idade proventa”, abordaria “com visível parcialidade o delicado assunto”.

Tinoco deixa-se tocar pelo “acontecimento que tão violentamente abalara uma época”, mas, diferentemente de Patrocínio e Antão, busca um prisma racional, isento: “ao historiador não cabe absolver ou condenar”.

Reúne documentos, peças do processo, jornais. Corrige imprecisões. Refuta a tese de que Coqueiro teria sido rico e poderoso: “era homem simplesmente remediado – mais para pobre do que para rico”. Transcreve o testamento e o inventário de bens, mostrando que o enforcado possuía 25 escravos, entre homens, mulheres e crianças, alguns deles desvalorizados pela inaptidão física.

Faz também uma crítica ao comportamento da imprensa no processo de formação da culpa do réu, que, de certa forma, não perdeu atualidade: “... jamais procurara investigar, para oferecer um subsídio aos encarregados da apuração dos fatos, mas enchendo colunas e mais colunas com verdadeiro libelo crime acusatório”. Sobre o clamor da época, diz: “Ninguém pleiteava investigação ou julgamento, mas todos, sem exceção, exigiam a condenação de um monstro”. Com efeito, ainda acontecem situações parecidas.

A conclusão do estudo (o título indica) é de dúvida entre culpa e inocência. Mas a análise lógica das circunstâncias disponíveis, a favor e contra o réu, uma por uma, demonstra que não havia a certeza necessária para o enforcamento de alguém. Se “êsse julgamento fôsse feito alguns anos depois – ainda que na mesma Comarca! – o resultado talvez não fosse o mesmo”.

No fundo, é o que basta para a configuração do erro judiciário. Diante de dúvidas, ainda que com certezas íntimas, não se condena. Muito menos se enforca.

Mais recentemente, o jornalista Carlos Marchi,²⁷ nascido em Macaé, publica o resultado da pesquisa mais completa que já se realizou sobre o caso Coqueiro e volta a movimentar a ciranda de erros²⁸ e polêmicas que o persegue.

O livro apresenta o enforcado como um cidadão emergente, rico, mas sem cultura e título nobiliárquico: um homem que não conheceu o mundo além de Campos dos Goytacazes, Carapebus, Macabu e Macaé. Filho de administrador

(27) *Fera de Macabu – A história e o romance de um condenado à morte*, Record, 1998.

(28) Resenha de Marilene Felinto. *Folha de S. Paulo*, Caderno “Mais!”, 27.12.1998, “O enforcamento final”, repete o erro contido em meu livro (*O que é pena de morte*), sobre a última execução no país, que, por sua vez, tem como fonte principal a obra de Nelson Hungria – informação que retifiquei no artigo “Confusões entre fábula e história”, *Folha de S. Paulo*, 31.01.1999.

de fazenda, tornou-se ele próprio fazendeiro, numa época em que a terra era barata. Seu nome e o de sua mulher Úrsula ocuparam posições modestas na lista de cafeicultores da edição de 1852 do *Almanak Laemmert*, uma espécie de “quem é quem” na economia local, ordenada pela quantidade de escravos que possuíam. Não era pouco, mas o patrimônio de Coqueiro estava muito, muito distante da riqueza das oligarquias que dominavam o país.

Marchi atribui a execução de Coqueiro a uma “defesa débil” e a uma conspiração local, uma perseguição empreendida por inimizades pessoais antigas e diferenças políticas. Sugere um entendimento infame: o depoimento mentiroso da escrava Balbina, decisivo para a condenação de Coqueiro, em troca da exclusão do nome de seu homem, o feitor Fidélis, o principal executor da matança, do rol de acusados. Como os escritores que o antecederam, mostra que a Justiça errou.

Para Marchi, José do Patrocínio não pesquisou o episódio a fundo. Seu livro, por ser a fonte “mais fácil, acessível e visível” para historiadores regionais e tratadistas de Direito que posteriormente cuidaram do assunto, particularmente por terem aceito Herculano como personagem real, “atravancou, durante muitos anos, a compreensão exata do drama de Coqueiro, assim como a verdade sem alegorias”. Informa que o folhetim publicado em capítulos alcançou “um sucesso tão estrondoso que provocou o aumento dos índices de venda do jornal” e a sua edição em livro pela própria *Gazeta de Notícias*.²⁹

Mas no processo de garimpagem dos rumores que se criaram em torno do caso, o livro de Marchi também romanceia. O autor ambienta situações, como o fim de Úrsula das Virgens, que enlouquecida pelo remorso, entre “rezas desconexas e grunhidos ininteligíveis”, confessaria inconscientemente a ordem de matar a família de colonos, dada a Fidélis, caminhando “para o inferno”, até seu falecimento, em 13.03.1857, da “molestia de dores de cabeça”.

Da obra de Marchi emerge a notícia de algumas execuções posteriores. Antonio da Costa Moreira, português e negociante, companheiro de cela do nosso personagem (juntos, teriam dado início aos preparativos de uma tentativa de fuga), seria enforcado meses depois, em junho de 1855, poucos dias antes de Faustino, Flores e Domingos (co-réus no processo de Coqueiro) subirem ao patíbulo.

⁽²⁹⁾ Dirce Côrtes Riedel (apêndice da reedição de 1977) reproduz sátira publicada como poema e assinada por Tony que faz ironia das intenções do livro de Patrocínio: “Pobre do Motta Coqueiro / Pobre do triste, coitado; / Depois de preso e julgado, / E à morte condenado... / Ser vendido e a bom dinheiro! / Ai! Pobre dele, coitado, / Pobre do Motta Coqueiro / Triste foi o tirocínio / Da vida do desgraçado... / Mas depois de sepultado / Vir às mãos do Patrocínio, / É ser mal predestinado! / Então, escrito e escarrado / Impresso, morto, enforcado, / Sofre o golpe derradeiro: / Vai para as lojas ser vendido / E vendido a bom dinheiro (...)”.

