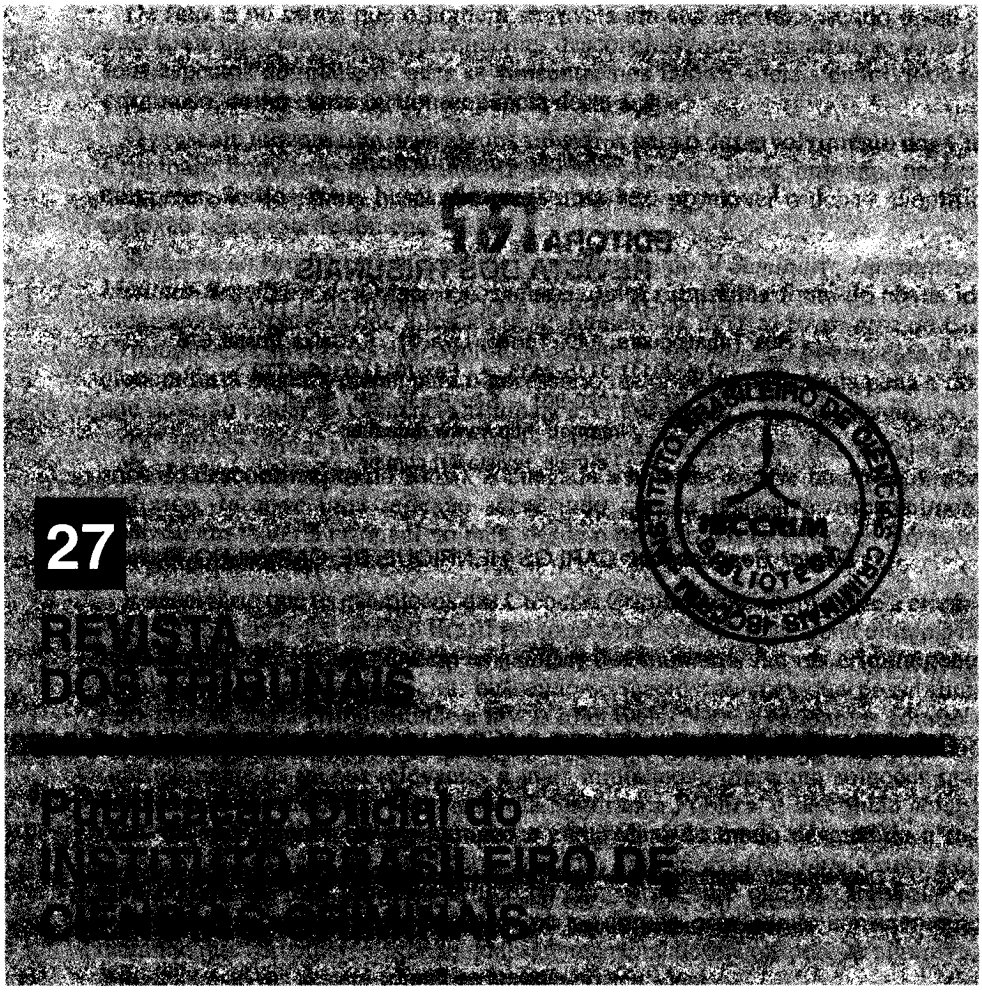
REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

ANO 7 – N. 27 – JULHO-SETEMBRO DE 1999



ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Trimestral • ANO 7 • n. 27 • jul.-set./99

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. (011) 3115-2433 • Fax (011) 3106-3772
CEP 01020-901 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: http://www.rt.com.br
e-mail: revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

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

Diagramação eletrônica: Know-How Composição Editorial e Artes Gráficas S/C. Ltda.
Rua do Arouche, 146 – Cj. 9 – Vila Buarque – CEP 01219-010 - São Paulo, SP, Brasil.
Impressão: Gráfica Círculo, Av. Tucunaré, 299 – Tamboré, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

APRESENTAÇÃO

Faltando apenas três meses para o ano 2000, mais um número da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* é oferecido aos estudiosos dessa fascinante área do conhecimento humano, que por sua riqueza e interdisciplinariedade pode fornecer um retrato bastante fiel, ainda que por vezes cruel, da natureza humana.

De fato, é no crime que o homem se revela em sua inteireza, sendo o seu estudo uma fonte inesgotável de surpreendentes descobertas, quer o cientista se volte para os seus aspectos dogmáticos, quer se concentre nos fatores sociais envolvidos no agir criminoso, como causa ou conseqüência desta ação.

O presente número traz mais alguns subsídios para o desenvolvimento das Ciências Criminais, com artigos enfocando toda uma gama do saber humano, necessária à compreensão do *crime*, buscando, mais uma vez, promover o debate científico e a reflexão sobre este fenômeno.

Some-se ao seu lançamento, ainda, a realização do *V Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, outra riquíssima fonte de novas idéias e indagações. Espera-se que a leitura deste número da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* e as atividades desenvolvidas durante o *V Seminário Internacional* proporcionem farta matéria-prima para o necessário reexame do sentido da pena e do rumo que deverão tomar as Ciências Criminais e, em especial, o Direito Penal.

Tal retrospectiva, aliás, parece muito adequada, como parte dos festejos dos 500 anos do descobrimento do Brasil. É chegada a hora de, aproveitando-se o momento histórico, fazer-se uma reflexão sobre tudo que se pensou e, especialmente, se realizou em matéria criminal no país, desde o período das ordenações até as últimas leis penais editadas.

É necessário que os estudiosos das Ciências Criminais meditem sobre a eficácia dos sistemas penais pelos quais o Brasil passou e sobre o sentido da pena ontem e hoje. É fundamental que se aprofundem as análises dos inúmeros fatores criminógenos que pululam na sociedade brasileira, buscando-se macrossoluções que possibilitem, de fato, a redução da criminalidade a níveis toleráveis. Não se pode mais admitir que o Estado produza leis de ocasião que, elegendo um ou outro fator criminógeno (normalmente os menos relevantes e mais midiáticos), oferecem soluções mágicas, verdadeiras panacéias para os males da Segurança Pública, e de roldão solapam os mais básicos direitos do ser humano e endurecem de modo desmedido a resposta penal. É preciso que cada estudioso e operador das Ciências Criminais lance seu olhar para o passado, faça um juízo crítico do que vê, mesmo que isto implique em um eventual *mea culpa*, e volte seu olhar para o futuro, escolhendo conscientemente o caminho que irá trilhar, elegendo qual sistema penal deseja (se desejar algum) e quais atitudes positivas deverá tomar para atingir o seu ideal.

Por fim, espera-se que mais este número da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* ajude nesta retrospectiva e neste reexame, fornecendo, ainda, pistas que iluminem o melhor caminho para o futuro, o qual passa, necessariamente, pelo caráter multifacetário e multidisciplinar desta publicação, pois não é apenas o Direito Penal, ou o Direito Penal e a Criminologia, ou o Direito Penal e a Sociologia Jurídica, ou a Sociologia Jurídica e a Criminologia que possibilitarão a redução da criminalidade e o restabelecimento da paz social. É o concurso desses e de outros fatores que, operados conjunta e harmonicamente, permitirão o advento de um país melhor. As Ciências Criminais não são a solução de nada, são apenas alguns dos instrumentos para a obtenção da Justiça Social.

Boa leitura!

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 03

COLABORADORES 09

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 La criminalidad organizada en Italia: la respuesta normativa y los problemas de la praxis – ANDREA R. CASTALDO 11

1.2 Cuestiones basicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y associaciones de personas – BERNARDO J. FEIJOÓ SÁNCHEZ 20

1.3 Homicídio e depressão – ERNESTO CALVANESE e GIORGIO CAVALLARI . 49

1.4 ¿Hacia un nuevo conceptualismo jurídico? – MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA 63

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório – ADA PELLEGRINI GRINOVER 71

2.2 A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado – ANA LÚCIA SABADELL 80

2.3 A teoria do domínio do fato no concurso de pessoas – DAMÁSIO E. DE JESUS 103

2.4 O *habeas corpus* na pena de multa – FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 117

2.5 O injusto penal e a culpabilidade como magnitudes graduáveis – LUIZ RÉGIS PRADO 128

2.6 A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas – PAULO QUEIROZ 143

2.7 Conceito de mérito, no andamento dos regimes prisionais – SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO 149

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 Direito penal eleitoral: lineamentos de uma teoria geral – GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO 159

3.2 Crimes contra a economia popular e contra o Sistema Financeiro Nacional. Parecer – JULIO FABBRINI MIRABETE 191

3.3 A inaplicabilidade da anistia trazida pela Lei 9.639/98 – PAULO RICARDO ARENA FILHO 205

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1 Da impossibilidade de se aplicar ou executar medida socioeducativa em virtude da ação do tempo – MARINA DE AGUIAR MICHELMAN 211

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

5.1 Homicidas seriais – ALVINO AUGUSTO DE SÁ 217

5.2 ¿Ética en la criminología europea? – ANTONIO BERISTAIN 230

5.3 Teoría del conocimiento feminista y criminología de la mujer – GERLINDA SMAUS 235

6. POLÍCIA E DIREITO

6.1 O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988 – ADILSON JOSÉ VIEIRA PINTO 251

6.2 Ensaio sobre um projeto de avaliação do sistema de justiça criminal – CARLOS MAGNO NAZARETH CERQUEIRA 265

6.3 A lógica na investigação criminal – MARCO ANTONIO DESGUALDO 288

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1 Violência policial no Brasil: elementos para uma aproximação teórica a partir dos pensamentos de Durkheim e Weber – BENONI BELLI 295

7.2 Um breve panorama da teoria sobre a violência criminal urbana no Brasil – GLAUBER SILVA DE CARVALHO 309

7.3 Direito penal em preto e branco – HÉDIO SILVA JR. 327

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1 Jurisprudência Comentada

8.1.1 O ativismo judicial – ADAUTO SUANNES 339

8.1.2 Mudança de mentalidade – SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA 351

8.2. Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 355

9. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

9.1 Medida Provisória 1.718-9, de 17.06.1999 381

9.2 Medida Provisória 1.710-11, de 17.06.1999 381

9.3 Resolução 01, de 30.03.1999 382

9.4 Resolução 02, de 30.03.1999 383

9.5 Emenda Constitucional 22, de 18.03.1999 384

9.6 Decreto 3.018, de 06.04.1999 385

9.7 Lei 9.800, de 26.05.1999 388

10.RESENHAS

10.1 BUONAMICI, Sérgio Claro, GARCIA e Carlos Roberto Diogo. *Decisões da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo* – Resenha por JOSÉ JUAREZ STAUT MUSTAFÁ 389

ÍNDICE REMISSIVO 391

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

n. 28 • outubro-dezembro • 1999

• Consensualismo e prisão

Anabela Miranda Rodrigues

• Derecho penal y derecho humanos

Ana Messuti

• Novas penas "alternativas" – uma análise pragmática –

Cezar Roberto Bitencourt

• A procedibilidade penal à luz da Lei 9.430/96

Ives Gandra da Silva Martins

• Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: uma análise sob o enfoque da criminologia clínica

Alvino Augusto de Sá

• Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?

Miguel Reale Júnior

COLABORADORES

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Processo Penal da Universidade de São Paulo.

ADAUTO SUANNES

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça, Advogado Criminal em São Paulo e Diretor Consultivo do IBCCrim.

ADILSON JOSÉ VIEIRA PINTO

Delegado de Polícia e Professor da Academia de Polícia de São Paulo em "Direitos da Cidadania".

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, Diretor da Clínica Psicológica da Universidade de Guarulhos, Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Psicólogo da Academia Penitenciária do Estado de São Paulo.

ANA LÚCIA SABADELL

Pesquisadora do Instituto de Filosofia do direito e Filosofia social da Faculdade de Direito da Universidade do Sarre-Alemanha.

ANDREA R. CASTALDO

Professor Catedrático de Direito Penal na Universidade de Salerno (Itália).

ANTONIO BERISTAIN

Diretor do Instituto Vasco de Criminologia "San Sebastián" (Espanha).

BENONI BELLI

Diplomata. Mestre em Ciências Políticas (Unicamp). Doutorando em Sociologia (UnB).

BERNARDO J. FEIJÓO SÁNCHEZ

Professor Titular Interino da Universidade Autônoma de Madri (Espanha).

CARLOS MAGNO NAZARETH CERQUEIRA

Vice-Presidente do Instituto Carioca de Criminologia.

DAMÁSIO E. DE JESUS

Procurador de Justiça Aposentado.

ERNESTO CALVANESE

Especialista em Criminologia Clínica e Psicologia Forense.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado Criminalista em São Paulo, colaborador do Boletim IBCCrim e membro do Conselho Diretivo da RBCCrim.

GERLINDA SMAUS

Catedrática de Sociologia Geral da Faculdade de Filosofia da Universidade do Sarre – Alemanha e Professora de Sociologia Geral da Faculdade de Pedagogia da Universidade de Olomouc – Checia (antiga Checoslováquia).

GIORGIO CAVALLARI

Especialista em Criminologia Clínica e Psicologia Forense.

GLAUBER SILVA DE CARVALHO

Doutorando no Departamento de Sociologia pela Universidade de São Paulo.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

Juiz Federal do Trabalho pela 15.ª Região, co-editor responsável pelo Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel e doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HÉDIO SILVA JR.

Advogado Criminalista, Professor de Direito Constitucional e de Direito Penal da Universidade Bandeirante, Professor-convidado da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo, Mestrando em Direito pela PUC-SP, Coordenador do CEERT – Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades.

JOSÉ JUAREZ STAUT MUSTAFÁ

Presidente da Associação Paulista do Ministério Público.

JULIO FABBRINI MIRABETE

Ex-Procurador de Justiça, Professor de Direito Penal e especialista em Direito de Empresa.

LUIZ REGIS PRADO

Pós-doutor em Direito Penal. Universidades de Saragoça (Espanha) e de Estrasburgo (França). Professor Titular de Direito Penal. Universidade Estadual de Maringá. Membro fundador do IBCCrim.

MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA

Catedrático em Direito Penal, Professor *Honoris Causa* da Universidade Nacional Maior de São Marcos, Lima-Peru, da Universidade Nacional de Antiplano, Puno-Peru, e da Universidade Autônoma Gabriel René Moreno, de Santa Cruz da Serra (Bolívia); Membro da Fundação Internacional Penal e Penitenciária.

MARCO ANTONIO DESGUALDO

Delegado Geral de Polícia do Estado de São Paulo.

MARINA DE AGUIAR MICHELMAN

Procuradora do Estado de São Paulo.

PAULO QUEIROZ

Professor da UFBA, Procurador da República na Bahia.

PAULO RICARDO ARENA FILHO

Juiz Federal em Ribeirão Preto (SP).

SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO

Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Ex-presidente do IBCCrim e Professor da Universidade de São Paulo.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN ITALIA: LA RESPUESTA NORMATIVA Y LOS PROBLEMAS DE LA PRAXIS

ANDREA R. CASTALDO

SUMÁRIO: 1. Premisa metodológica – 2. El crimen organizado – 3. El sistema normativo: 3.1 Art. 416 (asociación para delinquir): 3.1.1 El bien jurídico tutelado; 3.1.2 El sujeto activo; 3.1.3 La estructura del hecho típico; 3.1.4 La concurrencia en la asociación para delinquir; 3.1.5 El elemento subjetivo; 3.1.6 El momento consumativo; 3.2 Art. 416 bis C.P. (asociación de tipo mafioso): 3.2.1 La conducta típica; 3.2.2 Elemento subjetivo; 3.2.3 El concurso externo en la asociación de tipo mafioso; 3.2.4 El concurso de crímenes; 3.3 Art. 416 ter (el cambio electoral político-mafioso) – 4. El crimen organizado y la política criminal del futuro.

1. Premisa metodológica

El análisis relativo a la definición y al concepto de crimen organizado se presenta extremadamente complejo, por la especificación sociocultural y normativa del fenómeno.

Bajo el primer perfil, debe subrayarse su naturaleza particularmente agresiva y su difusión especialmente en algunas zonas del país, que van unidas a la extrema variedad de modos en que se exterioriza. En cuanto al aspecto normativo, la aproximación legislativa en diversas áreas (penal sustancial, procesal, penitenciario) está caracterizado por una intervención desorganizada y de emergencia, que acentúa las dificultades expositivas.

En tal sentido, por lo tanto entiendo preferible un método que privilegia el análisis descriptivo, contextualmente indicativo de los puntos controvertidos en la interpretación doctrinal y jurisprudencial, con la intención de diagramar un cuadro de referencia lo más ascético posible y no contaminado de sugestiones cítricas personales.

Todo ello en relación con el objetivo de investigación que tiende a elaborar un documento programático en la lucha contra el crimen organizado en el ámbito europeo según un modelo homogéneo que presupone obviamente el conocimiento básico del sistema de los señalados países implicados en la indagación.

2. El crimen organizado

El concepto de crimen organizado es definido por el legislador en base a parámetros de tipo *descriptivo-fenomenológicos*. El recurso a tal instrumento combina ventajas y desventajas: por una parte en efecto se presenta como más idóneo en la prevención y represión del fenómeno delictivo, partiendo de un punto de vista empírico; por otro lado el riesgo de arribar a un ámbito más sociológico que estrictamente técnico-normativo con el consecuente peligro de desgastar la tipicidad.

Normativamente hablando, el término crimen organizado tiene su fecha de nacimiento con el artículo 14 del D.L. 15.12.1979 n. 625, convertido en Ley 06.02.1980 n. 15,

el cual, en la modificación el artículo 340 C.P.P. de 1930, preveía la delegación al P.G. del *sequestro presso banche* "para verificar indicios o afirmar delitos de terrorismo y de destrucción del orden democrático no solamente de *crimen organizado*".