Marchi peca quando explica o caráter paulatino da abolição informal da pena de morte no Brasil: "Os primeiros beneficiados foram os homens brancos, premiados com a graça imperial a partir de 1856; logo depois, os benefícios passaram a cobrir os libertos em geral. Por fim, já no início da década dos sessenta, os escravos, mesmo quando praticavam crimes selvagens, eram brindados com a graça imperial".

O pesquisador João Luiz Ribeiro, em crítica publicada no *Jornal do Brasil*, aponta as imprecisões jurídicas do livro, alertando, por exemplo, para o uso impróprio da categoria "libertos em geral".³⁰ Não havia, do ponto de vista processual, uma situação intermediária, entre homem livre e escravo.

Homens livres, inclusive os libertos, independentemente de raça e cor, tinham como estatuto o Código Criminal do Império. Os escravos viviam sob o manto draconiano da lei especial editada em 10.06.1835: pena de morte para aquele que matasse ou ferisse gravemente seu senhor, seus descendentes ou o próprio feitor. Sem recurso aos tribunais superiores, na época de Coqueiro, as decisões que condenavam escravos à pena capital só eram revistas no âmbito do exame do pedido de graça ao Imperador, realizado pela Seção de Justiça do Conselho de Estado. Era uma oportunidade "para corrigir erros e injustiças".³¹

Segundo Ribeiro, "encontraremos duas ou três dezenas de homens livres cujas sentenças de morte foram mandadas executar depois". Cita o exemplo de três execuções em janeiro de 1858, uma levada a efeito na cidade de Mariana, em Minas, outras duas em Lagarto, Sergipe. Confirma, ainda, a informação contida no artigo de Raimundo de Menezes sobre o último enforcamento no país: o episódio que "os historiadores alagoanos mencionam" como "a, provavelmente, última execução capital no Brasil, a do escravo Francisco, em 28.04.1876, em Pilar das Alagoas".

O pesquisador situa a execução de Coqueiro no "ápice de um momento paradoxal", em que a política imperial de comutação de penas era mais severa com homens livres (invariavelmente pobres, exceção feita a Coqueiro) e mais tolerante com escravos,³² perguntando se isso não seria "uma satisfação ao estrangeiro, para mostrar que no Brasil nem só escravos eram enforcados".

(30) "O último e o único enforcado no Brasil", 13.02.1999, p. 5. O autor registra também o "mau passo" que cometi no artigo "Confusões entre fábula e história" por agasalhar a tese de Marchi.

(31) José Antônio Soares de Souza. "Os escravos e a pena de morte no Império". *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 313, out.-dez., 1976, Rio de Janeiro : Departamento de Imprensa Nacional, 1977. p. 5.

(32) A pesquisa de Soares de Souza, ainda que parcial, confirma a tendência apontada por Ribeiro: dos 57 pedidos de graça por ele examinados (abrangidos pelo período 1853-59), 20 eram de homens livres e, deles, apenas 6 obtiveram a comutação da pena de morte (30%), enquanto que, dos 37 réus escravos, 20 se beneficiaram da graça imperial (54%).

Ribeiro critica o livro de Marchi, também, por não indicar as fontes históricas que relacionariam o caso à abolição da pena de morte no Brasil. Realmente, Marchi não oferece nada de concreto, além de relatos que não se diferenciam objetivamente de rumores. Fala da “irritação” do Imperador com os “murmúrios que chegavam da província do Rio de Janeiro”, “sussurrando” a inocência de Coqueiro, e de um suposto diálogo sobre o caso, que teria mantido com um conselheiro não identificado, no final do ano de 1855, “como atestam pessoas próximas à Corte”, e que se instalaria para sempre na memória do monarca...

É importante registrar que o ano de 1856 (a partir de quando, segundo Carlos Marchi, nenhum homem livre seria mais executado), como indicativo da abolição informal da pena de morte, aparece em obras que não se referem, nem indiretamente, ao caso Coqueiro.

Uma pista da origem do erro histórico pode estar na biografia de D. Pedro II, de Benjamim Mossé.³³ Ao propagar o caráter civilizatório e humanista do Segundo Reinado, aponta, como umas das virtudes do soberano, o fim dos enforcamentos: “Quoique le Code Criminel brésilien admette la peine de mort, elle n’a été appliquée que très rarement sous le règne actuel. Pas une seule fois, depuis 1856”.

Heitor de Lira³⁴ também registra o ano de 1856 como sendo o marco de quando “a pena de morte deixou de ser aplicada no Brasil”. Lembra que o “espírito eminentemente cristão” do Imperador era contrário à pena capital, mas cita, contraditoriamente, uma nota de 1861, na qual D. Pedro II afirmava comutar a pena de morte sempre que “as circunstâncias o permitam”. O historiador reproduz, ainda, uma surpreendente troca de correspondência com Louis Pasteur, em que o Imperador rejeita sugestão de uso de condenados à morte como cobaias: “se pudesse exercer o direito de graça”, dizia o sábio francês, ofereceria ao advogado do réu, na véspera da execução, escolher “entre a morte eminente e uma experiência que consistiria em inoculações preventivas da raiva”.

De qualquer maneira, depois de 1856, as “circunstâncias” nem sempre permitiram a graça imperial... É possível que o entrelaçamento da falsa informação histórica da abolição de fato, a partir do ano de 1856, com os relatos oriundos da província sobre o erro judiciário que vitimou o fazendeiro Manuel da Mota Coqueiro, em 1855, tenha resultado na construção da fábula do “último enforcado”.

(33) *D. Pedro II, Empereur du Brésil*. Paris : Librairie de Firmin-Didot et Cie., 1889. p. 352. O livro é fonte de informação de, entre outros autores, Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed., Freitas Bastos, 1954. vol. III, p. 164.

(34) *História de D. Pedro II – Declínio – 1880-1891*. Companhia Editora Nacional, 1940. p. 101.

Na verdade, a dinâmica da abolição da pena de morte seria outra. A impressão que se tem é que, cada vez mais, a execução do negro foi-se tornando um incômodo para o regime imperial. E, no jogo das pressões políticas, os sentimentos pessoais do Imperador não são, aparentemente, o fator decisivo.