Originalmente faltaba una clara referencia a la específica hipótesis delictiva comprendida en la noción de crimen organizado laguna que el legislador ha suplido sucesivamente, con la referencia (asociación para delinquir, asociación de tipo mafioso, estrago, secuestro de personas con intento de extorsión, asociación con objeto de tráfico ilegal de estupefacientes).

Sin embargo, el método nominal seguido no es exhaustivo de la noción, pues mas allá de los casos de individualización *per relationem*, el crimen organizado representa un *topos* criminológicamente ensanchado, que acarrea consecuencias ulteriores en ámbitos de ilícitos penales.

3. El sistema normativo

Históricamente, el crimen organizado es esencialmente sinónimo de criminalidad mafiosa. Junto a tal modelo clásico, sin embargo, en el curso del tiempo la criminalidad asociativa ha evolucionado según formas y modelos diferentes respecto a las organizaciones mafiosas tradicionales provocando disonancias en la gestión político-criminal del fenómeno y lagunas de tutela, no siempre superables a través de la interpretación extensiva de los casos en disputa existentes, llevando al límite la prohibición de analogía.

Por otra parte la legislación italiana de los últimos veinte años tiene como denominador común el paradigma de la emergencia. Así frente al recrudecimiento de viejos fenómenos delictivos (mafia y organizaciones similares), y al surgimiento de nuevas formas de crimen (el terrorismo y el tráfico de los estupefacientes, el tráfico de seres vivos, la pedofilia, solo por citar algunas de las más significativas), el legislador italiano responde con una política criminal desordenada y afanosa, con la ilusión de resolver mediante el instrumento de amenaza penal los problemas socio-políticos vinculados a estas formas de crimen y de obtener el consenso de la opinión pública.

Se trata en la mayor parte de los casos de intervenciones caracterizadas por un doble aspecto:

– La ampliación de los límites del hecho típico o la introducción de nuevas figuras penales y una mayor severidad sancionadora;

– El nucleamiento de una legislación especial en materia procesal y penitenciaria diseñada a través de una *especialización negativa* en el tratamiento del crimen organizado, erosión de las garantías procesales, amplio recurso a medidas de prevención, y drástica reducción de los beneficios penitenciarios.

Ahora bien, desde el punto de vista sustancial las normas básicas son los artículos 416 y 416 bis C.P.

3.1 Art. 416 (asociación para delinquir)

Su texto dice:

"Cuando tres o más personas se asocian con el fin de cometer delitos, aquellos que promuevan o constituyan u organicen la asociación son punibles, por eso solo, con la reclusión de tres a siete años.

Por el solo hecho de participar en la asociación, la pena es de la reclusión de uno a cinco años.

Los jefes están sujetos a la misma pena establecida para los promotores.

Si los asociados incursionaran con armas en la campaña o en la vía pública, se aplica la reclusión de cinco a quince años.

La pena es aumentada si el número de los asociados es de diez o más."

Se trata de la norma originaria del texto codificado que representa el *prius* lógico y jurídico de las ulteriores figuras penales asociativas existentes.

3.1.1 El bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado por el tipo penal según la interpretación prevaleciente en doctrina y jurisprudencia es el *orden público*. Según la orientación mayoritaria, la existencia de una asociación orientada a la comisión de delitos es por sí misma un fenómeno disfuncional frente a la comunidad social y de allí el obstáculo para su regular funcionamiento. Resulta por lo tanto abstractamente compatible con el principio de ofensividad, y con el cuadro de valores constitucionales a los cuáles está vinculado permitiendo el recurso a la punibilidad de la mera asociación, independientemente de la efectiva comisión de los delitos-fines.

3.1.2 El sujeto activo

El delito es obviamente de naturaleza plurisubjetiva y requiere la participación de al menos tres personas.

Se discute si en el número mínimo de sujetos deben computarse y no imputables. La tesis prevaleciente sin embargo es la que se expide en sentido negativo.

3.1.3 La estructura del hecho típico

La configuración del hecho típico en el art. 416 gira esencialmente en torno a dos elementos: la *affectio societatis*, o sea la existencia de un vínculo asociativo de carácter permanente o por lo menos estable y del *pactum sceleris*, que es el acuerdo de los asociados dirigido a la realización de un programa criminal de carácter sustancialmente indeterminado.

El disvalor que justifica la respuesta penal a la intrínseca potencialidad lesiva respecto al bien del orden público. (Consiste entonces en la *organización* criminal y en la *finalidad* ilícita de la misma). En otras palabras, la libertad de asociación constitucionalmente tutelada en el art. 18, encuentra un evidente límite allí donde el fenómeno asociativo es promovido, constituido y organizado con el fin de contrariar los valores-guía protegidos por el legislador penal.

Sobre la base de esta premisa surge entonces el problema del umbral mínimo de organización que la estructura asociativa deba tener a fin de determinar un potencial de peligrosidad tal que justifique la reacción penal. A ese respecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha reconocido frecuentemente la necesidad que la organización de la asociación para delinquir tuviera requisitos de adecuación respecto al programa delictivo a realizar.

La dirección citada y que comparto introduce entonces un correctivo, eligiendo como elemento implícito de la tipicidad el carácter de eficiencia o de adecuación para reafirma el disvalor de la conducta desde la óptica de un refuerzo del principio de la ofensividad en perspectiva sustancial y no meramente formal.

Bien vista la cuestión, los requisitos endógenos de la tipicidad ahora esbozada permiten trazar una mas fácil y limpia distinción con la figura del mero concurso de personas en el delito, disciplinado en el art. 110 *et seq.* C.P. En efecto en este último caso el tercio incurre en una actividad criminal en virtud de un acuerdo ocasional y que se agota con ese crimen u otro predeterminado, donde la asociación para delinquir presupone la genérica indiferencia del programa criminal y la estabilidad del vínculo asociativo.

3.1.4 La concurrencia en la asociación para delinquir

Extremadamente controvertida es la cuestión en orden a la configuración de la concurrencia eventual en la asociación para delinquir.

Prescindiendo de la especificación del problema de la concurrencia eventual en el delito previsto en el art. 416 bis (cf. infra 3.2.3) que será objeto de especial tratamiento su momento, hoy se tiene por generalmente posible la concurrencia, a condi-

ción de que el *extraneus* preste una contribución causal respecto de los fines de la asociación quedando sin embargo y a pesar dè ello, sustancialmente fuera de la estructura orgánica de la misma.

3.1.5 El elemento subjetivo

El caso en cuestión del art. 416 prevé la subsistencia del dolo específico, o sea la conciencia y voluntad del asociado de formar parte de la estructura criminal destinada a la comisión de delitos, y por lo tanto con la conciencia y la voluntad de contribuir en su operatividad, aún con un aporte marginal, a la realización de programas de la asociación.

Permítase una breve anotación crítica sobre el punto.

La presencia del dolo específico es sin duda un requisito delimitativo y selectivo de la responsabilidad penal y como tal abstractamente adecuado a un derecho penal de la *extrema ratio.*

Sin embargo, en la práctica, la dificultad de probar el elemento psicológico especialmente en orden al carácter finalistico de la asociación criminal, de hecho ha llevado a la jurisprudencia a considerarlo implícito, deduciéndolo de la mera referencia a la existencia de la organización.

Se verifica así una anomalía que por otro lado, no aparece como un fenómeno aislado en la experiencia jurisprudencial italiana: los correctivos normativos introducidos para fortalecer la tipicidad de la figura penal y que se traduce en una dificultad probatoria son eludidos en la aplicación jurídica recurriendo a cláusulas de estilo o a la interpretación de conveniencia, en un inocultable intento de no ceder espacio frente a la emergencia criminal.

Así mientras en la órbita de la tipicidad, el dolo específico termina para ser *dolus in re ipsa*, deducido lentamente de la objetiva existencia de las asociaciones, en el campo procesal, la jurisprudencia tiende a valerse de atajos procesales en tema de prueba, para arribar a un rápido decisorio siguiendo la lógica de la eficiencia a costa de la perdida de certeza del derecho.

La consecuencia de todo esto es que la búsqueda de la verdad en el campo de los procesos de crimen organizado se estructura siguiendo modelos alternativos, gnoseologicamente compatibles con el parámetro de una verdad procesal antes que de una verdad históricamente aceptada.

3.1.6 El momento consumativo

En cuanto a la consumación del delito, puede decirse que se da con la constitución de la asociación, independientemente de la realización de los delitos programados.

Se trata pues de un delito de peligro, y al menos siguiendo la opinión prevaleciente, el peligro no esta referido en concreto (delito de peligro abstracto).

De esto deriva aún la naturaleza permanente del crimen que se interrumpe con la disolución de la asociación, o cuando el número de los asociados deviene en menos de tres.

3.2 Art. 416 bis C.P. (asociación de tipo mafioso)

Dice el art. 416 bis:

"Cualquiera que forma parte de una asociación de tipo mafioso formada por tres o más personas, es punible con la reclusión de tres a seis años.

Aquellos que promuevan, dirijan u organicen la asociación son punibles solo por eso, con la reclusión de cuatro a nueve años.

La asociación es de tipo mafiosa cuando aquellos que la componen se valen de la fuerza intimatoria, del vínculo asociativo y la condición de sujeción y de silencio para cometer delitos, para adquirir de modo directo o indirecto la gestión o de cualquier modo el control de actividad económica, de concesiones, de autoriza-

ciones, adjudiciones y servicios públicos, o para realizar aprovechamientos, o ventajas injustas para si o para otros, o bien a fin de impedir o de obstaculizar el libre ejercicio del voto o de procurar votos a si mismo o a otros en ocasión de consulta electoral.

Si la asociación es armada se aplica la pena de la reclusión de 4 a 10 años en los casos previstos en el I inc. I de 5 a 15 en los casos previstos en el II inc.

La asociación se considera armada cuando los participantes tienen la disponibilidad para la obtención de la finalidad de la asociación, de armas o materiales explosivos, incluso si los ocultare o tuviere en depósito.

Si la actividad económica de las que los asociados pretenden asumir o mantener bajo control es financiado en todo o en parte con el precio, el producto, o el provecho de delito, la pena establecida en los incisos precedentes es aumentada de un tercio a la mitad.

Frente al condenado es siempre obligatoria la confiscación de las cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito y de las cosas que son el precio, el producto, el beneficio o que constituyó su empleo.

Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a la camorra y a las otras asociaciones, localmente nominadas, que valiéndose de la fuerza intimidatoria del vínculo asociativo persiguen intenciones correspondientes a aquellas de las asociaciones de tipo mafioso."

El art. 416 bis fue introducido en el art. 1 L. 13.09.1982 n. 646, a fin de llenar la pretendida laguna legislativa en orden a la represión de la asociación de tipo mafiosa de específica autonomía connotativa.

Es menester subrayar ante todo como el art. 416 bis para bien o para mal representa una norma cardinal en el sistema italiano en la lucha contra el crimen organizado.

La especificación del fenómeno de tipo mafioso, endémicamente inserto en una vasta parte del territorio italiano, es objeto de indagación cuidadosa y multidisciplinaria desde perspectiva histórica, sociológica, política, ha generado no solo una respuesta *ad hoc* legislativa, sino sobre todo una copiosa literatura jurídica y penalista, inspirada en el tema.

En dicha norma, entre otras, hay inserto un amontonamiento de disposiciones penales y no penales, mezcla de los más diversos sectores del ordenamiento jurídico y de la misma vida de relación, convencionalmente agrupadas bajo la etiquetan de lucha contra la mafia que de hecho ha determinado una perdida de adhesión frente a la totalidad del fenómeno. Otro tanto sucede por el continuo y confuso sucederse de una normativa primer y segundo grado poco inspirada en cánones de coherencia intrasistemática.

Por otra parte, como una confirmación del carácter emblemático del art. 416 bis, se debe remarcar que la norma ha determinado un curioso fenómeno de exportación.

En efecto, ordenamientos vecinos por tradición jurídico-cultural han introducido normas preventivas de represión en la imitación del art. 416 bis, para contraatacar más fuertemente fenómenos delictivos "nuevos", y en la conversión del carácter transaccional del crimen organizado de tipo mafioso.

En la formulación del hecho típico del art. 416 bis, el legislador ha privilegiado el recurso al método descriptivo-ejemplificativo con constantes señales en conceptos extrajurídicos, con contenido sociológico.

El esfuerzo legislativo de descripción de la conducta, según una impronta de fuerte disvalor social, es sin duda apreciable desde la óptica de reforzar la ofensividad de la conducta señalando la necesidad de la agresión a bienes jurídicos del orden público, entendido éste en sentido *material*, no de naturaleza formal. Además, la acentuación del disvalor penal, como se ha hecho notar termina por caer antes que sobre la finalidad criminal, sobre la metodología y su aparato organizativo.

Sin embargo, el ansia definitoria del legislador, sobre todo tomando conceptos sociológicos, corre el riesgo de disponer de una tutela simbólica del bien, y aún el peligro de una excesiva vaguedad de la figura, en tanto que, encontrándose las enfáticas y sugestivas formulas sustanciales en el terreno de los hechos concretos, las mismas sean presuntamente deducidos de la jurisprudencia circunstancial.

3.2.1 La conducta típica

Requisito fundamental de la asociación de tipo mafioso es la *fuerza de intimidación* del vínculo asociativo. Con ella se entiende substancialmente el *metus* del tercero en las confrontaciones con las asociaciones, conocidas por su peligrosidad intrínseca y por sus instrumentos de coacción.

Esta capacidad intimidatoria es en buena sustancia el *know-how* del que dispone la organización, *una etiqueta garantida y controlada* para aprovechar oportunamente como vía preferencial para la actuación del programa criminal.

El requisito de la intimidación es naturalmente el que acompaña típicamente la mera asociación criminal de base (art. 416) consistente como se dijo, en la organización estable.

El señalamiento textual en el art. 416 bis "al valerse de la fuerza de intimidación" milita a favor de la necesidad que la asociación de tipo mafioso haga *efectivamente* recurso en la vida cotidiana a la intimidación, y no simplemente, como quizás se ha sostenido que los asociados solo se hayan propuesto tal recurso de intimidación.

Corolario de requisito de la fuerza de intimidación es la "condición de sometimiento y de silencio" derivando su concreción de los conceptos contenidos especialmente en la jurisprudencia en tema de medidas de prevención. Sustancialmente por sometimiento se entiende la pesadilla psicológica de quien es potencialmente víctima de la intimidación, y que forma una cualidad fisiológica en las asociaciones *delinquere-terzo.*

Bien entendido, el requisito del *metus* esta presente en otras figuras criminales (ej.: extorsión, violencia sexual) y se connota por la estrecha dependencia causal con el comportamiento del sujeto activo, y se agotan en tal momento específico criminal. En la asociación de tipo mafioso por el contrario representa un estado desgraciadamente ordinario propio *r* en su patología, derivante de la fuerza intrínseca de la organización y sobre todo difundido en un circulo indeterminado de personas.

Las mismas consideraciones valen *mutatis mutandis* en orden al concepto de silencio. También el silencio es mencionable como sensación difusa de una constante no disponibilidad a colaborar con la autoridad judicial para los fines de prueba temiendo la ritorsión de la asociación mafiosa, y no como mera resistencia meramente individual.

El nucleamiento de las estructuras de la asociación se desarrolla de acuerdo a los fines que persigue. La comisión de delitos, la adquisición de modo directo o indirecto de la gestión o del control de actividad económica, de concesiones, de autorizaciones, de adjudicación y servicios públicos o la realización – en típica función de salida – de provechos o ventajas injustas para sí o para otros, constituyen las específicas intenciones de la conducta asociativa de tipo mafioso.

Según algunos autores la lista tiene un carácter meramente ejemplificativo, la orientación sin embargo, no es plenamente compatible, debiéndose retener la formulación como específica. Para la subsistencia del delito es suficiente la presencia de una sola de las finalidades indicadas y no es ni siquiera necesaria la realización de las intenciones de la asociación.

El último inciso del art. 416 bis extiende la aplicación de la norma también a "la camorra y a las otras asociaciones localmente nominadas".

Se trata bien visto de una disposición superflua desde el momento que la misma

rúbrica del art. 416 bis habla de asociaciones "de tipo mafioso", entendiendo con esto connotar desde un punto de vista sociológico una cierta tipología fenoménica, prescindiendo de la denominación.

3.2.2 Elemento subjetivo

Por cuanto concierne al elemento psicológico del crimen, éste consiste en la voluntad de formar parte de la asociación unida al conocimiento de las características de las mismas y de sus fines.

3.2.3 El concurso externo en la asociación de tipo mafioso

La configuración del concurso eventual de personas en la asociación de tipo mafioso es un problema para resolver obviamente siguiendo los principios de a la teoría general del delito pues no representan desde una perspectiva *stricto sensu* técnico-jurídica alguna especificidad.

Sirven a ese respecto las consideraciones ya expresadas en orden al art. 416 (cf. supra 3.1.4).

Sin embargo, la cuestión ha terminado por asumir un sentido cargado de significaciones socio-políticas que traspasa los confines puramente penales y asume contornos metajurídicos.

Un proceso similar se aprecia en algunas degeneraciones de la práctica aplicable jurisprudencialmente que no se hace cargo de la dilactación de la figura de la asociación de tipo mafioso a nivel normativo, y ha encontrado cómodo recurrir al instituto del concurso eventual de personas (art. 110 *et seq.*) para delinear ulteriores responsabilidades. Esto se advierte en principio con el análisis de sujetos "neutros" sospechoso en la línea de frontera entre la figura del partícipe y aquella del colateral.