A anotação de João Barbalho³⁵ indica apenas que a pena de morte foi caindo em desuso, sem registrar a existência de uma ocorrência determinante, um divisor de águas: "Não a tolerava mais o estado de nossos costumes e foram-se tornando raras as execuções a ponto de se afirmar, com a comissão do congresso constituinte, ao propôr a abolição de tal pena, que ella de facto estava abolida entre nós".

A retração dos enforcamentos é um dado que se levava em consideração na época. Está exposta em relatório encaminhado em 1866, pelo juiz Cândido Xavier, de Araraquara, ao Presidente da Província de São Paulo, contendo as estatísticas do júri da cidade.³⁶ O documento menciona a opinião do magistrado sobre as causas de um suposto crescimento da criminalidade de escravos, entre elas, "a convicção que nutrem (...) de que a pena de morte não é mais exequível no País e que a comutação dessa pena a galés perpétuas lhes trará a isenção do cativo e uma espécie de alforria". E acrescenta: "Infelizmente a organização e o regime das nossas prisões acoroça isso, porque os galés passam uma vida mais tranqüila e ociosa que os nossos escravos".

Outra sinalização no mesmo sentido (igualmente sem a indicação de um caso concreto ou de uma data específica), são os artigos de Bandeira Filho,³⁷ escritos em março de 1880, após visita oficial que realizou ao Presídio de Fernando de Noronha, e que constitui uma síntese das preocupações com o problema das prisões no Brasil no final do Império.³⁸ Ao traçar o perfil crítico do sistema de penas em vigor, o funcionário da Secretaria da Justiça, diagnostica: "A pena de morte perdeu o carater intimidador. Por graves que sejam os

(35) *Comentarios à Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil*, s.d., p. 327.

(36) Alberto Lemos. *História de Araraquara*, s.d., do Museu Histórico e Pedagógico Voluntários da Pátria e da Prefeitura Municipal de Araraquara, p. 243. O livro relata a primeira execução ocorrida na cidade de Araraquara, em 09.12.1845, do escravo Antônio Angolo, pelo assassinato de seu dono e senhor, Antonio de Oliveira Matosinho, "com requintes de verdadeiro sadismo", registrando as dificuldades práticas para o cumprimento da decisão judicial. Houve controvérsia em relação ao pagamento dos custos do levantamento da força e dos sôldos devidos ao carrasco e à guarda, provenientes da capital. Para "não passar vexames", o juiz municipal "pagara tudo de seu bôlso" e, depois de um autêntico jogo de empurra burocrático entre a Câmara e o governo provincial, acabou falecendo sem o ressarcimento das despesas.

(37) A. H. de Souza Bandeira Filho. *A questão penitenciária no Brazil*. Rio de Janeiro : Typ. J. D. de Oliveira, 1881. p. 37.

(38) Fernando Salla. *As prisões em São Paulo*. Anna Blume-Fapesp, 1999. p. 134.

crimes, os tribunaes, inclinados à indulgencia, quasi sempre reconhecem circunstancias attenuantes, e, quando conseguem vencer os escupulos, juizes e condemnados têm certeza de que a pena não será executada. O recurso de graça pouco a pouco fez esquecer a pena, e os executores tomam a responsabilidade de não cumpri-la, quando confirmada pelo Poder Moderador; ficam os infelizes atirados nas prisões até a natural execução da sentença...”.

João Luiz Ribeiro admite a hipótese de um encontro (narrado por Marchi) entre D. Pedro II e o escritor Victor Hugo, em Paris, em 1877, no ano seguinte à execução do escravo Francisco, em Alagoas, ter sido importante para a afirmação de uma política de comutações que aboliria definitivamente a pena de morte no país. Mas algo semelhante não poderia ser dito do folhetim de José do Patrocínio, publicado a partir de dezembro do mesmo ano de 1877 e recebido como o retrato de uma verdade histórica? Ainda que não se tenha notícia de a obra ter causado qualquer impacto no coração do Imperador?

A resenha dos escritos sobre o caso Mota Coqueiro mostra que a história da pena capital no Brasil ainda se encontra envolta por uma nuvem de desconhecimento.

Não o caso Coqueiro propriamente dito. Depois de 150 anos, não resta muito a pesquisar em termos de comprovação de culpa ou inocência. Talvez procurar o caminho percorrido e o paradeiro de seus descendentes, descobrir seu rastro de sofrimento e vergonha. Talvez procurar outras referências escritas sobre os rumores que desencadeou, observar como eles se instalaram na mentalidade das pessoas.³⁹

Ribeiro se mostra antipático em relação ao culto do “único enforcado rico”. Coqueiro não era tão rico assim e a diferença social, com efeito, não explica o fascínio que um caso tão emblemático pode estimular.

Incompreensível é que entre a execução de Coqueiro e a abolição jurídica da pena de morte, em 1890, haja um intervalo de tempo praticamente ignorado pelos penalistas. Mais do que isso: no ambiente jurídico, não se conhece o significado da aplicação da pena capital no Brasil ao longo do século XIX.

Há mais de mil condenações à morte (não enforcamentos) contabilizadas só entre os anos de 1833 e 1887 por João Luiz Ribeiro. Não é pouca coisa.

(39) Marilene Felinto, quando da resenha do livro de Marchi, recebeu um e-mail no qual um culto leitor transmite uma curiosidade: Pio Lourenço Correia, “tio de Mario de Andrade e de Gilda, esposa de Antonio Candido, adotou Motta Coqueiro como sua identidade literária”. De fato, seu livro *Monografia da palavra Araraquara (um pouco de história e um pouco de tupi)* foi atribuído em três edições sucessivas a Mota Coqueiro. Só a quarta edição, em 1950 sai “sob o verdadeiro nome do autor, que o velho pseudônimo já não oculta a quase nenhum *fan* destes assuntos”. Mera coincidência? Consulte o Prof. Antonio Candido por intermédio de uma amiga comum e ele se declarou surpreso por desconhecer a origem do pseudônimo adotado por pessoa tão próxima e querida.