Desde un punto de vista jurídico, no aparecen dificultades particulares en orden a la configuración del concurso eventual, y a la luz de los dictados del art. 110. Más problemático en cambio se presenta la posibilidad de distinguir y de allí de recortar con suficiente nitidez, el rol del partícipe y aquel del concurrente. En principio, partícipe es aquel que presta su operación en modo *estructurado y orgánico* siendo a título pleno miembro de la asociación. Concurrente es por el contrario aquel que no siendo parte de la organización se limita a proveer una contribución desde afuera en cualquier modo de soporte a la estructura y a los fines de la organización. Es obvio subrayar que una similar diferenciación conceptualmente clara, se encuentra en la realidad con los problemas de la prueba. Sobre todo si se piensa en la tradicional dificultad de los órganos investigadores en orden al descubrimiento de la sociedad criminal y a la incertidumbre sobre la posición del sujeto y en que ha consistido el aporte de la persona implicada.

En buena medida si me es permitido un juicio comprensivo crítico sobre el punto, la utilización de la figura del concurso eventual en la asociación mafiosa siempre obedece, en la lógica jurisprudencial, y con un vicio metodológico de base, a criterios de simplificación procesal y de extensión de las áreas de punibilidad. En este sentido el recurso al instituto de parte general del concurso de personas termina por ser un cómodo atajo para avalar instancias de punición de sujetos frente a los cuales no es obtenida la prueba de la inserción orgánica en la asociación. A su respecto sin embargo se esta emotivamente persuadido de la necesidad de punirlos, en la óptica de represión genérica de quienes están en las inmediaciones y se tienen por socialmente peligrosos.

En la jurisprudencia, después de oscilaciones e incertidumbres es definitivamente prevaleciente el principio, reconocido también por la *Sezioni Unite della Cassazione* (Cass, sez. Unite, 5 octubre 1994, ric. Demitry), de la admisibilidad del concurso externo. En particular "el concurrente eventual es por definición aquel que no quiere formar parte de la asociación y que la asociación no llama a formar parte, pero al

cual se dirige sea, por ejemplo, para colmar algún vacío en un determinado rol, sea sobretodo en el momento en que la "fisiología" de la asociación entra en fibrilación".

La doctrina parece en cambio mas cauta ante la evidencia que en formulación del art. 110 no está tipificado el rol del concurrente, y por tanto se corra el riesgo de incriminaciones dirigidas a conductas despojadas de cualquier aporte causal calificable.

Como ya se ha observado, en el último análisis, la tensión entre la doctrina y la jurisprudencia se reduce a la tijera entre la presunta instancia de defensa social, de la que es garante la jurisprudencia frente a formas de contigüidad política económica, y profesional con el crimen organizado y las exigencias de salvaguarda de los principios del Estado de Derecho.

3.2.4 El concurso de crímenes

Está controvertida en doctrina y jurisprudencia la problemática en orden a las relaciones entre los arts. 416 y 416 bis. La orientación que ve en el requisito de la fuerza de intimidación del el art. 416 bis un carácter sustitutivo de la organización permanente se inclina por reconocer posible el concurso entre las dos figuras delictivas. Al contrario, la tesis mayoritaria que comparto considera al art. 416 bis norma especial en virtud de reconocer al método mafioso un valor agregado respecto a la naturaleza simple de la asociación para delinquir.

3.3 Art. 416 ter (el cambio electoral político-mafioso)

Dice este artículo:

"La pena establecida en el primer inciso del artículo 416 bis se aplica a quien obtiene la promesa de votos prevista en el tercer inciso del mismo artículo 416 bis a cambio de la erogación de dinero."

La figura en cuestión está introducida en el art. 11 ter D.L. 08.06.1992 n. 306 convertido en L. 07.08.1992 n. 356. También en este caso, siguiendo un método actualmente recurrente en la génesis normativa, la disposición ha buscado fijar jurídicamente y recurriendo al abusado instrumento penal, el fenómeno social del así llamado voto de cambio, emergido preponderamente en el escenario de los últimos años de las indagaciones judiciales relativas a la individualización de las áreas de convivencia político-mafiosa.

El art. 416 ter incrimina una suerte de contrato de prestación sinalagmático de naturaleza ilítica, entre organizaciones mafiosas y poderes políticos, donde la primera se obliga a la promesa de votos a cambio de la contraprestación de erogaciones de dinero del otro contratante.

Si bien la norma no hace referencia textual a la organización de tipo mafioso la interpretación sistemática, los trabajos preparativos y el señalamiento del art. 416 bis implican la necesaria presencia de la asociación en mafiosa aquella que promete el apoyo electoral.

La prohibición de analogía en *malam partem* excluye la posibilidad de configurar el delito en caso de promesas subordinadas a la utilidad y ventaja de naturaleza económica pero que no impliquen una entrega de dinero. La práctica registra así vacíos de tutela no justificables desde una óptica político-criminal y testimonia la alevosía y escasa técnica del legislador en la formulación de la figura penal.

La canalización del sufragio electoral piloteado mediante formas ilícitas comporta, en fin, la posibilidad de tener por tutelado en la norma el bien jurídico del libre ejercicio del voto más que el clásico orden público.

4. El crimen organizado y la política criminal del futuro

El derecho penal clásico encuentra fuerte resistencia para modelar la propia estrate-

gia de prevención y represión en las confrontaciones con el crimen organizado. En efecto el modelo tradicional de ilícito penal de combate era históricamente concentrado en el delito de evento monosubjetivo, lesivo de bienes jurídicos individuales.

El crimen organizado por el contrario es por definición crimen asociativo, a menudo exteriorizado en comportamientos lícitos, agresivos de intereses supraindividuales e inmateriales, emergente de una organización ramificada y presente en el territorio gracias a la connivencia con poderes institucionales.

Pero sobre todo el crimen organizado no es definible en función del delito típico cometido; aún más, su evanecencia depende de la extrema adaptabilidad que posee y que en último análisis devela la intrínseca peligrosidad social.

En otros términos, el crimen asociativo se estructura en las formas y en los modos requeridos por el mercado. Siguiendo una óptica macroeconómica, la demanda del usuario viene seguida por el crimen organizado, que entonces invierte en la oferta de aquel servicio. De tal modo, la prestación económica ofrecida presenta requisitos de indudable apetencia para la sociedad criminal, en cuanto *in primus* es consciente de operar en una franja de mercado que requiere tal tipo de prestación.

Además el impulso negativo de que dispone (la fuerza intimidatoria poseída en la base) le permite adquirir inmediatamente una posición de supremacía dominante en el mercado.

En última instancia, los enormes provechos derivados de la gestión de los enriquecimientos ilícitos producidos como fruto de actividades criminales le permiten disfrutar de un deslumbrante rédito de posición. Desde esta óptica entonces no solo los medios económicos de los que dispone como punto de partida son extraordinarios sino que además vienen inmersos y reinvertidos en nuevos circuitos haciendo dificultoso discernir en ellos el origen ilícito.

Si se mira el panorama delictivo de los últimos años, el fenómeno aparece con toda evidencia. Prestaciones de origen lícito o ilícito requeridas por el consumidor son gerenciadas en función *exclusiva* (droga, protitución) o vicarial (cigarrillos, lotto, apuestas clandestinas) del Estado, aprovechando la confusión de la maquina de la Administración Pública.

En otro sentido se intuyen las consecuencias en términos de disfuncionalidad que tal mecanismo perverso produce en el sistema de la vida social, y marcadamente en el mercado. El peso específico alcanzado por el crimen organizado termina en efecto, por falsear la libertad del sistema económico alterando la *par condicio* y las mismas reglas de juego del mercado, de modo que los efectos negativos de la injerencia de tipo mafioso en el circuito económico-financiero se propagan en gran medida, en una suerte de diabólica reacción en cadena.

Las consideraciones que preceden explican por sí mismas cuáles tendencias deberá tener en cuenta una política criminal que quiera contrarrestar en modo inteligente en el futuro una similar patología social. Si el crimen organizado se apropia en definitiva de los espacios dejados sin la tutela del Estado y disfruta hábilmente el descontento de la opinión pública en cuanto a servicios de prestación, el desenvolvimiento de la sanción penal aparece disminuida y consecuencial.

Intervenir sobre la causa del fenómeno a través de una sabia operación *social* de prevención representa entonces un imperativo irrenunciable, el cual presupone una política penal confinada en la justa dimensión de la represión de comportamientos realmente ofensivos y no gestables a través de la constitución de ilícitos extrapenales.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.2

CUESTIONES BASICAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, DE OTRAS PERSONAS MORALES Y DE AGRUPACIONES Y ASOCIACIONES DE PERSONAS[1]

BERNARDO J. FEIJÓO SÁNCHEZ

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal que realiza comportamientos culpables – 3. La persona jurídica como sujeto u objeto peligroso – 4. Conclusión provisional – 5. Criterios de imputación – 6. Conclusiones.

1. Introducción

1. Hoy vengo a hablarles de un tema, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que les preocupa en la actualidad por la aprobación de la Lei 9.695/98 de Crimes Ambientais. En Europa esta cuestión viene ocupando la atención de la doctrina desde hace algunos años y, sobre todo, se puede considerar como un tema de moda en relación a lo que se viene denominando "Derecho penal económico" o "delincuencia de cuello blanco". En este trabajo sólo pretendo exponer algunas cuestiones dogmáticas básicas relativas a esta problemática y terminar dicha exposición dejando planteados algunos puntos conflictivos que deben ser resueltos por el legislador cuando toma la decisión de que el Derecho penal afecte de alguna manera a las personas jurídicas o entidades similares. Si las cuestiones que expondré no son resueltas expresamente por el legislador es precisa una detallada elaboración doctrinal y jurisprudencial. Más que solucionar problemas lo que pretendo en este trabajo es quedarme en el paso previo: el conocimiento de los mismos.

2. La doctrina española, la doctrina alemana – de gran influencia en el ámbito europeo continental – y la doctrina de América Latina han partido mayoritariamente del principio *societas delinquere non potest*.

Este principio se basa principalmente en que las personas jurídicas tienen incapaci-

(1) Texto de la ponencia pronunciada en la Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul el 22 de mayo de 1998.

Este trabajo ha sido realizado gracias a un Proyecto de I+D del Area de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid (España) sobre Protección penal de los recursos naturales del medio ambiente, de la flora y de la fauna y de la ordenación del territorio financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España (PB 96-0068).

Abreviaturas utilizadas: ADP, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP, Actualidad Penal; C. P., Código Penal; GA, Goltdammer's Archiv für Strafrecht; JZ, Juristenzeitung; LK, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. ed. Berlín y Nueva York, 1994; NJW, Neue Juristische Wochenschrift; ÖJZ, Österreichische Juristenzeitung; PJ, Poder Judicial, citada por n. de revista; Pte. Ponente; S., Sentencia; T. C., Tribunal Constitucional español; T. S., Tribunal Supremo español; ZStW, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, citada por n. de revista.

dad para actuar y, por tanto, para infringir normas de conducta y, además, no pueden cumplir los requisitos que desde siempre se han derivado del principio de culpabilidad. Es decir, tradicionalmente se ha partido de la idea de que las personas jurídicas carecen de capacidad de acción y de capacidad de culpabilidad.[2] Además habría una razón de eficacia: las personas jurídicas no pueden ser sentadas en el banquillo de los acusados ni pueden ser enviadas a la cárcel. Estos no son los únicos argumentos esgrimidos contra la responsabilidad penal de personas colectivas, pero son los puntos principales alrededor de los que gira la moderna discusión sobre el principio *societas delinquere non potest*. Otros argumentos no me parecen tan decisivos como éstos.

En sentido contrario, la eficacia o el pragmatismo parecen fomentar más bien la introducción en la moderna Ciencia del Derecho Penal del principio *societas delinquere potest*. Si no se pueden imponer penas privativas de libertad a estas entidades debido a la "naturaleza de las cosas" se pueden imponer otro tipo de sanciones[3] como demuestra el Derecho comparado (incluido el español) y, sobre todo, como demuestran los arts. 21 *et seq.*, de la Lei 9.695/98 de Crimes Ambientais. Sin tener en cuenta esta perspectiva pragmática no es posible entender el alcance de la moderna discusión político-criminal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina partidaria de hacer responder penalmente a las personas jurídicas no propugna dicha responsabilidad porque lo considere más justo o porque considere que las personas físicas están sufriendo un trato desigual sino por razones de utilidad y de eficacia del Derecho penal en determinados ámbitos donde da la impresión de que los instrumentos penales tradicionales se están mostrando insuficientes. Por tanto, en la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas no sólo cobran relevancia los argumentos estrictamente dogmáticos sino también la perspectiva político-criminal: ¿La única alternativa válida en la actualidad es la imposición de auténticas penas o, por el contrario, el Derecho penal puede intervenir de forma suficiente con otro tipo de instrumentos que no están siendo debidamente utilizados?

3. Por estas razones es preciso hacer una previa referencia a la realidad social y criminológica que está forzando a algunos autores y legislaciones a adoptar el principio *societas delinquere potest* o, al menos, a aceptar una cierta intervención del Derecho penal contra las personas morales.

(2) La relación de autores sería extensísima. Baste aquí hacer una referencia a la jurisprudencia española y, en concreto, a la S. T. S. de 3 de julio de 1992 (Pte. Bacigalupo Zapater) que declara – en una línea asentada ya anteriormente – que "En el Derecho penal español, la responsabilidad se fundamenta en acciones de personas físicas, por el contrario, se parte de la base – al menos hasta hoy – de que las personas jurídicas carecen, en principio, tanto de la capacidad de acción como de la capacidad de culpabilidad que requiere el Derecho penal. Ello no excluye, de todos modos, que en el derecho sancionatorio administrativo se acepte que las personas jurídicas, sociedades, etc., puedan ser objeto de sanciones, carentes de las notas propias de las sanciones penales". En el mismo sentido, S. T. S. de 2 de junio de 1993 (Pte. Moner Muñoz): "La doctrina dominante en España se manifiesta contraria a la responsabilidad de las personas jurídicas, en virtud de los principios de culpabilidad y personalidad de la penas e incluso en su incapacidad de acción, que impiden que la sanción recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica, y obliga a que únicamente respondan de los hechos las personas físicas que efectivamente los hubieren realizado".

(3) Entre otras, multas, comiso, pérdidas de beneficios fiscales, amonestaciones públicas, inhabilitaciones para obtener subvenciones, clausura o cierre definitivo o temporal de las empresas, sus locales o establecimientos, disolución de la sociedad, asociación o fundación (muerte civil), suspensión de actividades, prohibición definitiva o temporal de realizar actividades, operaciones o negocios determinados, intervención, curatela o auditoría de la empresa.

Las formas más modernas de criminalidad organizada, sobre todo la criminalidad de empresa, demuestran que a través de las personas jurídicas se puede fomentar la "irresponsabilidad penal organizada".[4] La tradicional imputación individualizada que ha venido protagonizando la imputación jurídico-penal encuentra serias dificultades ante lesiones de bienes jurídicos individuales o colectivos que tienen su origen en ciertas organizaciones humanas fuertemente jerarquizadas o con división – horizontal y vertical – de funciones y tareas. Las organizaciones humanas más complejas se caracterizan por la descentralización y diferenciación de funciones y tareas. Por ello la distribución de competencias dentro de dichas organizaciones plantea serios problemas a la hora de imputar el hecho antijurídico a una persona concreta. Un claro ejemplo de esta nueva realidad criminal son los atentados contra el medio ambiente llevados a cabo por empresas contaminantes.[5] En estos casos los trabajadores que contaminan directamente ni tienen capacidad de decisión ni la información suficiente y los que tienen la capacidad de decisión y la información son personas que se encuentran muy alejadas física y temporalmente de la lesión.

Por otro lado, los estudios sobre criminalidad de la empresa demuestran que resulta difícil reconducir la lesión a una decisión individual. Más bien suele ser fruto de un proceso de acumulación de un *management* defectuoso o de una determinada actitud, ética o filosofía empresarial.[6] De hecho las posiciones más recientes que propugnan la responsabilidad de las personas jurídicas insisten en que el fundamento de la "culpabilidad de la corporación" reside precisamente en esta actitud, ética o filosofía empresarial criminógena.[7] Ha surgido la necesidad político-criminal de luchar contra un determinado tipo de dirección, actitud, ética o filosofía empresarial que pone en peligro bienes jurídicos de gran relevancia social.

Existen, a mayores, bienes jurídicos como el medio ambiente que sufren los ataques más graves e intensos en relación a la actividad de empresas y no por actuaciones que se deban interpretar como estrictamente individuales. No es una casualidad que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tenga su primera plasmación en el orde-

(4) Ehrhardt, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Berlín, 1994, p. 147 *et seq.*, 160, 193, con más referencias, se refiere a una "institucionalización de la irresponsabilidad"; Heine. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, Baden-Baden, 1995, p. 29 *et seq.*, 198; el mismo, ÖJZ 96, p. 212, con más referencias; Lampe. ZStW 106, p. 734; Otto. Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, Berlín y Nueva York, 1993, p. 7 *et seq.*; Schünemann. Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Colonia y otras, 1979, p. 30 *et seq.*; el mismo, ADP 88, p. 533, 551; el mismo, La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea, Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 573; Seelmann. NJW 90, p. 1.260 sobre los problemas de esta realidad para una efectiva protección del medio ambiente; Stratenwerth. Strafrechtlche Unternehmenshaftung?, Festschrift für Rudolf Schmitt, Tubinga, 1992, p. 301, con más referencias; Volk. JZ 93, p. 430.

(5) Por ejemplo, el Consejo de Europa en la Resolución (77) 28 relativa a la contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente recomienda en su párrafo segundo el reexamen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a fin de examinar especialmente la introducción de ciertos casos de responsabilidad penal de las personas morales privadas o públicas.

(6) Con mayor profundidad y añadiendo otras consideraciones, Gracia Martin. AP 93-2, p. 593 *et seq.*, con más referencias.

(7) Vid. infra 3. 4 mi opinión sobre cómo debe combatir el ordenamiento jurídico-penal esta contrastada realidad criminológica.

namiento jurídico brasileño mediante una Lei de Crimes Ambientais. El medio ambiente se ve más en peligro por actividades colectivas que por actuaciones individuales.