Ainda em 1877, ano do encontro entre o Imperador e Victor Hugo e do folhetim de José do Patrocínio, o periódico *Mosaico Ouro-Preto*⁴⁰ publica o esboço biográfico de “Um velho negro sinistro e infeliz”, o carrasco Fortunato José. É um documento da presença marcante da pena de morte no interior do país. Fortunato foi autor de 87 execuções judiciais entre 1833 e 1874, em 31 cidades diferentes (inclusive em Campos, na Província do Rio de Janeiro). Escravo de um certo João de Paiva, matara sua viúva, D. Custodia, que o criara de forma “quasi maternal”, com “excepcional” bondade e carinho: “julgado e condenado à pena ultima, foi recolhido à cadeia de Ouro-Preto. Mas aquella pena não teve execução, sendo de facto, por acordo com o assassino (!) commutada na de prisão perpetua com a obrigação de servir de algoz a outros miseraveis condemnados à força”. Fortunato dizia ser “empregado publico”, que se habituou e que só sentia repugnância quando era forçado a enforcar mulheres: “No seu cynismo inconsciente de negro boçal, affeito ao mais repugnante e hediondo viver, fallava indifferentemente dos proprios actos, sem jactancia mas sem vexame”. Preso há 44 anos, dizia que se obtivesse a liberdade, “iria viver sossegado em algum canto”.

Um juiz, Rodrigo Octavio,⁴¹ afirma ter presidido aquela que talvez tenha sido a derradeira condenação à morte proferida por um júri no Brasil, a do “facinora” conhecido como “Ventania”, em Paraíba do Sul: “Tendo dado conhecimento do caso ao Ministério da Justiça, tive a satisfação de vêr, poucos dias depois, publicado o acto do Governo Provisório, que aboliu a pena de morte”. Refere-se ao Dec. 774, de 20.09.1890, editado na aurora da República.

Assim, mesmo que sem eficácia, a ameaça da força permaneceu latente no recinto dos tribunais até o fim de seus dias.

⁴⁰ José Pedro Xavier da Veiga. *Ephemerides mineiras (1664-1897)*. Ouro Preto : Imprensa Official do Estado de Minas, 1897. vol. III, p. 114.

⁴¹ *Coração aberto (livro de saudades)*. Rio de Janeiro : Annuario do Brasil, s.d.

10.2

ANTEPROJETOS DE LEI DE REFORMA
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL*COMISSÃO DE REFORMA DO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
(Portaria 61, de 20 de janeiro de 2000)

- ADA PELLEGRINI GRINOVER (presidente)
- ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO
- ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES
- LUIZ FLÁVIO GOMES
- MIGUEL REALE JÚNIOR
- NILZARDO CARNEIRO LEÃO
- PETRÔNIO CALMON FILHO (secretário)
- ROGÉRIO LAURIA TUCCI
- RUI STOCO
- SIDNEI AUGUSTINHO BENETI

10.2.1

INTRODUÇÃO – A REFORMA DO PROCESSO PENAL
ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Processo Penal da USP.

Presidente da Comissão de Reforma

do Código de Processo Penal

1 – É fato notório que o Código de Processo Penal de 1941 se encontra totalmente superado pela realidade dos novos tempos, que exige um estatuto que prime pela eficiência, evitando formalismos e procrastinações inúteis, de modo a tornar o processo penal mais simples, célere, desburocratizado e aberto. Por outro lado, a Constituição

de 1988 introduziu no sistema penal princípios e regras com as quais o Código processual de 1941 entrou em conflito, de modo que muitas de suas normas perderam eficácia em face da nova ordem jurídica ou devem ser interpretadas de modo diverso do tradicional, sob pena de não se coadunarem com a Constituição.

2 – Por outro lado, a poderosa tendência do processo penal contemporâneo caracteriza-se pela estrutura típica do modelo

(*) Entregues ao Ministro da Justiça em 06.12.2000.

acusatório. Perfeitamente delineadas as funções do juiz, da acusação e da defesa (o que importa na abolição dos juizados de instrução), todo o processo se publiciza, condensa-se e concentra-se, ganhando em eficiência e exigindo a participação constante do juiz e das partes, na plena observância do princípio do contraditório e das garantias constitucionais.

A transparência, a desburocratização e a celeridade são corolários da estrutura acusatória adotada pelo novo processo penal. Algum mecanismo de seleção de casos e a adequação dos procedimentos à maior ou menor complexidade dos fatos e à gravidade da infração são outras técnicas que visam à maior eficiência. Tudo, ainda, marcado pela globalidade da reforma, que envolve aspectos administrativos e gerenciais dos órgãos da justiça penal e do pessoal de apoio, bem como o necessário instrumental técnico, imprescindíveis para a operacionalidade do sistema.

3 – Essas idéias, que impregnam o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, serviram de base para a profunda e recente reforma dos sistemas processuais de países como a Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai e para os projetos de Honduras e do Equador, também alimentando reformas parciais no Brasil.¹ E nas mesmas idéias fundaram-se as reformas dos códigos da Itália e de Portugal.²

4 – Reforma do Código de Processo Penal, portanto. Mas quê reforma?

A reforma total teria a seu favor a completa harmonia do novo sistema. Mas seria inexequível operacionalmente. A morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa do Parlamento, tudo milita contra a idéia de uma reforma global do Código de Processo Penal. Reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que se mantenham a unidade e a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidam apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomem por base institutos processuais inteiros, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros.

5 – Os juristas brasileiros já haviam trabalhado nessa linha de reformas em Comissão do Ministério da Justiça, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, revendo propostas apresentadas por comissão anterior. Surgiram desse trabalho diversos anteprojetos de lei, que acabaram sendo modificados no Ministério da Justiça da época e assim encaminhados, em 1994, como projetos, ao Congresso Nacional, de onde o próprio Governo os retirou, para aperfeiçoá-los.

6 – Assumindo o Ministério da Justiça, José Carlos Dias, mediante o Aviso 1.151, de 29 de outubro de 1999, convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual a apresentar propostas de reforma do código de processo penal, para posterior encaminhamento ao Congresso Nacional. E, pela Portaria 61, de 20 de janeiro de 2000, o Ministro da Justiça constituiu comissão para, no prazo de 90 dias a partir de sua instalação, apresentar propostas visando à reforma do Código de Processo Penal brasileiro. A Comissão foi formada dos seguintes juris-

(1) V. Ada Pellegrini Grinover. "O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América 10 anos depois". *A marcha do processo*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000. p. 70-76.

(2) V., para a Itália, da autora, "Influência do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro". *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998. "In-

fluência...", cit., p. 227-230; e, para Portugal, "A instrução processual penal em Ibero-América". *O processo em evolução*, cit., p. 242-257.

tas do Instituto Brasileiro de Direito Processual:

- ADA PELLEGRINI GRINOVER – presidente
- PETRÔNIO CALMON FILHO – secretário
- ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO
- ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES
- LUIZ FLÁVIO GOMES
- MIGUEL REALE JÚNIOR
- NILZARDO CARNEIRO LEÃO
- RENÉ ARIEL DOTTI
- ROGÉRIO LAURIA TUCCI
- SIDNEI BENETI

Em consonância com a Portaria, a Comissão apreciou os projetos apresentados pelo Ministério da Justiça em 1994, fruto do trabalho da comissão anterior, da qual oito dos membros da atual comissão participaram.

Seis anteprojetos já haviam sido apresentados ao Ministro José Carlos Dias, para ampla divulgação, quando se registrou seu pedido de demissão e a subsequente nomeação para o cargo de José Gregori. Este, pela Portaria 371, de 11 de maio de 2000, confirmou a comissão, prorrogando o prazo para a conclusão dos trabalhos por mais 90 dias. Enquanto isso, René Dotti houve por bem deixar a Comissão, tendo sido substituído, em seus trabalhos, por Rui Stoco.

A Comissão entregou ao Ministro Gregori mais cinco anteprojetos, perfazendo o total de onze.

7 – Os onze anteprojetos foram amplamente debatidos com a comunidade jurídica nas “Jornadas de Processo Penal”, organizadas pelo Ministério da Justiça e pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e realizadas em Brasília, de 23 a 26 de agosto, deste ano. Várias instituições enviaram críticas, sugestões e propostas. Pode-se afirmar que todas as categorias jurídicas foram ouvidas, por seus representantes: juízes, promotores, advogados, delegados, peritos judiciais, estudiosos em geral. Diversos professores de processo

penal compareceram às Jornadas e continuaram contribuindo com suas sugestões. A Comissão examinou todas as propostas recebidas, participando de outros encontros e debates que tinham por objeto a análise dos anteprojetos, onde expunha seus avanços. Muitas arestas foram aparadas, o consenso foi sendo construído e, embora não se possa falar em unanimidade sobre todos os pontos, não será uma demasia afirmar que se chegou um bom ponto de equilíbrio entre reivindicações às vezes diametralmente opostas.

Depois de mais três meses de trabalho, usufruindo de nova prorrogação de prazo, a Comissão chegou à redação final de seus anteprojetos.

8 – As onze propostas iniciais foram agrupadas em sete anteprojetos. São eles:

1. Investigação criminal; 2. Procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; 3. Provas; 4. Interrogatório do acusado e defesa efetiva; 5. Prisão, medidas cautelares e liberdade; 6. Júri; 7. Recursos e ações de impugnação.

Foram esses os anteprojetos finais que a comissão teve a honra de apresentar ao Ministro da Justiça, José Gregori, a 6 de dezembro de 2000.

Cada anteprojeto é acompanhado de uma Exposição de Motivos, na qual são apontadas as dificuldades de aplicação das normas vigentes e a vantagem trazida pelas regras projetadas, salientando-se, em todos eles, os aspectos inerentes à simplificação e à aderência às garantias constitucionais que apresentam.

8.1 – Profundas são as modificações introduzidas na investigação criminal. Antes de mais nada, deixam-se perfeitamente caracterizadas as funções próprias da polícia judiciária, encarregada das investigações; do Ministério Público, destinatário da investigação, com atribuições de supervisão e controle; do juiz, imparcial e equidistante, para a concessão de medidas cautelares;

da defesa, assegurada desde o momento em que o investigado passa formalmente à situação de indiciado; do ofendido, que pode exercer diversas atividades ao longo das investigações.

A agilização e simplificação das atividades investigativas concretizam-se pela manutenção do termo circunstanciado, para as infrações penais de menor potencial ofensivo; e, com relação às demais, pelo inquérito policial, presidido por delegado de polícia, cujos primeiros resultados devem ser remetidos ao MP no prazo de 20 dias, sem prejuízo do prosseguimento das investigações ou do início de outras entendidas necessárias, cujos resultados também serão enviadas ao *Parquet*. O MP, à vista dos elementos encaminhados, poderá desde logo oferecer denúncia ou promover o arquivamento, bem como requer diligências. O prazo final para o encerramento das investigações é fixado em 60 dias. Prevê-se, ainda, que no caso de infração penal atribuída a policial ou em casos específicos, como nos crimes contra a ordem econômica e tributária, haja imediata comunicação do fato ao MP, pela polícia ou pela autoridade administrativa que colheu as informações.

O inquérito deverá reunir elementos informativos na medida estritamente necessária à formação da *opinio delicti* do MP e à concessão de medidas cautelares pelo juiz, não podendo esses elementos servir de fundamento para a sentença, com exceção das provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, sobre as quais se estabelecerá o contraditório posterior.

Está prevista, sempre que possível, a utilização dos recursos de gravação magnética, estenotipia ou outra técnica similar, inclusive audiovisual, destinada à agilização e à maior fidelidade das informações.