Es preciso que el Derecho penal tenga en cuenta esta realidad social para cumplir su función tuitiva y adopte un instrumental jurídico adecuado para tratar y superar de forma satisfactoria estos problemas.

4. Esta necesidad de medios eficaces para luchar contra la delincuencia empresarial ha hecho que en los sistemas jurídicos anglosajones (Reino Unido, Irlanda, Estados Unidos, Australia, Canadá) se admita tradicionalmente sin muchos problemas la responsabilidad penal de las personas jurídicas.[8] En Japón y Corea también se ha admitido debido a la poderosa influencia del Derecho norteamericano. Pero otros países de Europa continental (menos influenciados por la ciencia jurídico-penal alemana y los principios del idealismo y menos limitados constitucionalmente por el principio de culpabilidad) como Holanda[9] y más recientemente Noruega,[10] Francia tras la reforma del Código Penal de 1992 (en vigor desde el 1 de marzo de 1994)[11] y Dinamarca desde 1996[12] han acogido pe-

(8) Hay que recordar que en el sistema anglosajón existe la doctrina de la *strict liability* que permite el castigo para ciertos delitos (*mala prohibita* y no *mala in se*) sin exigir *mens rea* (culpabilidad). En la medida en la que un determinado sistema jurídico reconoce alguna modalidad de responsabilidad objetiva es más fácil que asuma sin muchos problemas la responsabilidad penal de las personas jurídicas como responsabilidad penal por un hecho de otro (*vicarious liability*).

(9) Art. 51. Este precepto establece: 1. Los delitos pueden ser cometidos por personas físicas o por personas jurídicas. 2. En el caso de un delito cometido por una persona jurídica, pueden ser perseguidas y sancionadas: 1. la empresa, o 2. la persona que haya realizado el delito, así como la persona que haya favorecido la comisión del mismo, o 3. cualquiera de los sujetos a la vez. Sobre la situación holandesa, De Doelder, La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda, Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 497 *et seq.*

(10) Arts. 48 a) y 48 b). Sobre la regulación noruega vid. Rostad, Las multas a las personas jurídicas. Breve esbozo del sistema noruego, Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 521 *et seq.*

(11) Art. 121.2: "Las personas morales, con la exclusión del Estado, son responsables penalmente, en los casos previstos por la ley, de las infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos o representantes. Los colectivos territoriales y sus agrupaciones no son responsables penalmente más que de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de delegación de un servicio público. La responsabilidad penal de las personas morales no excluye la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos".

(12) Capítulo Quinto. Es preciso llamar aquí la atención en el siguiente dato que puede ser interesante de cara a la actual situación legislativa brasileña: la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue recogida inicialmente en la Ley de Protección del Medio Ambiente n. 358 de 6 de junio de 1991.

Los preceptos de estas disposiciones generales del Capítulo Quinto del C. P. danés introducidas en 1996 rezan de la siguiente manera:

"§ 25. Una persona jurídica puede ser punible con una pena de multa, si ello se encuentra legalmente previsto o dispuesto en virtud de una ley.

§ 26. 1. A los efectos de las disposiciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se considerarán como tales – si no se ha dispuesto nada distinto – toda persona jurídica, incluidas las sociedades por acciones, las sociedades de responsabilidad limitada y cooperativas, sociedades mercantiles, fundaciones, asociaciones, sociedades de bienes, los municipios y autoridades estatales.

2. También se considerarán como tales las empresas de un solo propietario en la medida en que por su tamaño y forma de organización puedan ser equiparadas a las empresas mencionadas en el párrafo primero de este artículo.

§ 27. 1. La punibilidad de una persona jurídica presupone que en el marco de su

nas para personas jurídicas.[13] De esta manera se ha ampliado el concepto de sujeto activo del delito en estos ordenamientos. Ya no sólo se entiende que puede ser sujeto activo del delito o sujeto de imputación jurídico-penal la persona física sino también la persona jurídica.

Otros ordenamientos han acogido otras vías sancionatorias como la intervención del Derecho administrativo sancionador que utiliza preferentemente las sanciones pecuniarias. En el ámbito del Derecho administrativo se ha acogido sin problemas en diversas legislaciones europeas como en Alemania, Portugal,[14] Bélgica o Italia[15] la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas aunque el principio de culpabilidad tenga un reconocimiento expreso en la constitución o en la doctrina del Tribunal Constitucional de estos países. Incluso se imponen sanciones administrativas aunque en el seno de la persona jurídica se haya realizado un delito, como sucede en Alemania. El Derecho comunitario (europeo) también establece la posibilidad en algunos supuestos de imponer cuantiosas multas a personas jurídicas.

organización se haya realizado un hecho punible que pueda ser imputado a una o varias personas empleadas en la misma o a la persona jurídica misma.

2. Los municipios y autoridades estatales sólo son punibles en virtud de hechos punibles cometidos en el marco de una actividad equiparable a una actividad que pueda ser realizada por particulares o que le sea equiparable."

(13) Es preciso resaltar aquí de cara al lector brasileño poco familiarizado con la realidad jurídica europea, que aunque tradicionalmente se resalten las grandes diferencias entre el sistema del *Common Law* y el sistema de codificaciones inspirado en el movimiento codificador francés y en pensamiento filosófico-dogmático germano, los países escandinavos y los Países Bajos siempre han mostrado peculiaridades importantes dentro del gran sistema continental europeo.

(14) El art. 11 del C. P. portugués establece que "salvo disposiçao em contrário, só as pessoas singulares sao susceptíveis de responsabilidade penal", mientras en el art. 7 del Decreto-Lei 433/82, de 27 de octubre donde se regulan las sanciones administrativas se preceptúa que "1. As coimas podem aplicar-se tanto às pessoas singulares como às pessoas colectivas, bem como às associacioes sem personalidade jurídica. 2. As pessoas colectivas ou equiparadas serao responsáveis pelas contra-ordenaçoes praticadas pelos seus órgaos no exercício das suas funçoes".

El legislador penal portugués ha dejado la puerta abierta para la responsabilidad penal de las personas colectivas.

Cabe hacer aquí una breve referencia a la creación de un Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea que ha sido realizado por un grupo de expertos[16] dentro del proyecto "Espacio judicial europeo" convocado por la Dirección General de Control Financiero de la Unión Europea y que tiene la finalidad de introducir desde el Derecho comunitario disposiciones penales y procesales para la mejor protección del presupuesto comunitario. El art. 14 de este Corpus Iuris[17] establece la responsabili-

(15) Sobre ciertas peculiaridades del sistema belga e italiano, Zugaldia Espinar, Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, La responsabilidad penal de las sociedades, Cuadernos de Derecho Judicial 1994, p. 86 *et seq.* y Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas, Empresa y delito en el nuevo Código Penal, Cuadernos de Derecho Judicial 1997, p. 230 *et seq.*

(16) E. Bacigalupo (Madrid), M. Delmas-Marty (Paris), G. Grasso (Catania), N. Jareborg (Upsala), K. Tiedemann (Friburgo) y Ch. Van Den Wyngaert (Amberes).

Sobre este Corpus Iuris europeo, Choclan Montalvo, La Ley 1988, Cuadernillos n. 4475 y 4476 (sobre la responsabilidad de las personas jurídicas n. 4476, p. 3).

(17) Art. 14: Responsabilidad penal de las entidades colectivas

1. Serán igualmente responsables de las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1-8) las entidades colectivas que tuvieran personalidad jurídica, así como las que tuvieran la calidad de sujeto del derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando la infracción hubiera sido realizada por cuenta

dad penal, directa e independiente de los representantes de las personas jurídicas con carácter general. Esta responsabilidad es un desarrollo de la política legislativa comunitaria, ya contenida en los arts. 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y reafirmada por la práctica de la Comisión y la constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.[18] En este contexto del Derecho penal europeo cabe hacer alguna referencia también a la Recomendación n. R (88) 18, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 20 de octubre de 1988 que postula una serie de respuestas adecuadas al creciente número de infracciones penales cometidas en el ejercicio de las actividades de la empresa: 1. La apreciación de la responsabilidad penal y la aplicación de sanciones penales a las empresas, cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de su culpabilidad, las consecuencias para la sociedad y la necesidad de prevenir otras infracciones lo exijan. 2. La aplicación de otros sistemas de responsabilidad y sanciones como las aplicables por autoridades administrativas que son sometidas a control judicial.

5. A pesar de esta tendencia que se puede apreciar en el Derecho comparado no se han visto superadas las objeciones tradicionales a la responsabilidad penal de las personas jurídicas relacionadas con los conceptos de acción y culpabilidad en aquellos países cuyo Derecho penal se ve condicionado por una visión espiritualizada o idealista del principio de culpabilidad como principio político-criminal básico o principio de imputación jurídico-penal irrenunciable. Se entiende que una de las consecuencias del principio de culpabilidad en su sentido tradicional es, precisamente, la vigencia del principio *societas delinquere non potest*. En realidad, la cuestión de fondo no es si la persona jurídica puede ser sujeto de imputación, lo cual es obvio en otras ramas del ordenamiento jurídico, sino si es legítimo resolver ciertos conflictos imponiéndole una pena a las personas jurídicas que ni tienen capacidad de decidir por sí mismas ni se les reconoce alternativas de comportamiento con respecto a las decisiones de sus órganos directivos. Es decir, se trata de un específico problema jurídico-penal o político-criminal independiente de las consideraciones que se puedan hacer en otras ramas del ordenamiento jurídico.

Partiendo de estas consideraciones, no se ha logrado todavía, en mi opinión, superar el inconveniente de que la culpabilidad de las personas jurídicas es siempre culpabilidad por el hecho o la decisión de otro.[19]

del ente colectivo por un órgano, un representante o cualquier persona que hubiera actuado en nombre propio o con un poder de decisión de derecho o de hecho.

2. La responsabilidad penal de las entidades colectivas no excluirá la de las personas físicas, autores, inductores o cómplices de los mismos hechos.

(18) Sobre esta cuestión, en profundidad, Bacigalupo Saggese, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, 1997, p. 323 *et seq.*

(19) En el mismo sentido: Bajo Fernandez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual, La responsabilidad penal de las sociedades, Cuadernos de Derecho Judicial 1994, p. 117; el mismo, Derecho penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales, Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 70 *et seq.*; el mismo, Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas, Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menendez IV, Madrid, 1996, p. 5.101; Cobo Del Rosal/Vives Anton, Derecho penal, parte general, 4. ed. Valencia, 1996, p. 324 *et seq.*; Duek Marques, A responsabilidade da pessoa juridica por ofensa ao meio ammbiente, Boletín IBCCrim n. 65 (1998), p. 6; Perez Manzano, AP 95 n. 2, p. 23: "ni la capacidad de acción ni la capacidad de culpabilidad se pueden tomar prestadas de terceros"; Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I, 3. ed. Munich, 1997, 8/62 (existe una traducción de la 2. ed. alemana de Luzon Peña, Diaz y Garcia Conlledo, De Vicente Remesal, Derecho penal, parte general, Madrid, 1997); Schünemann, (Punibilidad, nota 4), p. 585; el mismo, LK, 14/78.

Tiene también razón, en mi opinión, Gracia Martin, AP 93-2, p. 598, cuando resalta en esta materia algo que debería ser evidente: en el hecho penal que justifica la reacción jurídi-

Pensemos en el ejemplo del representante de un menor que actúa en nombre de éste y realiza un delito en provecho de éste. No parece que nadie esté dispuesto a imputar al menor el hecho injusto y culpable realizado por el representante. ¿Porqué con las personas jurídicas la solución tiene que ser distinta? ¿Qué es lo que diferencia un supuesto del otro? ¿Exclusivamente la realidad criminológica expuesta supra 1. 3?

6. Una clara muestra del estado de la cuestión en Europa es la polémica existente actualmente en España en relación al nuevo art. 129 del Código Penal de 1995[20]

co-penal "deben estar comprendidos la totalidad de los elementos determinantes de la sanción y en la medida en que la determinación de ésta no puede fundamentarse ni graduarse en función de presupuestos extraños a la persona jurídica en cuanto destinataria de la sanción".

(20) Resume el estado de la discusión Zugaldia Espinar, (Medio ambiente, nota 15), p. 221 *et seq.*

El art. 129 del C. P. español establece: El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se hata cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

– que modifica la situación anterior del Derecho español equivalente a la de los ordenamientos alemán y portugués.[21] Para la doctrina mayoritaria el hecho de que se contemplen ciertas consecuencias jurídicas potestativas para personas jurídicas cuando sus representantes han cometido un delito en el marco de dicha representación no tiene como consecuencia necesaria que esas consecuencias se tengan que entender como penas. Puede tratarse de medidas de seguridad o de medidas equivalentes funcionalmente a las medidas de seguridad. El legislador español, al calificar dichas consecuencias jurídicas para personas colectivas, ha sido cauto adoptando una posición ecléctica y ha preferido denominarlas "consecuencias accesorias" partiendo de la idea de que estas consecuencias presentan diferencias considerables con respecto a las penas y medidas de seguridad reguladas en preceptos anteriores. Al lado de estas consecuencias jurídicas para empresas, sociedades, asociaciones o fundaciones se contempla también como consecuencia accesoria el comiso de los efectos y ganacias provenientes del delito y de los instrumentos con que se haya ejecutado. De hecho algún autor español ha considerado estas "consecuencias accesorias" relativas a sociedades, empresas, fundaciones o asociaciones como una modalidad de comiso.

Por lo que he podido apreciar en la literatura brasileña, a pesar de que el legislador ha sido menos cauto, también existe una viva polémica sobre la naturaleza de

(21) Es preciso señalar que la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas se ve beneficiada en España por una cierta admisión de la responsabilidad objetiva en el marco del Derecho administrativo-sancionador que difícilmente sería compatible con las exigencias del principio de culpabilidad en materia penal.

las consecuencias jurídicas para personas jurídicas. Por ello creo que es preciso detenernos en esta cuestión de la naturaleza jurídica desde una perspectiva tanto dogmática como político-criminal.

7. La discusión sobre la naturaleza jurídica de la intervención del Derecho penal en este ámbito no es puramente nominal o una cuestión de etiquetas. Sobre todo porque los hechos que fundamentan la consecuencia jurídica en un supuesto u otro son distintos: el hecho ya realizado o los futuros hechos prognosticados. Y, de acuerdo con esto, los criterios de imputación y los criterios para determinar la intensidad de la sanción varían completamente en función de que se retribuya un hecho anterior (culpabilidad) o se pretendan prevenir hechos futuros (peligrosidad). Los medios que están a disposición del juez penal no se diferencian por su sentido externo-naturalístico (limitación de derechos) sino por su contenido de sentido normativo-valorativo.[22] Si el fundamento es la culpabilidad, por muy elevada que sea la probabilidad de que se puedan realizar hechos similares no existirá sanción si no existe un hecho digno de retribución. Si el fundamento es la peligrosidad, no existirá medida por muy grave que sea el hecho realizado si se trata de un hecho puntual que no se volverá a repetir.

Dos son, pues, los caminos que conoce hasta ahora el Derecho penal para imponer determinadas consecuencias jurídicas a las personas morales:[23]

a) entender que son sujetos susceptibles de imputación jurídico-penal y que se les puede imponer una pena como reacción a sus acciones culpables, o bien,

b) entender que sólo se le pueden imponer medidas de seguridad ya que son sujetos no susceptibles de ser objeto de un juicio de reproche. En este caso, desde el punto de vista del Derecho penal, la entidad colectiva puede ser entendida como sujeto de la acción típica y antijurídica u objeto o instrumento de la acción típica y antijurídica de la persona física. El primer camino obliga a modificar las bases de la moderna teoría jurídica del delito con respecto al concepto de acción (aunque no al de culpabilidad que es el más importante). El segundo, sobre todo si la persona jurídica se define como objeto o instrumento del delito, es compatible con los principios político-criminales básicos y los principios de imputación que la Ciencia del Derecho Penal mantiene en la actualidad.

Es preciso analizar estas cuestiones con una mayor profundidad. El centro de estas reflexiones es más bien desvelar la cuestión teórica fundamental, optando con ello por una determinada línea político-criminal. Ello nos servirá para valorar positivamente el Derecho positivo – sea cual sea el ordenamiento objeto de análisis – o para adoptar una postura crítica frente a la decisión del legislador.

2. La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal que realiza comportamientos culpables

1. Esta primera opción parece ser la adoptada por el legislador en la Lei 9.605/98 de Crimes Ambientais. El art. 3 declara la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si bien es cierto que esta declaración no sería suficiente para entender que las personas jurídicas realizan acciones culpables y que las consecuencias contempladas para

(22) Feijóo Sanchez, El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995, Madrid, 1997, p. 31, con más referencias.

(23) Aquí dejo de lado la problemática de la "reparación" como "tercera vía" por tratarse más bien de un sustitutivo de la pena de prisión o de una medida de corrección para jóvenes y no afecta de forma primordial al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Vid. por todos, sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación", Silva Sanchez, PJ n. 45, p. 183 *et seq.*, que, en mi opinión, plantea la cuestión en sus justos términos.

ellas son auténticas penas y no son más bien medidas de seguridad que intentan prevenir peligros para bienes jurídicos de cara al futuro,[24] hay otros datos en la ley que, en mi opinión, favorecen esta interpretación:[25]

a) La ley define las consecuencias jurídicas para las personas jurídicas como penas (arts. 21 y 22). El legislador no ha utilizado otro tipo de expresiones más equívocas o menos claras como la de consecuencias accesorias o consecuencias jurídicas.

b) Se contempla en principio la posibilidad de aplicar sanciones aisladas o alternativas a las personas jurídicas (art. 22).

c) Al no hacerse referencia a criterios determinados para la imposición de sanciones a las personas jurídicas se presume que rigen frente a éstas los principios generales de imputación jurídico-penal. Incluso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 79, se podrían aplicar a las personas jurídicas las reglas generales del Código Penal pensadas tradicionalmente para las personas físicas.