Todos os atos praticados na fase de investigação devem ser motivados e os prazos ficam sujeitos à fiscalização de todos os interessados – MP, ofendido ou quem tenha qualidade para representa-lo, investi-

gado ou indiciado (situações jurídicas bem diversificadas, configurando o indiciamento a atribuição formal desse *status* ao investigado, para que a partir daí, após a reunião de elementos informativos tidos como suficientes pela autoridade policial, lhe se assegurem as garantias constitucionais).

As mesmas regras aplicam-se às investigações destinadas à ação penal de iniciativa privada, para a qual se abre a legitimação às entidades previstas em lei para a defesa de interesses difusos ou coletivos.

Reservadas as medidas cautelares ao juiz, nenhuma interferência terá ele em relação à formulação da acusação ou à promoção do arquivamento, esta toda processada no âmbito do MP, conferindo-se a fiscalização da atuação ministerial, com o devido controle do ofendido, a órgão superior, que a homologará ou ordenará que outro representante da instituição ofereça denúncia.

Em conclusão, vale ressaltar que a proposta representa, sobretudo, uma tentativa séria e vigorosa de mudança de mentalidades, num desenho das funções institucionais que leva em conta o modelo acusatório e a necessidade de desburocratização da investigação policial.

8.2 – Os procedimentos também passaram por uma profunda revisão, buscando a celeridade e a defesa efetiva, observados os esquemas do processo acusatório. As técnicas que garantem o atingimento desses objetivos são: a) defesa do acusado antes do recebimento da denúncia ou queixa; b) possibilidade de absolvição sumária no momento do juízo de admissibilidade da acusação; c) procedimento oral, realizado em uma só audiência, com o interrogatório do acusado tomado após a produção da prova; d) alegações finais e prolação da sentença em audiência.

O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo, mantendo-se este para as infrações penais de menor potencial ofensivo. O procedimento sumário será adotado quando se tratar de crime punido

com pena máxima não superior a 4 anos e o ordinário para os demais.

No procedimento sumário poderão ser arroladas até cinco testemunhas pelas partes e não se autoriza qualquer exceção à concentração dos atos numa única audiência. O procedimento ordinário permite que cada parte arrole até oito testemunhas e que, por exigência da complexidade dos fatos, as alegações finais e a sentença sejam elaboradas por escrito, observado em qualquer hipótese o princípio da identidade física do juiz.

Prevê-se, ainda, que na sentença condenatória o juiz penal fixe o mínimo da indenização devida à vítima do crime, a ser imediatamente executada, no juízo cível, após o trânsito em julgado da sentença, sem prejuízo da liquidação pela diferença a ser pleiteada.

Disposição expressa determina a aplicação das normas atinentes à defesa anterior ao recebimento da acusação em todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não previstos no Código de Processo Penal.

O anteprojeto cuida, ainda, de estabelecer nova sistemática para a *mutatio libelli*, exigindo a rigorosa correlação entre imputação e sentença. E também visa a aperfeiçoar, não só tecnicamente, mas sobretudo do ponto de vista prático, a redação do art. 366 do Código de Processo Penal. No aspecto técnico, objetiva-se superar a falha consistente em ter-se como suspenso o processo ainda não completamente formado. Quanto ao prático, pretende-se solucionar os pontos controvertidos, quais sejam: a) o referente à situação do acusado que, para não comparecer, se furta propositadamente ao recebimento da citação inicial, aplicando ao caso a citação por hora certa; b) a fixação do prazo da suspensão do lapso prescricional, observado o máximo da pena privativa de liberdade cominada em abstrato; c) a atribuição, com exclusividade, ao juiz da ordenação da produção antecipada de provas; d) a presença do MP e de defensor

nomeado para o acusado na produção das provas antecipadas; e) a definitiva formação do processo, efetuada a citação por edital, somente quando do comparecimento do acusado em juízo, defendendo-se efetivamente.

Finalmente, cumpre notar que as técnicas utilizadas visam a forjar procedimentos ágeis e concentrados, objetivando a eficácia do processo e a aplicação da lei penal e garantindo ao mesmo tempo a defesa efetiva.

8.3 - O anteprojeto sobre provas cuida da prova pericial, tratando de simplificar e agilizar, de um lado, a produção de perícias, notadamente nas regiões mais distantes e desprovidas de recursos e, de outro, garantir às partes o mais adequado acompanhamento e o contraditório sobre a perícia produzida. Assim, reduz-se o número dos peritos oficiais a um só, em cuja falta a perícia poderá ser realizada por duas pessoas idôneas, preferencialmente escolhidas entre as que tiverem habilitação técnica; e facultase à acusação e à defesa, bem como ao ofendido, a indicação de assistente técnico e formulação de quesitos.

O anteprojeto também trata da prova testemunhal, objetivando a agilização dos procedimentos e a maior fidelidade possível dos depoimentos, na medida em que se possibilita seu registro até mesmo por meios audiovisuais. A imediação do juiz com as provas e com as partes, e destas com as provas e o juiz, demanda que as perguntas sejam formuladas diretamente às testemunhas, seguindo a técnica da *cross examination*, cabendo ao juiz indeferir aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida, bem como complementar as perguntas das partes para o esclarecimento de pontos obscuros.

Finalmente, o anteprojeto disciplina as provas obtidas por meios ilícitos, cuja admissibilidade é vedada pelo art. 5.º, LVI, da Constituição Federal. Com base na doutrina e na jurisprudência, conceituam-se

elas como as colhidas em violação a princípios e normas constitucionais e se determina seu desentranhamento do processo e arquivamento sigiloso em cartório, caso venham a ser introduzidas nos autos. Também se impede que o juiz que delas tenha tido conhecimento profira a sentença. Deixa-se em aberto a aplicabilidade, ou não, do princípio da proporcionalidade, que no Brasil ainda carece ser mais trabalhado pela doutrina e pela jurisprudência, mas se estabelece a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, de acordo com a teoria dos "frutos da árvore envenenada", com as cautelas aceitas pela jurisprudência norte-americana: ou seja, a inadmissibilidade fica restrita aos casos em que fique evidenciado o nexo de causalidade entre as ilícitas e as lícitas e quando se verificar que as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

8.4 – A defesa concreta e efetiva é um dos principais requisitos do devido processo legal. Sem o pleno exercício do direito de defesa, não pode haver processo e muito menos condenação. A defesa desdobra-se em defesa técnica e autodefesa, sendo a primeira sempre indisponível e a segunda, dispensável exclusivamente pelo suspeito ou acusado.

O anteprojeto cuida da defesa técnica, cuja ausência infringe a garantia do contraditório, e da defesa deficiente que, embora tecnicamente situada em outro plano, conduz ao mesmo resultado. Exige-se, pois, do defensor empenho na demonstração da tese da defesa mediante manifestação fundamentada.

Recebe novo tratamento o interrogatório, como momento no qual se concretiza de modo essencial a autodefesa. Segundo a moderna doutrina processual, o interrogatório, muito mais do que meio de prova (embora as afirmações do suspeito ou acusado possam constituir *fonte* de prova), é considerado meio de defesa. O tratamento do interrogatório no Código de Processo Penal é totalmente inadequado, vulnerando

o direito ao silêncio, constitucionalmente assegurado, e o princípio segundo o qual a única presunção aceitável no campo penal é a de inocência, não podendo existir presunções contra o suspeito ou acusado.

Inovou-se, conseqüentemente, com relação às regras atinentes ao interrogatório, inclusive para desfazer uma série de controvérsias jurisprudenciais. As alterações foram propostas no sentido de: a) assegurar a presença de defensor no momento do interrogatório; b) impor ao Estado o dever de apresentar o acusado preso para interrogatório; c) cientificar o acusado do seu direito de permanecer calado; d) assentar que o silêncio não importa em confissão e tampouco pode prejudicar a defesa; e) separar claramente o ato do interrogatório em duas partes: a primeira sobre a pessoa do acusado (para o efeito, principalmente, de eventual individualização da pena) e a segunda sobre os fatos; f) garantir a participação das partes no interrogatório, para complementá-lo no que for pertinente e relevante; g) conferir às partes o direito de requerer novo interrogatório do acusado em pedido fundamentado.

8.5 – A sistematização e atualização do tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança, buscam superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com reformas sucessivas, que desfiguraram o sistema e, ao mesmo tempo, ajustá-lo às exigências constitucionais e colocá-lo em consonância com as modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal.

Nessa linha, as principais alterações da reforma projetada são: a) o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e da liberdade provisória; b) o aumento do rol das medidas cautelares, antes centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança; c) a manutenção da prisão preventiva, genericamente, para garantia da instrução do processo e da execução da pena e, de

maneira especial, para acusados que possam vir a praticar infrações de criminalidade organizada, de grave ofensa à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira, ou mediante violência ou grave ameaça às pessoas; d) a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar em situações taxativas, bastante restritas, indicadoras da inconveniência ou desnecessidade de se manter o recolhimento em cárcere; e) a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, ocorrer prisão que não seja de natureza cautelar; f) a valorização da fiança.

No amplo leque de medidas cautelares diversas da prisão, proporciona-se ao juiz a escolha, dentro dos critérios de legalidade e proporcionalidade, da providência mais ajustada ao caso. Tais medidas cautelares, que poderão ser decretadas desde que o caso não seja de prisão preventiva, numa ordem progressiva de intensidade de obrigações impostas, são as seguintes: a) comparecimento periódico em juízo; b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; c) proibição de manter contato com pessoa determinada; d) proibição de ausentar-se do país; e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira; g) internação provisória; h) fiança. Caso o indiciado ou acusado descumpra alguma das obrigações impostas, o juiz poderá substituir a medida por outra, impor outra em cumulação e, até mesmo, em último caso, decretar a prisão preventiva. A medida também poderá ser revogada ou substituída quando o juiz verificar a falta de motivo para que subsista.

Completam e uniformizam o sistema as regras sobre a liberdade provisória. Com relação ao preso em flagrante as regras são as seguintes: o juiz que recebe o auto pode relaxar o flagrante, se ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes seus requisitos; conceder liberda-

de provisória com ou sem fiança, ou com os demais vínculos acima indicados.

No que concerne à fiança, cabe realçar, dentre outros aspectos relevantes: a ampliação da possibilidade de a autoridade policial concedê-la, o alargamento de suas hipóteses de incidência, observadas as proibições constitucionais na matéria, a atualização de seus valores e a adequação da disciplina do quebramento.

A revogação dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408 do Código de Processo Penal tem como objetivo assentar que toda prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória somente pode ter caráter cautelar. A execução antecipada da sentença penal não se coaduna como os princípios garantidores do Estado de Direito.

8.6 – O júri também passou por profundas modificações, a começar pelo procedimento perante o juiz singular. Seguindo o modelo do procedimento comum, sumário ou ordinário, que prevê o contraditório antes do recebimento da denúncia, o juiz preparador deverá necessariamente determinar a inquirição de testemunhas, até o máximo de 5 para cada parte, e o interrogatório, além da realização das diligências requeridas pelas partes, e só depois, fundamentadamente, decidir sobre a admissibilidade da acusação. Recebendo a denúncia, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação. Não se convencendo, impronunciará o acusado. Poderá, ainda, absolver sumariamente o acusado.

Na pronúncia, o juiz não fica adstrito à classificação do crime, atendendo-se às regras sobre a *mutatio libelli*. Reduz-se a influência que a motivação da pronúncia possa exercer sobre os jurados.

Na técnica descrita, ressalta a desnecessidade de libelo, devendo os autos, após a preclusão da decisão de pronúncia, ser remetido imediatamente ao Tribunal do Júri,

com o que se ganha em celeridade e eficiência.

A preparação do processo para julgamento em plenário é simples e rápida, mas revela momento extremamente importante, pois prevê a deliberação do Juiz Presidente sobre a realização de diligências para sanar nulidades ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa. É nesse momento que o juiz fará o relatório do processo e não em plenário, sendo esse relatório (sucinto) uma das peças obrigatoriamente remetidas aos jurados com o expediente de convocação, com o que se permite o conhecimento antecipado da causa.