2. En mi opinión, esta pragmática decisión político-criminal del legislador brasileño plantea serios problemas y, por ello, desde una perspectiva externa debo mostrarme crítico – posición crítica que he podido apreciar que es ampliamente compartida en Brasil.

Los intentos de reformular el principio de culpabilidad con respecto a las personas jurídicas no han sido capaces de superar la falta de equivalencia material con la culpabilidad tradicional de las personas físicas ni las objeciones de que se retorna a una mera responsabilidad objetiva incompatible con el papel tradicional del principio de culpabilidad o de que la persona jurídica no responde por su hecho sino por un hecho ajeno.[26] Intentos como el

(24) Tampoco creo que el art. 225 § 3 obligue a dicha interpretación. La referencia a sançoes penais puede ser tenida en cuenta no sólo con respecto a penas sino también con respecto a medidas de seguridad.

(25) En sentido contrario, Duek, (nota 19), p. 6, que considera que la responsabilidad de la persona jurídica no puede tener naturaleza penal, sino solamente civil o administrativa.

(26) Un buen ejemplo de lo afirmado en el texto se puede encontrar en los fundamentos jurídicos de la STC 246/1991, de 19 de diciembre. Esta sentencia afirma que "este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (STC 150/91). Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisible en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). Incluso este Tribunal ha calificado de "correcto" el principio de la responsabilidad personal por hechos propios – principio de personalidad de la pena o sanción – (STC 219/1988). Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo impida la responsabilidad directa de las personas jurídicas reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción de la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, resprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sometida al cumplimiento de dicha norma. Todo lo cual nos lleva a la conclusión de que la

de Tiedemann[27] desarrollado por su discípulo Brender[28] con la formulación de "la responsabilidad por organización o por defecto de organización" o el de

Sentencia del Tribunal Supremo que se impugna no ha lesionado el derecho a la presunción de inocencia de la demandante de amparo. En este caso, en efecto, siendo cierta y reconocida la falta de funcionamiento de las instalaciones de alarma por negligencia o comodidad de los empleados de la entidad recurrente, lo que la Sentencia impugnada lleva a cabo es una traslación de responsabilidad a la entidad bancaria en cuestión razonando su juicio de reprochabilidad en la necesidad de 'estimular el riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad'. Ni ha habido falta de actividad probatoria de unos hechos que nadie discute (...) ni la traslación del juicio de reprochabilidad en los términos descritos lesiona ningún otro derecho o principio constitucional".

Esta sentencia del T. C. presenta serios inconvenientes:

a) A pesar de que se admite que es inadmisible en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa la capacidad infractora de las personas jurídicas se basa en la mera concurrencia de los elementos objetivos del tipo en beneficio de una eficaz protección del bien jurídico. Se trata de una mera defraudación objetiva (fáctica) de expectativas. Se confunde la infracción objetiva de la norma con las reglas generales para imputar ese hecho a una persona, confundiéndose la culpabilidad por la infracción con la propia infracción.

b) Se afirma que el elemento subjetivo de la culpa se aplica de forma distinta a las personas jurídicas que a las personas físicas, pero no se explica cómo. Ello es debido a que en realidad no se aplica dicho elemento subjetivo.

c) Aunque se entienda que las personas jurídicas son ficciones jurídicas, en Derecho penal no es posible que la responsabilidad se base en ficciones. El mantenimiento de teorías de la ficción o de teorías organicistas no tiene nada que ver con los presupuestos de la responsabilidad penal que deben concurrir realmente para poder imponer una sanción.

d) De la sentencia se deriva que cualquier negligencia de un empleado acarrea responsabilidad sancionatoria para las personas jurídicas. Por tanto ésta carece de límites. Vid. infra 5. 3.

e) Se afirma que se "traslada el juicio de reprochabilidad". Es decir, se está asumiendo que se le impone a una persona (jurídica) una sanción que tiene su fundamento en el reproche hecho a otra persona (física). ¿Cabe mayor infracción del principio de culpabilidad por los hechos propios?

(27) Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán), Barcelona, 1993, p. 233 *et seq.*; el mismo, NJW 88, p. 1.171 *et seq.*; el mismo, Responsabilidad penal de personas jurídicas y otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado, La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann (coord. por Gomez Colomer y Gonzalez Cussac), Castellón de la Plana, 1997, p. 39.

Tiedemann ha vinculado la responsabilidad por organización con un modelo de responsabilidad anticipada de acuerdo con el cual se deben entender como delitos de la asociación aquellos que se ven favorecidos o facilitados por la omisión de adopción de medidas de precaución necesarias para garantizar negocios ordinarios o no delictivos. De esta manera los hechos individuales deben entenderse como delitos de la persona jurídica en virtud de ese "defecto de organización" que consiste en la omisión previa de los preparativos necesarios para evitar los hechos individuales que en realidad lesionan o que atentan directamente contra el bien jurídico. El "injusto" de la persona jurídica consiste en la inexistencia de medidas de control, organización o vigilancia.

De acuerdo en la literatura española, Zugaldia Espinar, (Medio ambiente, nota 15), p. 236 *et seq.*

En sentido crítico: Bacigalupo Saggese, (nota 18), p. 156; Gracia Martin, AP 93-2, p. 602; Heine, ÖJZ 96, p. 216, aunque llegando a las mismas conclusiones que Tiedemann con su concepto de la "culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial" como fundamento de la culpabilidad de las agrupaciones; Lampe, ZStW 106, p. 729; Perez Manzano, AP 95 n. 2, p. 22 *et seq.*; Schünemann, (Punibilidad, nota 4), p. 586 *et seq.*; el mismo, LK, 14/78.

(28) Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, Friburgo y Ber-

Hirsch[29] que considera que las personas jurídicas deben ser tratadas como las personas físicas no han tenido aceptación por parte de la doctrina dominante.[30] Se trata

lín, 1989, p. 105 *et seq.*, y *passim*. Este autor insiste en las ideas ya formuladas por Tiedemann sin añadir nuevos puntos de vista aunque utilice el término "responsabilidad principal" para desarrollar su propia visión de la "responsabilidad por organización". Según este autor el reproche a la persona jurídica reside en que su organización no se corresponde con las exigencias del Derecho. La persona jurídica tiene que reponder por la falta de una organización legalmente correcta de la corporación por parte de sus órganos de dirección.

(29) Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Opladen, 1993, p. 27 *et seq.*, y *passim* (existe una traducción de Patricia S. Ziffer en ADP 93, p. 1.099 *et seq.*); el mismo, ZStW 107 (1995), p. 285 *et seq.*; el mismo, Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?, Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich (edits. Kühne/Miyazawa), Colonia y otras, 1995, p. 25 *et seq.*

Es curioso que un finalista bastante ortodoxo como Hirsch llegue a una conclusión incompatible con la estructura prejurídica de la acción humana. Más consecuente con la "doctrina final de la acción", Gracia Martin, AP 93-2, p. 586 *et seq.*, con amplias referencias. Este autor niega capacidad de acción a las personas jurídicas en el sentido del Derecho penal. Las consecuencias de esta negación son las siguientes para este autor: "el criterio de imputación del hecho objetivo a la persona jurídica no puede tener carácter jurídico-penal sino que tendrá otra naturaleza, pues aquél no puede ser imputado a ninguna acción de la propia persona jurídica. El criterio de imputación y, por ello, el punto de vista valorativo determinante de la imputación del hecho objetivo de la persona jurídica, podrá ser diverso: riesgo objetivo, criterio del beneficio, enriquecimiento sin causa, reafirmación del derecho de los terceros de buena fe, afirmación de la validez de la apariencia jurídica, etc., pero estos criterios no tienen naturaleza jurídico-penal. De ahí tiene que resultar que la consecuencia jurídica aplicable a la persona jurídica no puede ser tampoco una sanción en sentido estricto, es decir, una reacción jurídica frente a las trasgresión de una norma de conducta y reafirmativa de la norma de determinación. Ello no supone en modo alguno negar a tales consecuencias jurídicas toda finalidad protectora de los bienes jurídicos, pues sin duda se orientan también, como las sanciones, a la protección del ordenamiento jurídico. Aquí se niega únicamente su carácter de sanción en el sentido más estricto". La consecuencia de esta argumentación es que Gracia no sólo niega la posibilidad de imponerle penas a las personas jurídicas sino también sanciones administrativas. Esta posición es desarrollada posteriormente en p. 602 *et seq.* En el mismo sentido se manifiesta posteriormente en las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, Valencia, 1996, p. 456 *et seq.*, con amplias referencias.

(30) En la misma línea de Hirsch vid. también Schroth, Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht, Giessen, 1993, *passim* (en especial p. 173 *et seq.*). La idea de Schroth de que a las personas jurídicas se les pueden imponer penas en la medida que el legislador así lo recoja ha sido duramente criticada: Lampe, ZStW 106, p. 730; Otto, (nota 4), p. 19 *et seq.*; Perez Manzano, AP 95 n. 2, p. 19; Schünemann, (Punibilidad, nota 4), p. 586, nota 55. Ya en wistra 86, p. 164 se refería Schroth a una autoría de la persona jurídica relacionada con una acción y una culpabilidad propia de la persona jurídica y en la misma línea se había manifestado el discípulo de Tiedemann Deruyck, ZStW 103 (1991), p. 725 *et seq.*

Existen otros autores alemanes, además de los ya citados, que mantienen posiciones similares considerando que se puede punir legítimamente a las personas jurídicas: Ackermann, Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen, Frankfurt y otras, 1984, en un sentido similar a Brender y Tiedemann; Alwart, ZStW 105, p. 752 *et seq.*; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 10. ed. Bielefeld, 1995, 13/15 *et seq.*, 18/27; Busch, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, Leipzig, 1933; Ehrhardt, (nota 4) en

sólo de soluciones pragmáticas influenciadas por razones de eficacia en la lucha contra cierto tipo de criminalidad que obvian los requisitos tradicionales del principio de culpabilidad más que encontrar una solución. Se puede desarrollar un concepto normativo y social o funcional de culpabilidad orientado a categorías sociales y jurídicas como expondré más abajo.[31] El problema es que esta concepción no ha tenido un desarrollo satisfactorio en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por otro lado, tesis como las de Tiedemann y Brender están pensadas para legitimar o fundamentar materialmente ciertas infracciones administrativas ya contempladas en el Derecho alemán y no para crear un sistema de imputación jurídico-penal.[32] Se deja sin resolver el específico problema jurídico-penal: la reconstrucción de la teoría jurídica del delito o del principio de culpabilidad.

La utilización de instituciones o figuras tradicionales como la comisión por omisión o la *actio libera in causa*[33] plantea problemas, ya que siempre hace falta una decisión voluntaria o libre (se entienda esa libertad o voluntad en sentido antropológico, psicológico, filosófico, metafísico, social, funcional o de otra manera). Por ejemplo, la persona jurídica carece de capacidad para evitar los injustos de sus representantes y la figura de la *actio libera in causa* sólo traslada el momento de la culpabilidad pero no aminora los requisitos de la misma. Además, para que haya una

una línea similar a la de Tiedemann aunque utilice otra terminología y señale ciertas falta de coincidencia (p. 195, nota 114 y p. 197, nota 122) que no parecen decisivas – esta autora también fundamenta la culpabilidad de la empresa en no haber combatido de forma adecuada los factores criminógenos que hacen delinquir a las personas físicas –; Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. ed. Berlín y Nueva York, 1991, 6/43 *et seq.* (existe una traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzalez de Murillo, Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, 1995); Lampe, ZStW 106, p. 731 *et seq.*, en una línea no muy alejada del pensamiento de Tiedemann; Müller, Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht, Colonia, 1985, en un sentido similar a Brender y Tiedemann; Rotberg, Für Strafe gegen Verbände!, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Tomo II, Karlsruhe, 1960, p. 193 *et seq.*; v. Weber, GA 54, p. 237 *et seq.*

(31) Jakobs, (nota 30), 6/43 *et seq.*, en consonancia con 17/18 *et seq.*

(32) Evidente en Brender, (nota 28), p. 112 *et seq.* Esta cuestión tiene importantes consecuencias. Por ejemplo, Tiedemann, NJW 88, p. 1.173, niega que se pueda dejar de imponer la sanción en casos de organización correcta, ésta carece de efectos disculpantes. La "responsabilidad por organización" desarrollada por este autor opera *iuris et de iure* en contra de la persona jurídica. Críticos con esta posición de Tiedemann: Achenbach, Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán, Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Barcelona, 1995, p. 405; Bauer, wistra 92, p. 49 *et seq.*; Militello, La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia, Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Barcelona, 1995, p. 418. Brender, (nota 28), p. 116 *et seq.*, pretende con su visión de la "responsabilidad por organización" matizar en cierta medida esta posición de Tiedemann pero materialmente su posición conduce a idénticas consecuencias. Todo esto demuestra que poco tiene que ver la idea de Tiedemann desarrollada por Brender con los requisitos de la culpabilidad. Si la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad o la exigibilidad, el poder actuar de otro modo, la motivabilidad normal o la falta de respeto o fidelidad a la norma son requisitos necesarios o fundamentos de la culpabilidad, la inimputabilidad, el desconocimiento de la antijuridicidad, la inexigibilidad, la imposibilidad de actuar de otro modo, la motivabilidad anormal o el respeto o la fidelidad al Derecho tienen efectos exculpatorios o, al menos, atenuatorios. Todo fundamento de la culpabilidad opera también como límite.

(33) En profundidad sobre esta cuestión, Bauer, wistra 92, p. 49 *et seq.*

actio libera la doctrina exige al menos previsibilidad. Como ha señalado Schünemann,[34] en la *actio libera in causa* y en el acto de embriagarse "se toma como punto de conexión en cada caso la propia culpa del autor, pero no la de un tercero" y como ha señalado un amplio sector doctrinal[35] la incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica es absoluta y no se trata de un problema temporal o de coincidencia entre la infracción de la norma y el reproche por dicha infracción. Es cierto que es posible fundamentar una posición de garantía de las personas jurídicas, pero esa es una cuestión relativa al tipo objetivo de la comisión por omisión. Hacen falta más elementos, sobre todo subjetivos como la capacidad de evitación, para imponer una pena al autor, al igual que una persona física no responde penalmente sólo por ser padre de un menor de edad o por ser médico. Por otro lado, las equiparaciones con la autoría mediata dejan al descubierto el problema de fondo: la persona jurídica es el instrumento en manos del "hombre de atrás" (la persona física que toma las decisiones que luego ejecutan otros).[36] Imaginarse a una persona jurídica instrumentalizando a sus órganos de decisión no es más que un dislate. Es cierto que en las empresas la estructura jerárquica facilita la autoría mediata, pero siempre entre personas físicas que se encuentran en diversos niveles de conocimiento y decisión. Sin embargo, esta cuestión ya no tiene que ver con la responsabilidad penal de las personas jurídicas sino con la tradicional responsabilidad penal de las personas físicas.

(34) (Punibilidad, nota 4), p. 588.

(35) Vid. por todos, Bacigalupo, (nota 18), p. 156; Gracia Martin, AP 93-2, p. 602; Perez Manzano, AP 95 n. 2, p. 23.

(36) Hirsch, (Straffähigkeit, nota 9), p. 10 y ZStW 107, p. 288, también reconoce que no se pueden realizar equiparaciones con la autoría mediata y la coautoría. La equiparación con la coautoría para solventar las cuestiones relativas a la capacidad de acción ha sido realizada, entre otros, por Brender, (nota 28), p. 58, Ehrhardt, (nota 4), p. 184 y Tiedemann, NJW 88, p. 1.172.

3. De acuerdo con todas estas consideraciones estoy de acuerdo con mi compañera en la Universidad Autónoma de Madrid Bacigalupo Saggese[37] cuando concluye "que todo intento basado en la comparación entre el individuo y la persona jurídica para establecer similitudes se encuentra condenado desde el comienzo al fracaso. No sólo porque el individuo y la persona jurídica presentan dificultades insuperables, sino fundamentalmente, porque todas las categorías del delito están elaboradas a partir del individuo y de sus capacidades personales". La única solución para evitar un inadecuado trato igualitario de estados de cosas esencialmente desiguales[38] parece ser una construcción alternativa de la culpabilidad penal.[39] Pero esa propuesta todavía no existe como ya he señalado. No se trata de negar la posibilidad de su existencia o su imposibilidad ontológica, sino simplemente de constatar que, por ahora, no hay alternativa.[40] Por ello debemos buscar solución a ciertos problemas político-criminales con el instrumental clásico del Derecho penal.

Las críticas manifestadas hasta ahora pueden ser obviadas si se constituyen subsistemas jurídicos en los que de forma clara sólo la persona jurídica es sujeto de imputación y responsabilidad. Por ejemplo, en el marco del Derecho de la competencia en la Unión Europea sólo se imponen sanciones a las personas jurídicas y no a las personas físicas. Los problemas dogmáticos y de legitimidad surgen cuando se quiere hacer responder de la misma ejecución y de la misma decisión contraria a la norma a dos personas distintas. No se trata de una ejecución conjunta o de una decisión conjunta como en la coautoría, por ejemplo, sino del mismo hecho y de la misma decisión. Más allá de subsistemas sociales muy determinados no parece que se quiera hacer competente de los delitos a las personas jurídicas en lugar de a las personas físicas que actúan en nombre de aquéllas o que las utilizan.

(37) (Nota 18), p. 201.

(38) Achenbach, (nota 32), p. 403.

(39) Heine, (nota 4), p. 271 *et seq.*, y ÖJZ 96, p. 217; Volk, JZ 93, p. 435. Vid. las críticas a la posición de Heine que se formulan infra nota 61.

(40) Achenbach, (nota 32), p. 407.