Com relação ao plenário, democratizam-se as regras sobre o alistamento dos jurados e se prevê a exclusão da lista geral, pelo prazo de dois anos, daquele que tiver integrado o Conselho de Sentença no ano anterior. É suprimido o recurso contra a decisão (administrativa) que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir. Modernizam-se as normas sobre escusas de jurados. Estes têm mais liberdade e oportunidade de participação, permitindo-se-lhes examinar os autos a qualquer momento e não apenas na sala secreta.

Aperfeiçoam-se as regras sobre o desforamento, que também poderá ser determinado, em razão de comprovado excesso de serviço, a pedido do acusado, ouvida a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 meses, contados do trânsito em julgado da decisão de pronúncia e garantida ao acusado, na hipótese de não haver excesso de serviço, o requerimento ao Tribunal de segundo grau de imediata realização do julgamento.

Toda a instrução será feita em plenário, onde se proíbe, como regra, o uso de algemas. Prevê-se a realização do julgamento sem a presença do acusado que, em liberdade, pode exercer a faculdade de não comparecer, como corolário do direito ao silêncio. A prisão provisória, que era regra, converte-se em exceção, de modo que a exi-

gência do acusado solto em plenário como condição de julgamento já não se harmoniza mais com o sistema.

O questionário é simplificado ao máximo, devendo os quesitos ser formulados na seguinte ordem: a) materialidade do fato; b) autoria ou participação; c) se o acusado deve ser absolvido ou condenado. No caso de condenação: d) se existe causa de diminuição alegada pela defesa; e) se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia. Uma série de normas didáticas, sobre o encaminhamento dos quesitos, visa a evitar nulidades, tão comuns nesse campo. São mantidas a incomunicabilidade dos jurados e a sala secreta.

O Juiz Presidente, no caso de condenação, fixará a pena base, considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates, imporá os aumentos ou diminuições de pena em atenção às causas admitidas pelo júri e observará o disposto no artigo 387, no que for cabível. Suprime-se o Protesto por Novo Júri.

A reforma proposta visa sobretudo à agilização, descomplicação e racionalização dos processos de competência do Tribunal do Júri, reforçando a prova produzida perante o Conselho de Sentença, sem descuidar das garantias do acusado.

8.7 – O anteprojeto sobre recursos objetiva, também, sua racionalização e agilização. A apelação caberá das sentenças, assim entendidas as decisões que encerram o processo, com ou sem julgamento do mérito. Todas as decisões interlocutórias, definidas como as que não encerram o processo, serão recorríveis de agravo. E permanece a irrecurribilidade dos despachos de mero expediente. Os recursos serão sempre voluntários.

O agravo será retido, salvo nos casos de instrumento, taxativamente previstos. O agravo retido terá apenas efeito devolutivo e o de instrumento também terá efeito suspensivo nos casos em que, a critério do juiz e sendo relevante a fundamentação do pe-

dido, da decisão possa resultar lesão grave ou de difícil reparação. Norma de organização judiciária poderá instituir órgão do tribunal, com competência funcional, para decidir sobre a admissibilidade do agravo de instrumento e quanto ao efeito suspensivo, bem como sobre a recorribilidade de suas decisões. Mantém-se a regra da interposição do agravo perante o juiz de primeiro grau, mais consentânea às peculiaridades das causas penais.

As principais mudanças com relação à apelação são as que dizem respeito à prisão: a apelação da sentença terá efeito suspensivo, podendo o juiz decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação. Revoga-se o dispositivo que prevê a deserção da apelação em caso de fuga. Além disso, transmudam-se para o campo penal as regras sobre a extensão e a profundidade da matéria devolvida ao conhecimento do tribunal fixadas no Código de Processo Civil.

Abolidos a Carta Testemunhável e o Protesto por Novo Júri, dá-se tratamento inteiramente diverso à divergência que surge no julgamento da Apelação, suprimindo os Embargos Infringentes como recurso. No caso de decisão não unânime, na apelação, desfavorável ao acusado, referida decisão não terá eficácia enquanto não for complementada pelo julgamento de órgão ampliado, de forma a garantir a possibilidade de inversão do resultado anterior. O segundo julgamento deverá vir no prazo de 15 dias, garantida às partes a apresentação de razões.

Os embargos de declaração sofreram mudanças terminológicas, aderentes aos ensinamentos da doutrina, seguindo a técnica utilizada no Código de Processo Civil, inclusive em relação à interrupção do prazo para a interposição de outro recurso por qualquer das partes, mas sem a incidência da multa, incompatível com o

sistema penal. Assenta-se que os embargos poderão ter efeito modificativo, exclusivamente na medida do esclarecimento da obscuridade, da eliminação da contradição ou do suprimento da omissão, o que é pacífico hoje na doutrina e na jurisprudência cível.

Finalmente, a revisão criminal e o *habeas corpus*, cujas disposições ficaram inalteradas, exceto no que se refere à inserção da intimação da designação da sessão de julgamento neste último, a pedido do impetrante, são corretamente inseridas no Título III, intitulado "Ações de impugnação", do Livro III, que passa a chamar-se "Das nulidades, dos recursos e das ações de impugnação".

9 – Afí está, em apertada síntese, a proposta de reforma do Código de Processo Penal, apresentada pela comissão indicada na parte inicial deste trabalho. Tudo no intuito maior de dotar o Brasil de instrumentos modernos e adequados, na ótica de um processo que deve assegurar, com eficiência e presteza, a aplicação da lei penal, realçando ao mesmo tempo as garantias próprias do modelo acusatório.

Isto porque, conforme já tivemos oportunidade de escrever,³ os valores fundamentais do moderno processo penal são o *garantismo* e a *efetividade*. *Garantismo*, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. *Efetividade*, na visão instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, que são o de atuação da vontade concreta da lei penal, de pacificação com justiça e de abertura à participação, dentro do processo e pelo processo.

(3) Ada Pellegrini Grinover. "Influência...", cit., p. 241.