4. Esta conclusión no sólo obliga a adoptar una determinada línea político-criminal cautelosa con respecto a las consecuencias jurídicas que los órganos jurisdiccionales penales pueden imponer a las personas jurídicas sino que plantea serios problemas desde el punto de vista del Derecho positivo brasileño, que es lo que en estos momentos a ustedes más les interesa. La Lei 9.605/98 de Crimes Ambientais establece criterios de imputación y reglas de determinación de la pena pensados para las personas físicas. Por ejemplo, en el art. 6 I se tienen en cuenta los motivos de la infracción para imponer y graduar la pena. O se sigue manteniendo la tradicional distinción entre dolo y culpa que – se mantenga una teoría volitiva o una teoría cognitiva o de la representación – se basa en criterios psicológicos aunque éstos sean objeto de valoración por parte del juez. Por ello es preciso hacerse preguntas como la siguiente: ¿Cómo se determina si la infracción es dolosa o culposa en los casos de órganos colegiados (art. 3)? ¿Si la mayoría ha votado con dolo o culpa? ¿Si algún miembro del órgano no ha tomado la decisión dolosamente ya no es posible imputar el hecho a título de dolo?

5. Este mantenimiento de elementos subjetivos que hacen depender la imputación a las personas jurídicas del contenido psicológico de los representantes de las mismas no sólo plantea serios problemas dogmáticos[41] sino que no soluciona ningún problema político-criminal de los que se intentan resolver con la creación del nuevo principio *societas delinquere potest* y que quedaron expuestos al principio del trabajo. Sigue siendo necesario individualizar al representante o a los miembros de los órganos colegiados para poder imputarle una pena a la persona jurídica, ya que los criterios de imposición y graduación de la pena siguen dependiendo de factores psíquicos o antropológicos. Incluso si se quiere acudir a una responsabilidad indirecta *in eligendo* o *in vigilando* para imputar el hecho es preciso individualizar a la persona física y determinar porqué en ese caso concreto se infringieron deberes de elección o de vigilancia frente a esa persona. En Derecho penal es ilegítimo constituir una ilimitada *culpa in eligendo* o *in vigilando*.

A mayores, se corre el peligro de crear nuevos problemas político-criminales además de dejar sin resolver los ya existentes. Como ha señalado el Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid Bajo Fernandez,[42] "la tendencia a la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas discurre en sentido contrario al principio del 'levantamiento del velo' de las personas jurídicas que trata de desvelar qué persona física se encuentra detrás de la actividad social, con el fin de hacerla responsable sin que la persona jurídica le sirva de escudo". La obsesión por penar a las personas jurídicas y la posibilidad de solventar con estas sanciones ciertos conflictos sociales pueden hacer olvidar a los jueces cuál es el principal responsable de la infracción de las normas y cuál es el "centro de decisión" (y, por tanto, de imputación): la persona

(41) Llama la atención que Zugaldia Espinar, (Medio ambiente, nota 15), p. 238 *et seq.*, considere que "por exigencias del principio de culpabilidad (a nivel de criterios de individualización de la pena) el juez o tribunal deberá tener en cuenta la culpabilidad de la persona jurídica valorando:

– la gravedad del delito en el que traen su causa.

– si la persona jurídica ha actuado con dolo o con imprudencia.

– en caso de que haya actuado imprudentemente, la gravedad de la imprudencia.

– la mayor o menor exigibilidad a la persona jurídica del respeto al Derecho.

– los motivos que llevaron a la persona jurídica a tomar decisión ilícita."

¿Cómo es posible llevar a cabo todo este análisis con respecto a una persona jurídica?

(42) (Hacia un nuevo Derecho penal, nota 19), p. 5.102 y (Responsabilidad penal, nota 19), p. 117.

física.[43] Como ha señalado Silva Sanchez[44] en la literatura española, "las alusiones a una supuesta voluntad colectiva no hacen sino esconder que, en realidad, es la voluntad de concretas personas individuales – las que realmente controlan – la que rige los destinos de la sociedad y, eventualmente, da lugar a la comisión de delitos. A estas personas individuales – y no al caparazón que las protege – es a quienes prioritariamente debe dirigirse la intervención jurídico-penal". No deja de ser curioso que las doctrinas civilista y mercantilista con el apoyo de la Jurisprudencia pretendan superar la radical diferenciación formal entre responsabilidad civil de la persona física y responsabilidad civil de las personas jurídicas por razones materiales mediante teorías como la de "rasgar el velo" y que ciertos penalistas inicien ahora una trayectoria contraria en relación a la responsabilidad penal. La realidad jurídica (aplicación judicial del Derecho) y la realidad social se mueven en estos momentos en un sentido contrario al de la consideración de la persona jurídica como un ente con responsabilidad independiente de la persona física.

El legislador brasileño ha puesto en serio peligro principios político-criminales básicos al considerar que las personas jurídicas pueden delinquir, pero no tiene más remedio que seguir utilizando los criterios y fundamentos de legitimación del Derecho penal clásico pensado exclusivamente para la persona física. Con ello se han generado multitud de problemas que no se ven justificados por razones de eficacia o pragmatismo. En el marco del Derecho penal tradicional se pueden resolver los mismos problemas sin dejar de pisar terreno seguro o, al menos, conocido. Imponer consecuencias jurídicas más eficaces no implica necesariamente modificar el principio *societas delinquere non potest* entendido este principio en sentido estricto o modificar las teorías de la acción y de la culpabilidad.[45] El delito debe seguir siendo una acción culpable (reprochable) que precisa ser respondida con una pena. Por esta razón entiendo que las consecuencias jurídicas para personas jurídicas no deben ser penas en sentido estricto, como no lo son en el C. P. español, aunque puedan o deban ser aplicadas por el mismo órgano jurisdiccional. El Derecho penal puede intervenir contra los peligros para bienes jurídicos especialmente valiosos que se generan desde entidades colectivas sin necesidad de utilizar la pena como instrumento de retribución.[46]

Es evidente que las conclusiones de cada autor están estrechamente vinculadas a su concepción de la culpabilidad y de la función del Derecho penal. Las modernas teorías social y funcional de la culpabilidad abren posibilidades que estaban completamente vedadas en el marco de la tradicional concepción normativa de la culpabilidad tal y como fue desarrollada por el finalismo.[47] No es ninguna

(43) En sentido contrario, Rodriguez Ramos, La Ley 1996-5, p. 1.494, considera que la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas "permitirá evitar la actual condena simbólica de inocentes como instrumento necesario de una pronta y suficiente indemnización a las víctimas". No parece que las deficiencias procesales a efectos de responsabilidad civil tengan que conducir necesariamente a una responsabilidad penal de las personas jurídicas que busque la satisfacción indemnizatoria de personas perjudicadas por una actividad empresarial. Es tan ilegítimo utilizar el Derecho penal para fines indemnizatorios o de reparación civil contra personas físicas como contra personas jurídicas.

(44) Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español, Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Barcelona, 1995, p. 365.

(45) Bajo Fernandez, ADP 81, p. 376; Schünemann, (Punibilidad, nota 4), p. 588: "para legitimar sanciones especiales no se debería debilitar y vaciar el concepto de culpabilidad penal en general sino más bien buscar una legitimación especial para esta sanción especial".

(46) Sobre la pena como instrumento de retribución, Feijóo Sanchez, (nota 22), p. 59 *et seq.*

(47) Hirsch, (Straffähigkeit, nota 29), p. 16 *et seq.* Vuelvo a insistir aquí en la extrañeza que produce una posición tan "moderna" en un representante tan "clásico" de la doctrina final de la acción.

casualidad que muchos de los autores que tradicionalmente han defendido una responsabilidad penal de las personas jurídicas partan de la prevención especial o de la finalidad de defensa social basada en la peligrosidad como fundamento de la pena (v. Liszt en Alemania o Saldaña, Masaveu y Zugaldia en España).

En una obra anterior[48] he defendido un concepto normativo-valorativo de persona y un concepto normativo-valorativo de culpabilidad construido para satisfacer ciertas necesidades sociales. Partiendo de que en toda persona se presupone el respeto a las normas o, al menos, el deber de respetarlas, la culpabilidad es una falta de respeto al Derecho. Lo que se retribuye con la pena – el presupuesto de la pena – es haber puesto en entredicho las normas como reglas vinculantes de comportamiento y haber atentado así contra la confianza de la población en las mismas. Una persona es culpable cuando no se ha dejado motivar por las normas y dicha falta de respeto sólo es imputable a esa persona (no es debida, por ejemplo, a una enfermedad, a falta de madurez, a una situación de miedo o a una regulación o doctrina jurisprudencial que se modifica demasiado rápido). Los criterios o parámetros para imputar esa falta de respeto son una decisión político-criminal plasmada en la Parte General de cada ordenamiento punitivo nacional. El Derecho penal cuando impone una pena restablece la lesión que el autor ha producido al ordenamiento con su falta de respeto la norma. No se trata simplemente de una lesión fáctica o empírica, sino normativa o comunicativa (una lesión de valores). En pocas palabras, el Derecho penal cumple una función de prevención general positiva. Esta concepción que he mantenido de la culpabilidad y de la misión del Derecho penal me conduce a una renuncia de la pena como instrumento de retribución frente a las personas morales. La falta de respeto al Derecho sólo puede ser imputada, en mi opinión, a personas físicas. Quien dispone en exclusiva de la competencia o incumbencia para tomar decisiones en contra de las normas es la persona física. Las personas individuales son las únicas susceptibles de motivarse en su fuero interno de acuerdo con lo prescrito por el Derecho. La persona jurídica sólo es un instrumento en sus manos por la propia "naturaleza de las cosas", por la entidad material de las personas jurídicas como patrimonio y por los principios organizativos de nuestra sociedad antropocéntrica. Evidentemente, otros autores llegan a la misma conclusión desde otros puntos de vista y hay autores que compartiendo la misma visión de la función del Derecho penal llegan a conclusiones contrarias a las aquí mantenidas.

6. En la doctrina española Bacigalupo Saggese[49] – desde el punto de vista de la prevención general positiva – y Zugaldia Espinar – [50] desde la perspectiva de la prevención especial – han intentado demostrar que la única forma de cumplir con las garantías constitucionales que rigen con respecto al Derecho sancionador es considerar que las denominadas consecuencias accesorias recientemente introducidas en el Derecho penal español (art. 129 C. P.) no son sino penas en el sentido estricto del término. Si estos autores tuvieran razón se podría renunciar a toda la argumentación anterior. Pero no creo que ello tenga que ser así. Desde luego esta no es una objeción asumible desde el punto de vista procesal, pero es preciso analizar si lo sería desde un punto de vista material.

La aplicación de medidas de seguridad por parte de órganos jurisdiccionales penales no sólo supone una mayor garantía para las personas susceptibles de sufrir una consecuencia jurídica, sino también supone una garantía para la sociedad por la situación de independencia de los jueces y magistrados. La administración se puede ver presionada por poderosos grupos económicos o tener una comunidad de intereses con ciertas personas jurídicas peligrosas para los bienes jurídicos de los ciudadanos. El recurso al procedimiento penal permite soluciones más garantistas e independien-

En España los partidarios más ortodoxos de la "doctrina final de la acción" como Cerezo Mir y su discípulo Gracia Martin mantienen, coherentemente, la posición contraria. Vid. notas 29 y 64.

(48) Feijóo Sanchez, (nota 22), p. 44 *et seq.*

(49) (Nota 18), p. 268 *et seq.*

(50) (Capacidad de acción, nota 15), p. 81 *et seq.*, Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después), Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 723 *et seq.*, (Medio ambiente, nota 15), p. 226 *et seq.*

tes que la imposición de sanciones administrativas.[51] En un trabajo anterior[52] ya señalé como las medidas de seguridad *strictu sensu* no son más que medidas de índole preventivo-policial aplicadas por un órgano jurisdiccional penal como garantía por la propensión que puede tener el Estado a manipular la función de las medidas y la facilidad de dicha manipulación en los supuestos de una consecuencia jurídica que no retribuye un hecho anterior, sino que únicamente tiene como objetivo prevenir futuros peligros para bienes jurídicos.

En mi opinión, el argumento crítico más interesante de estos autores es el siguiente: considerar que el fundamento de las consecuencias jurídicas para entidades colectivas reside sólo en privar a la persona física del instrumento del delito tiene como consecuencia que se considere a la persona jurídica un "objeto" (al igual que la pistola con la que se comete un homicidio). Ello tiene para estos autores una consecuencia inadmisible: las sanciones en ningún caso deben afectar a terceros y la persona jurídica es un tercero que tiene su propia personalidad y culpabilidad. Sin embargo, la referencia a la culpabilidad es una petición de principio que, como ya hemos visto, no está aceptada por la doctrina mayoritaria y es, precisamente, lo que tienen que demostrar estos autores con su argumentación. Y las medidas de seguridad en muchas ocasiones pueden afectar a "personas inocentes" sin que por ello se vean afectados en su contenido esencial su dignidad y su estatus de ciudadano. Por ejemplo, si en una localidad se detecta una epidemia que amenaza con extenderse a todo el país (entre personas o sólo entre animales) el Estado está legitimado para adoptar medidas de seguridad o medidas policiales limitadoras de la libertad encaminadas a evitar que las personas o sus cosas sean peligrosas para terceros. Los afectados por las medidas ven limitados sus derechos por su "peligrosidad" y no por su culpabilidad (por ser sus cuerpos cosas peligrosas para terceros). En estos casos no dejan de ser tratados como personas sino que las garantías que limitan una excesiva intervención estatal están relacionadas con los principios de proporcionalidad, de necesidad o de prohibición de exceso.[53] Estos principios no son, de partida, menos garantistas que el principio de culpabilidad, sino que operan frente a restricciones de derechos que tienen un fundamento distinto que la culpabilidad penal. Por tanto, considero que no es obligatorio llegar a la conclusión de que las penas en sentido estricto implican mayores garantías que otras "sanciones penales". Es más, las personas jurídicas carentes de peligrosidad no se verán afectadas por una resolución judicial si el aplicador del Derecho tiene sólo en cuenta la necesidad de prevenir futuros peligros para bienes jurídicos y no la necesidad de retribuir una infracción de la norma de conducta.

(51) Heine, ÖJZ 96, p. 216.

(52) Feijóo Sanchez, (nota 22), p. 31, con más referencias.

(53) Feijóo Sanchez, (nota 22), p. 31, con más referencias.

3. La persona jurídica como sujeto u objeto peligroso

1. En la moderna Ciencia del Derecho Penal se encuentra bastante extendida la idea de que las consecuencias jurídico-penales[54] para las personas jurídicas deben entenderse como medidas de seguridad o como consecuencias de naturaleza similar. Unas veces se manifiesta esta opinión de forma expresa[55] y otras veces

(54) Se deja aquí de lado, evidentemente, la cuestión de las sanciones administrativas.

(55) En este sentido, vid. por todos, Anton Oneca, Derecho penal, tomo I, parte general, Madrid, 1949, p. 154 *et seq.*; Bajo Fernandez, ADP 81, p. 375; Mir Puig, Derecho penal, parte general, 4. ed. Barcelona, 1996, 7/59, señalando como le parece que la generalización y perfeccionamiento de las medidas preventivas, siguiendo la opinión española dominante, es "el camino adecuado para neutralizar la especial peligrosidad de la delincuencia enmascarada tras una persona jurídica"; Muñoz

se encuentra de forma implícita en la opinión de algunos autores.

Un ejemplo con respecto a esta cuestión sería la legitimación de las sanciones a las personas jurídicas que desde el año 1979 viene realizando Schünemann[56] basada en un estado de necesidad de prevención y en un estado de necesidad del bien jurídico debido a la actitud criminal de la organización o agrupación que recuerda al fundamento de las medidas de seguridad. Este autor señala como "este estado de necesidad preventivo puede legitimar una sanción independiente de la culpabilidad similar a las viejas conocidas medidas de seguridad y corrección penales".[57] Si se sustituye el reproche ético-social (en un sentido tradicional) o la reacción a la falta de respeto o de fidelidad a la norma (en sentido funcional) por el exclusivo interés social en prevenir peligros para bienes jurídicos o actitudes peligrosas para bienes jurídicos abandonamos el Derecho penal de culpabilidad y nos pasamos al Derecho de medidas. Este autor señala como "una medida penal de necesidad de este tipo no tiene nada que ver con la imputación de la culpa, no puede ésta apoyarse en la ficción de una 'cuasi-culpabilidad', sino solamente en consideraciones similares al estado de necesidad".[58] Según este autor alemán en el ámbito de la criminalidad de empresa el estado de necesidad del bien jurídico surge de la debilidad de la eficacia preventiva del Derecho penal en este ámbito.[59] Se trataría de una situación en la que pese a no existir culpabilidad es preciso adoptar alguna medida para proteger bienes jurídicos. Esta idea de Schünemann pretende prevenir la peligrosidad que supone la "irresponsabilidad organizada" o la carencia de una adecuada organización empresarial. De acuerdo con esta idea el hecho que determina la imposición de la consecuencia jurídica a la persona jurídica no sería el hecho individual de la persona física sino la expresión de la actitud de la entidad. Esta actitud criminal es la que se pretende combatir con la imposición de ciertas consecuencias jurídicas a las personas morales.[60] Este autor establece,

Conde/Garcia Aran, Derecho penal, parte general, 2. ed. Valencia, 1996, p. 237, consideran que se trata de "medidas civiles o administrativas"; Otto, (nota 4), p. 28 *et seq.*; Octavio de Toledo y Ubieto, ADP 84, p. 32 *et seq.*; Rodriguez Mourullo, Derecho penal, parte general, Madrid, 1978, p. 230 *et seq.*; Silva Sanchez, (nota 44), p. 367, con más referencias en p. 361: "las sanciones a las empresas que propone mayoritariamente la doctrina española son expresión de una pretensión inocuizadora"; Stratenwerth, (nota 4), p. 302 *et seq.*, considerando que las medidas para personas jurídicas no sólo cumplen la tradicional función de prevención especial sino también una función de prevención general.

En sentido contrario, aunque desde perspectivas diferentes, Perez Manzano, AP 95 n. 2, p. 27; Zugaldia Espinar, (Medio ambiente, nota 15), p. 227 *et seq.*; Militello, (nota 32), p. 416 resume las objeciones que se han formulado en Italia a esta posición.

(56) (Unternehmenskriminalität, nota 4), p. 235 *et seq.*; wistra 82, p. 49 *et seq.*; ADP 88, p. 551 *et seq.*; (Punibilidad, nota 4), p. 588 *et seq.*; LK, 14/78.

De acuerdo con este autor en la literatura española Bajo Fernandez, (Hacia un nuevo Derecho penal, nota 19), p. 5101 y (Responsabilidad penal, nota 19), p. 115.

La opinión de Schünemann ha sufrido variaciones a lo largo de todos estos años. Por ejemplo, en la actualidad ya no considera que sólo se deban imponer sanciones a las personas jurídicas cuando no se conoce al autor individual. Los detalles de esta evolución no pueden ser expuestos en un trabajo de estas características. En el texto simplemente se hace referencia a los elementos esenciales de su pensamiento que ha tenido gran influencia en la moderna discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

(57) (Punibilidad, nota 4), p. 589.

(58) Wistra 82, p. 50 y ADP 88, p. 553. En sentido contrario, Brender, (nota 28), p. 95 *et seq.*; Ehrhardt, (nota 4), p. 85.

(59) Wistra 82, p. 50, (Unternehmenskriminalität, nota 4), p. 232 *et seq.* y ADP 88, p. 551 *et seq.*

(60) De acuerdo, Brender, (nota 28), p. 7 *et seq.*, con matices: "una corporación con una actitud criminal supone un peligro especial por-

además, principios limitadores estrechamente vinculados a las medidas de seguridad o que al menos suelen operar como límites de las mismas: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en relación a la protección de bienes jurídicos.

2. En este sentido se podría desarrollar un Derecho penal de las personas jurídicas[61] al igual que se reconoce la existencia de un Derecho penal de menores, de inimputables o de delincuentes profesionales o habituales peligrosos. El instrumental del Derecho penal tradicional puede posibilitar así una reacción político-criminal no sólo eficaz y adecuada sino respetuosa con las bases irrenunciables de la teoría jurídica del delito. Por ello, si se está de acuerdo en desechar una modificación del principio de culpabilidad, las alternativas utilitaristas deben buscarse en una institución a la que siempre acude el Derecho penal para solventar estas cuestiones: la medida de seguridad. La peligrosidad como presupuesto de una consecuencia jurídica es un criterio que permite las modificaciones suficientes para servir como criterio definitivo en el marco de un Derecho penal de las personas jurídicas. Es más sencillo adecuar el concepto de peligrosidad a este ámbito que el concepto de culpabilidad. El primero es mucho más flexible conceptualmente que el segundo. Esta posición tiene, además, una ventaja indudable frente a la reformulación del principio de culpabilidad. En la medida en la que se busca sobre todo prevenir hechos futuros se puede prescindir

que puede inducir a sus miembros a realizar hechos que no realizarían como individuos ajenos a la corporación"; Ehrhardt, (nota 4), p. 143 *et seq.*, en profundidad; Lampe, ZStW 106, p. 698, 708 *et seq.*, 728 *et seq.*, refiriéndose a la criminógena "filosofía de la empresa" como fundamento de la imputación.

(61) Bajo Fernandez, (Hacia un nuevo Derecho penal, nota 19), p. 5.093 *et seq.*; el mismo, (Responsabilidad penal, nota 19), p. 106 *et seq.*; Bitencourt, Responsabilidade penal da pessoa juridica à luz da constituçao federal, Boletín IBCCrim n. 65 (1998), p. 7, en relación a la propuesta de Hassemer de crear un derecho de intervenciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador; Perez Manzano, AP 95 n. 2, p. 26; Volk, JZ 93, p. 429 *et seq.*

Sin embargo, es preciso señalar que estos autores tampoco han sentado las bases para el desarrollo de dicho Derecho penal de las personas jurídicas. Por ejemplo, Perez Manzano rechaza como presupuesto de la consecuencia jurídica tanto la culpabilidad como la peligrosidad. ¿Cómo se soluciona este callejón sin salida?

La última propuesta de Heine, ÖJZ 96, p. 217 en este ámbito de una "culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial" acarrea los mismos defectos de legitimación que la tradicional "culpabilidad por la conducción de la vida". Se trata de una vuelta al Derecho penal de autor en detrimento del Derecho penal del hecho imperante en la actualidad. Por tanto, el Derecho penal sólo debe intervenir en estos casos cuando la organización defectuosa de la empresa (defectos de investigación, planificación, desarrollo, producción y organización) acarree peligros para bienes jurídicos en el futuro. No comparto, pues, la idea de este autor de que de esta manera se elude la utilización de la vía de las medidas de seguridad y se constituye una auténtica culpabilidad de la empresa.

Lo mismo cabe decir de la revitalización de la "culpabilidad por el carácter" que intenta desarrollar Lampe, ZStW 106, p. 731 *et seq.*, en este ámbito. Vid. infra 3. 5 las referencias a la lucha político-criminal contra la "actitud criminal" de la empresa.

Como se puede apreciar de forma muy clara en Otto, por ejemplo, la idea de Tiedemann de una "responsabilidad por defecto de la organización" es perfectamente válida para un "Derecho penal de las personas jurídicas" que no tenga una finalidad retributiva sino simplemente de prevención especial encaminada a evitar futuros peligros para bienes jurídicos. Por tanto, muchas de las ideas expuestas por los partidarios de la imposición de penas a las personas jurídicas son útiles para desarrollar un Derecho penal de personas jurídicas con el que se puedan imponer medidas de seguridad o consecuencias de naturaleza similar.

del dolo o culpa de la persona física, de su conocimiento de la antijuridicidad o de sus motivos para infringir la norma penal presentes en el hecho anterior. Estos datos subjetivos, psicológicos o antropológicos no tienen que ser necesarios para decidir la imposición de una medida que pretende prevenir futuros peligros ni para determinar la duración o alcance de la misma. Es mucho más sencillo desarrollar criterios de imputación si pensamos en medidas de seguridad que buscan prevenir riesgos y, desde un punto de vista de la eficacia, no existen diferencias con las penas en sentido estricto. Como ha reconocido Tiedemann, la criminología moderna ha constatado casi con unanimidad "que las sanciones serían intercambiables sin que el efecto práctico varíe: sería muy importante que unas sanciones – del carácter que sean – fueran impuestas de hecho".[62] En este trabajo no pretendo negar la necesidad de la intervención del Derecho penal sino determinar cómo debe ser esa intervención para que cumpla determinados parámetros de legitimidad desarrollados por la dogmática jurídico-penal.

3. Esta concepción es compatible, en principio, tanto con la posición de los autores que mantienen que las personas jurídicas son sujetos de la acción como con la posición de los autores que sostienen que son objetos o instrumentos de la conducta de la persona física. En relación a esta última idea, un sector doctrinal prefiere mantener la posición de que existe una tercera modalidad de consecuencias accesorias para el autor del delito (persona física) que no se pueden inscribir en el clásico sistema dualista de penas y medidas. Se trataría de una imputación derivada de la responsabilidad de una persona física que no tendría nada que ver con la persona jurídica como sujeto activo del delito. El sujeto activo seguiría siendo la persona física y no la persona jurídica manteniéndose así el tradicional principio *societas delinquere non potest*.[63] La persona jurídica no delinque pero no es una realidad completamente ajena al Derecho penal. En este caso la reacción jurídica se basa en la "peligrosidad objetiva o instrumental" o "peligrosidad de la cosa".[64] Por la forma de organización específica que caracteriza a una determinada persona jurídica, ésta se pue-

(62) (Reforma, nota 27), p. 29.

(63) En sentido contrario, Bacigalupo, (nota 18), *passim*, que pretende ampliar el círculo de sujetos activos destinatarios de las normas penales. Esta autora tiene razón al señalar en su monografía que este principio gira alrededor de la determinación del círculo de sujetos activos del delito y destinatarios de las normas penales.

(64) Por ejemplo, Gracia Martin coherentemente con sus planteamientos sobre la imputación jurídico-penal (vid. supra nota 29), considera que las personas jurídicas no pueden ser sujetos del juicio de peligrosidad criminal ya que no son capaces de acción y, por consiguiente, no pueden realizar acciones típicas y antijurídicas. Sin embargo, considera (AP 93-2, p. 608) que aunque el principio legitimador de medidas para personas jurídicas no se debe encontrar en el hecho antijurídico, se debe encontrar "en el peligro de que éste se realice y concretamente, a partir de él, en la necesidad de protección de bienes jurídicos". Posteriormente insiste en esta idea en (nota 29), p. 457, señalando que "ante la imposibilidad de poder fundamentar la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas en la actualidad se recurre a un criterio, a mi juicio correcto, que permite, sin duda, fundamentar reacciones jurídicas frente a los entes colectivos. Se trata del concepto de 'peligrosidad objetiva o de la cosa'. No se trata aquí de la peligrosidad de una persona física determinada, sino de la peligrosidad de una persona jurídica, que se pone de manifiesto en virtud de las acciones antijurídicas que realizan las personas físicas que actúan para ella, las cuales serían un síntoma de dicha peligrosidad. Por el modo concreto en que está organizada la propia persona jurídica, ésta se presta a ser instrumentalizada para la realización de actividades delictivas, y ahí radica esa peligrosidad – objetiva – de la persona jurídica". En esta posición de Gracia tiene gran influencia el pensamiento de Schünemann ya expuesto anteriormente.

de prestar a ser un instrumento para la realización de actividades delictivas. No se imponen las medidas por la prognosis delictiva de la persona jurídica sino por la probabilidad de que sea utilizada por personas físicas para cometer actividades delictivas o de que se convierta en un cauce idóneo para realizar actividades delictivas. Las personas jurídicas, sobre todo las que nos interesan aquí, las sociedades mercantiles contaminantes, no son en esencia más que un patrimonio (un patrimonio común distinto al de los socios o de las personas que realizan aportaciones). Y un patrimonio no realiza acciones antijurídicas y culpables. Un patrimonio sólo puede ser peligroso si es utilizado de forma inadecuada (al igual que un cuchillo o un arma de fuego).

Este sería, en realidad, el fundamento del art. 24 de la Lei 9.605 cuando establece que "a pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada a sua liquidação forçada". De acuerdo con el famoso Programa de Marburgo de v. Liszt[65] de 1882, parece que el legislador considera que como en estos casos no es posibe la corrección ni la intimidación preceptúa la coacción o violencia directa e inmediata: la inocuización. En este caso se contempla una auténtica "pena de muerte de la persona jurídica" cuando los fines de la persona jurídica son delictivos. Esta medida tiene un amplio apoyo doctrinal en estos casos extremos por lo que se encuentra en consonancia con las exigencias más modernas de la doctrina que ha desarrollado la teoría jurídica del delito bajo la influencia de la doctrina alemana, aunque la doctrina civil también considere nula la constitución de una persona jurídica con fines antijurídicos.

4. En la doctrina se insiste mucho en el dato empírico o criminológico de que la agrupación crea un ambiente o un clima que facilita e incita a los autores físicos a cometer delitos en beneficio de la agrupación.[66] Los partidarios de la intervención del Derecho penal contra personas morales insisten en que las sanciones penales deben combatir este factor criminógeno. En mi opinión, las medidas más idóneas para combatir ese indudable factor criminógeno son las medidas de seguridad o las medidas policiales aplicadas por órganos jurisdiccionales penales. Si se llegara a demostrar que la pertenencia a la agrupación hace desaparecer la culpabilidad de la persona física la única solución sería prohibir la constitución de agrupaciones. Pero parece que esto no es así. Ya he manifestado más arriba que no me parece más que un dislate considerar que la persona física es un instrumento en manos de la persona jurídica (autoría mediata). Estos datos empíricos y

En un sentido similar, insistiendo en el carácter administrativo de estas medidas, Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español, parte general II. Teoría jurídica del delito/1, 5. ed. Madrid, 1997, p. 65 *et seq.*

Insisten también en que el fundamento de las consecuencias penales para personas jurídicas reside en la "peligrosidad de la cosa": Jorge Barreiro, El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995, La reforma de la justicia penal: Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann, (coord. por Gomez Colomer y Gonzalez Cussac), Castellón de la Plana, 1997, p. 126, con más referencias; Luzon Peña, Curso de Derecho penal, parte general I, Madrid, 1996, p. 292*et seq.*; Mir Puig, Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho penal de H. H. Jescheck, parte general, volumen primero, Barcelona, 1981, p. 309 *et seq.*; el mismo, El sistema de sanciones en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, Documentación Jurídica 1983. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, 37/40, volumen 1, p. 190; el mismo, (nota 55), 7/60; Rodriguez Mourullo, (nota 55), p. 230 *et seq.*; el mismo, Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código Penal, La reforma del Derecho penal, (edit. Mir Puig), Bellaterra, 1980, p. 178.

(65) Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Berlín, 1905 (reimpresión Berlín, 1970), p. 163 *et seq.*

(66) Vid. supra nota 61.

criminológicos no son más que datos que explican las motivaciones del autor–persona física – a la hora de llevar a cabo un hecho delictivo pero no tienen nada que ver con una supuesta culpabilidad de la entidad colectiva. Desde el punto de vista subjetivo el autor individual se amolda a la actitud o ética criminal de la agrupación con objetivos individuales. Por ejemplo, no perder el empleo o promocionarse dentro de la empresa. Pero la persona a la que hay que imputar la decisión contraria a la norma es a la persona física que dentro de la agrupación actúa de forma libre y responsable (entendiendo esa libertad y responsabilidad en sentido funcional y no ontológico, antropológico o metafísico). La lesión del Derecho no es imputable a ese ambiente o clima al igual que no son imputables los delitos sexuales a una determinada visión social de la mujer o de las relaciones sexuales. La ética del "respeto al Derecho" frente a la ética de "cualquier cosa en beneficio de la empresa o de la agrupación" o la "lealtad a la asociación" se estabiliza perfectamente con penas a las personas físicas sin necesidad de imponer penas a las personas jurídicas. Se trata de que el Derecho penal demuestre que en cualquier ámbito social el respeto a la norma (que pretende proteger bienes jurídicos) es la única máxima o pauta de conducta a seguir. Sin embargo, las investigaciones más recientes sobre esta modalidad de criminalidad colectiva o de empresa han puesto de manifiesto un dato criminológico que no debe ser obviado por el ordenamiento penal. En muchas ocasiones es preciso adoptar en las sentencias medidas de control o intervención (curatela) – medidas de seguridad y "corrección" – para evitar que en el marco de una empresa concreta se siga atentando contra bienes jurídicos básicos.

Con esta solución dogmática del problema no quedan resueltos, sin duda, todos los problemas prácticos. Estos sólo quedan planteados desde una perspectiva teórica. Queda pendiente el problema y de la aplicación de estas medidas y de su eficacia contra la actitud u organización delictiva de la persona jurídica. Nuestros órganos judiciales no están preparados para esas tareas. La administración debería preparar a profesionales que pudieran asumir la ejecución o intervención de medidas de control y ejecución cuando el juez penal lo considere necesario. Este momento de la aplicación de la medida precisa una mayor atención doctrinal y legal. Hace falta un Derecho de ejecución de estas medidas de seguridad y "corrección". El Derecho penal debe tener un instrumental adecuado para poder luchar contra las políticas y estructuras societarias que hacen que sus integrantes se vean motivados a delinquir.

5. Para finalizar me gustaría hacer hincapié en una cuestión relativa a la eficacia del Derecho penal frente a la criminalidad colectiva. Si una de las razones por las que un sector doctrinal considera que es más deseable desde un punto de vista político-criminal imponer penas que sanciones administrativas reside en la publicidad del proceso penal,[67] ello se resuelve con la imposición de medidas de seguridad o consecuencias jurídico-penales similares a las medidas de seguridad. Las empresas intentarán evitar por todos los medios aparecer en una resolución judicial como un "ente peligroso" para bienes jurídicos especialmente valiosos. Por otro lado, los ciudadanos comprueban de esta forma con todas las garantías cuáles son las agrupaciones que de forma más radical no cumplen con ciertas normas mínimas de seguridad, prevención o precaución. En estos casos especialmente graves de los que se tiene que ocupar el Derecho penal el procedimiento sancionador no queda exclusivamente como una "cuestión interna" relativa a las relaciones de la persona jurídica con la Administración y sus exigencias. En el procedimiento penal salen a la luz – con todas las garantías – los detalles sobre la organización defectuosa de la empresa.

(67) Vid. por todos, Ehrhardt, (nota 4), p. 173 *et seq.*, 204.

4. Conclusión provisional

Se puede señalar como conclusión hasta el momento que la imposición a las personas jurídicas de medidas preventivas distintas a las penas – entendidas en sentido estricto –, unidas a las penas para personas físicas (mediante una adecuada regulación de la "actuación en nombre de otro") y a la responsabilidad civil componen un instrumental suficiente que desempaña un papel tan o, incluso, más eficaz en la lucha contra la criminalidad en el marco de entidades colectivas o agrupaciones que la opción de sistemas legislativos como el brasileño que prevén auténticas penas para personas morales. A cambio, se mantiene la indudable ventaja de no tener que distorsionar las reglas generales de imputación relativas a la acción y, sobre todo, a la culpabilidad penal. Esta opinión no es original en la doctrina española ni siquiera con la nueva regulación de las consecuencias accesorias para personas jurídicas en el nuevo art. 129 del Código Penal de 1995. En este punto les manifiesto una opinión personal que representa a la doctrina dominante en mi país.

5. Criterios de imputación

1. Existen una serie de cuestiones que deben ser tenidas en cuenta por cualquier legislador en la medida en la que se contemple algún tipo de sanción para personas jurídicas o entidades distintas a las personas físicas (se entiendan las sanciones como auténticas penas, sanciones administrativas o medidas de seguridad). Si el legislador no establece ningún criterio éstos deben ser desarrollados necesariamente por la doctrina y la jurisprudencia. Por ello voy a a realizar un análisis de los criterios formales y materiales necesarios para imputar una consecuencia jurídica a las personas jurídicas teniendo en cuenta de forma preferente la técnica utilizada por el legislador brasileño en la Lei 9.605/98. En la medida en la que el Derecho penal se ocupe de alguna manera de las personas jurídicas es obligación de la doctrina no dejar sólo al legislador – lo cual puede acarrear grandes peligros – y desarrollar criterios útiles para este tipo de sanciones *sui generis*.

2. En primer lugar, para un mayor respeto del principio de legalidad, en concreto del principio de legalidad de las penas, se deberían determinar tipo por tipo los hechos que pueden acarrear responsabilidad penal a las personas jurídicas y las correspondientes consecuencias jurídicas en función de la gravedad de dichos hechos. Parece conveniente que con respecto a estas consecuencias accesorias exista un sistema de *numerus clausus* para que se respeten las mismas garantías formales que existen con respecto a las personas físicas. Si se contemplan auténticas penas para personas jurídicas se puede contemplar una cláusula general, al igual que la del art. 3, que establezca que los delitos pueden ser realizados tanto por personas físicas como por personas jurídicas. El problema es que así no se respeta el principio de legalidad de las penas. Si por la "naturaleza de las cosas" las penas son distintas en un supuesto que en el otro cada hecho típico debe contemplar su correspondiente sanción para la persona jurídica. En este caso la Lei 9.605/98 muestra una técnica legislativa deficiente.

La técnica legislativa con respecto a las medidas de seguridad puede ser, por el contrario, completamente diferente, al igual que sucede con las personas físicas. La medida no resulta una respuesta tan estereotipada o prefijada como la pena, ya que está orientada a la solución individual (de la entidad colectiva) y no retribuye un hecho anterior.[68] En este caso es suficiente una cláusula general que determine los criterios para determinar la duración de la medida. Un ejemplo en este sentido sería el nuevo art. 129 del Código Penal de 1995 aunque se trate en general de una regulación bastante deficiente.

(68) Feijóo Sanchez, (nota 22), p. 31 *et seq.*, con más referencias.

3. En segundo lugar, es preciso delimitar el círculo de autores cuyos hechos pueden permitir la imputación jurídico-penal a las personas jurídicas. Si se considera que sólo es relevante la actuación (acción u omisión) de aquellas personas que ostenten una representación válida es preciso determinar cuál es el círculo de representantes que pueden desencadenar consecuencias jurídico-penales para las personas jurídicas. Parece excesivo que cualquier actuación de cualquier trabajador pueda acarrear consecuencias penales para la empresa aunque esta concepción extensiva se encuentre vigente en la actualidad en los ordenamientos de Estados Unidos y de la Unión Europea.[69]

En el art. 3 se reduce el círculo de personas que posibilitan la imposición de penas a las personas jurídicas a los representantes legales o contractuales o a los órganos colegiados de dirección de las personas jurídicas. Se trata de casos en los que la persona física actúa en nombre o en lugar de la persona jurídica. La ley de medio ambiente ha preferido utilizar criterios formales (al igual que otros países como Francia, Portugal o Alemania) a la hora de determinar el círculo de autores que posibilita la imputación en detrimento de criterios materiales, que dificultan las lagunas de punibilidad que necesariamente se dan con la utilización de criterios formales, pero que plantean mayores problemas de determinación.[70]

Tiedemann[71] expone en pocas líneas los modelos que se pueden encontrar en un análisis de Derecho comparado: "A menudo, la responsabilidad de la empresa solamente se desencadena por actos u omisiones por parte de los órganos y/o representantes legales, jurídicamente cualificados para actuar en nombre de la empresa. Esta restricción corresponde a la teoría de derecho civil y un clásico punto de vista que quiere que la persona moral actúe a través de sus órganos. El modelo contrario se centra en los actos de toda persona que actúe en nombre de la empresa o en favor de ella. Esta concepción más bien pragmática va lejos, pero realiza la idea de facilitar la prueba y dejar superfluas las distinciones entre diferentes categorías de representantes, incluidos los representantes de hecho. Los modelos mixtos, en fin, se sitúan entre los dos tipos opuestos introduciendo, como en el Model Penal Code de Estados Unidos, un "managerial test" para limitar así la responsabilidad demasido extensa del segundo modelo dejando de lado las acciones de personas que no tienen ningún poder de decisión". En la doctrina y en el marco del Derecho comparado se extiende cada vez más este último camino intermedio debido a la importancia que en una empresa o sociedad tienen los cargos intermedios o los encargados o jefes de una sección o unidad operativa concreta con enormes capacidades de decisión. En estos casos los órganos superiores muchas veces no toman las decisiones sino que sólo controlan y supervisan la actividad de los cargos intermedios que son los que realmente adoptan las decisiones relevantes y disponen de la información decisiva con respecto a la posible lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Los órganos superiores de dirección sólo se ocupan de políticas muy generales de la empresa. Es preciso que la ley

(69) En el mismo sentido, Ehrhardt, (nota 4), p. 221 *et seq.*; Hirsch, (Straffähigkeit, nota 29), p. 23 *et seq.*; el mismo, ZStW 107, p. 308 *et seq.*; el mismo, (Neue Strafrechtsentwicklungen, nota 29), p. 26; Stratenwerth, (nota 4), p. 298, considera que una responsabilidad relacionada con cualquier empleado de la empresa conduce a una responsabilidad puramente casual; Tiedemann, (Reforma, nota 27), p. 43 *et seq.*; Volk, JZ 93, p. 433, de acuerdo con Stratenwerth.

(70) Sobre esta cuestión: Achenbach, JuS 90, p. 606; Bacigalupo Saggese, (nota 18), p. 370 *et seq.*; Deruyck, ZStW 103 (1991), p. 721 *et seq.*, con amplias referencias; Ehrhardt, (nota 4), p. 35, con más referencias; Schünemann, (Unternehmenskriminalität, nota 4), p. 162 *et seq.*

(71) (Reforma, nota 27), p. 44.

abarque la realidad organizativa de las empresas (división vertical y horizontal de funciones, delegación de facultades y sus correspondientes deberes, etc.).

Por último, también cabe destacar que sería conveniente que la ley aclarara si el hecho es imputable a la persona jurídica aunque la persona física no reúna todos los elementos que exige el tipo (por ejemplo, requisitos especiales de autoría).

4. En tercer lugar, es preciso determinar el hecho de conexión o el hecho que legitima la intervención del Derecho penal. No parece razonable que toda actuación de un representante o del órgano de dirección pueda conllevar responsabilidades penales para la persona jurídica. Se suele exigir por parte de la doctrina y de las legislaciones que la actuación delictiva se haya realizado en nombre e interés de la persona moral. La doctrina suele hacer referencia, además, a algún requisito complementario que sirva para determinar la existencia de una "relación funcional". Por ejemplo, que el hecho sea cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica, en la esfera o seno de la persona jurídica, dentro de su marco estatutario o infringiendo los deberes que son propios de la persona jurídica. Lo que pretende la doctrina es que no se impute todo delito realizado "con ocasión" de una actividad de representación o dirección de la persona jurídica.

Así, por ejemplo, se puede apreciar claramente en la Lei 9.605/98 (art. 3) que no se le podría imponer una pena a la persona jurídica en la medida en la que la persona física actúe en su propio beneficio. Se trata de una decisión expresa del legislador. El problema en el marco de los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales reside precisamente en determinar cuando la persona física ha actuado en beneficio de la persona jurídica aunque haya delinquido pensando también en sus propios intereses.

Sin embargo, no parece suficiente como hecho de conexión el requisito de la actuación en interés o beneficio de la persona jurídica.[72] No parece lógico que la persona jurídica responda por un homicidio imprudente (si ello estuviera previsto en la ley) si un representante no respeta los límites de velocidad, las preferencias de paso o los semáforos porque llega tarde a una reunión importante para la empresa. Una empresa que fabrica productos químicos, por ejemplo, no tiene el deber de controlar peligros para las personas en el ámbito del tráfico viario. Los requisitos exigidos por el art. 3 de la Lei 9.605/98 son, por ello, demasiado escasos. Es preciso que doctrina y jurisprudencia lleven a cabo una interpretación restrictiva y teleológica del art. 3 que tenga en cuenta sólo aquellas infracciones de normas que tengan una especial relación con la persona jurídica. Por ejemplo, una empresa deberá responder de las infracciones del medio ambiente "típicas" o características de su tipo de actividad pero no de aquellas que no tengan que ver con dicha actividad empresarial. Es preciso que exista una "específica relación normativa" entre el atentado medio ambiental y la actividad social.[73] En este sentido habría que desarrollar una "teoría de la imputación objetiva" propia del Derecho penal de las personas jurídicas para evitar que toda actuación de un representante u órgano de dirección que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos sea imputable a la persona jurídica.

5. En cuarto lugar, es preciso establecer la dependencia (accesoriedad) o independencia de estas consecuencias jurídicas en relación a una sentencia condenatoria a una persona física o, al menos, de la declaración judicial de la existencia de un injusto penal (aunque no se imponga una medida de seguridad a la persona física).[74] La cues-

(72) Ehrhardt, (nota 4), p. 235 *et seq.*

(73) Bacigalupo Saggese, (nota 18), p. 378; Deruyck, ZStW 103 (1991), p. 730 *et seq.*, en referencia a Rotberg; Ehrhardt, (nota 4), p. 235 *et seq.*, también en referencia a Rotberg.

(74) Sobre esta cuestión, en profundidad, Bacigalupo Saggese, (nota 18), p. 281 *et seq.*, y Ehrhardt, (nota 4), p. 240 *et seq.*

tión a resolver es la siguiente: ¿Es precisa una condena de la persona física como presupuesto de la sanción de la persona jurídica?

Zugaldia Espinar distingue, por ejemplo, como modalidades de responsabilidad de las personas jurídicas entre la "responsabilidad propia directa" y la "responsabilidad propia indirecta".[75] La dependencia presenta problemas cuando el representante de la empresa muere o se declara en rebeldía o se sabe que un miembro de la empresa ha cometido un delito pero no se conoce la identidad del autor. Esto parece no plantear problemas en la Lei 9.605 ya que la independencia se deduce de lo dispuesto en el art. 21 que contempla la posibilidad de aplicar penas "isolada, cumulativa o alternativamente". Sin embargo, esta declaración no soluciona todos los problemas. Es preciso constatar antes de imponerle una pena a la persona jurídica que los miembros del órgano colegiado o el representante legal o contractual actuaron culpablemente. Ya hemos visto como la culpabilidad de la persona jurídica va estrechamente unida a la de la persona física cuando se trata de imponer auténticas penas a las personas jurídicas y no se crean sistemas alternativos de imputación. Este es un problema que, como ya hemos visto, no ha podido ser resuelto por los partidarios de una responsabilidad penal de las personas jurídicas en sentido estricto. Por ello es preciso constatar como presupuesto necesario e irrenunciable de la pena a la persona jurídica la culpabilidad de la persona física. De lo contrario se infringirá el principio de presunción de inocencia ya que no quedará probado el presupuesto necesario de toda pena: la culpabilidad (aunque sea ajena). No caben en este ámbito sanciones por sospecha.[76] Por todas estas razones, vaticino que si se llega a aplicar la Lei de Crimes Ambientais contra las personas jurídicas será seguramente en procedimientos en los que se sustancie conjuntamente la responsabilidad individual y la responsabilidad colectiva.

Si se opta por la posibilidad de iniciar un procedimiento separado contra la persona jurídica e imponerle consecuencias jurídicas aisladamente a la finalización de dicho procedimiento, deben arbitrarse medidas procesales que contemplen esta nueva realidad. No parece recomendable sentar en el banquillo de los acusados al representante de la empresa como tal ya que ello supondría una ilegítima "pena de banquillo" que afectaría al honor del representante. Sería problemático encontrar un representante de la persona jurídica o corporación que quisiera representar a ésta como persona imputada en un proceso penal con toda su publicidad. En este caso la "pena de banquillo" forzosa sería desproporcionada teniendo en cuenta que puede reacer sobre un representante que ni siquiera es sospechoso de haber realizado un delito (puede ser el representante actual pero no haber estado en la empresa en el momento del delito). Si se quiere, pues, que en el proceso no se susciten más problemas de los necesarios se deben arbitrar medidas procesales específicas en los casos en los que se trata de resolver la imposición de una consecuencia jurídica a una persona jurídica en un proceso penal. Además, sería más correcto que el representante de la entidad colectiva que sea el presunto autor del hecho delictivo que se pretende imputar a la agrupación nunca represente en el proceso a ésta. Puede existir un conflicto de intereses entre la estrategia de defensa de la persona física y la estrategia de defensa de la persona jurídica.[77]

Lo importante de estas reflexiones es llegar a la conclusión de que hace falta desarrollar cuanto antes – tanto en Brasil como en España – un Derecho procesal penal pensado para los procedimientos de los que se pueden derivar consecuencias distintas a las civiles para las personas jurídicas. La intervención del Derecho penal frente a nuevos tipos de criminalidad afec-

(75) (Capacidad de acción, nota 15), p. 86 *et seq.*, y (Medio ambiente, nota 15), p. 230 *et seq.*

(76) Brender, (nota 28), p. 141 *et seq.*

(77) Ehrhardt, (nota 4), p. 246, con más referencias.

ta también al Derecho procesal. La tradicional regulación sobre embargos judiciales no permite tratar estas nuevas realidades jurídicas de forma satisfactoria.

6. En quinto lugar, es preciso determinar si el régimen de las sanciones para personas jurídicas es idéntico al de las sanciones a las personas físicas. Por citar sólo tres cuestiones que el legislador español no ha dejado resueltas,[78] si se deben aplicar a estas consecuencias las reglas generales de la prescripción del delito y de la pena, de las anotaciones de antecedentes delictivos y su cancelación o qué sucede cuando se incumple lo dispuesto en una sentencia judicial. En este caso parece que habría que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 79: "Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições do Código Penal".

En el mismo sentido, sería conveniente desarrollar reglas de determinación de la pena o de la sanción pensadas especialmente para la persona jurídica. Ello dependerá en gran medida de cuál se entienda que es el sentido o finalidad de la consecuencia jurídica que se impone. Los requisitos o presupuestos de la responsabilidad no sólo determinan el "si" de la sanción sino también el "cuánto".[79]

7. En sexto lugar, hay que determinar cuáles con las personas jurídicas que pueden ser hechas penalmente responsables o, incluso, cuáles son las agrupaciones o empresas que pueden responder aunque carezcan de personalidad jurídica reconocida.

Por ejemplo, es preciso determinar si no sólo responden las personas jurídicas de Derecho privado sino también las de Derecho público como, por ejemplo, se reconoce expresamente en Noruega[80] o en Francia siempre que se den determinados requisitos.[81] Esta cuestión tiene gran importancia en ámbitos de clara intervención pública como sucede con el medio ambiente. O también habría que determinar si son punibles o no las sociedades unipersonales o sólo en algunos casos como sucede en Dinamarca.

Por otro lado, también es preciso determinar si las sociedades en fase de constitución o las sociedades de hecho o irregulares se merecen un tratamiento penal equivalente a las personas jurídicas.

Una mayor concreción no es posible aquí ya que esta cuestión depende de los diferentes tipos de personas jurídicas reconocidas en cada ordenamiento nacional por el Derecho civil, el Derecho mercantil o el Derecho público y los requisitos para el reconocimiento de personalidad jurídica. Sólo cabe destacar en este momento la importancia de un estudio detallado en este sentido.

De lo que no cabe duda es de que en el actual Derecho brasileño sólo es posible la imposición de penas a personas jurídicas pero no a otras entidades colectivas que carecen de personalidad. De lo contrario se

(78) Zugaldia Espinar, (Medio ambiente, nota 15), p. 225 *et seq.*, 239.

(79) Ehrhardt, (nota 4), p. 37, 247 *et seq.* y Hirsch, ZStW 107, p. 317, apuntan algunos criterios de determinación de la sanción.

(80) Rostad, (nota 10), p. 521, señalando no sólo que cabe teóricamente la posibilidad sino que en la práctica se utiliza.

(81) Bajo Fernandez, (Hacia un nuevo Derecho penal, nota 19), p. 5.102 y (Responsabilidad penal, nota 19), p. 117 considera que "es preciso ser conscientes de que las personas jurídicas de Derecho público carecen de afán de lucro y no tiene sentido hacerlas responsables de las infracciones cometidas, porque con la sanción pagaría la ciudadanía en general". Hirsch, (Straffähigkeit, nota 29), p. 23 y ZStW 107, p. 308, considera que sería suficiente con el control del parlamento, del Tribunal Constitucional y de los tribunales contencioso-administrativos.

En sentido contrario, Bacigalupo Saggese, (nota 18), p. 358 *et seq.*, que considera que deberían responder penalmente todas aquellas personas jurídicas de Derecho público que realicen actividades que de hecho sean idénticas a las de cualquier otra persona jurídica de Derecho privado; Tiedemann, (Reforma, nota 27), p. 42, considera que "las empresas públicas deberían estar incluidas como es el caso de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos considerados".

infringiría el principio de legalidad. Aquí tenemos una "laguna de punibilidad" ya que no hay ninguna razón para que una empresa contaminante responda penalmente sólo si reúne el requisito formal de la personalidad jurídica. Una vez que el Derecho penal actúa contra la criminalidad colectiva parece que no debería detenerse ante requisitos formales. Por ejemplo, si alguien constituye o piensa utilizar preponderantemente una persona moral con el fin de permitir, facilitar o ocultar delitos ecológicos (art. 24) lo mejor que puede hacer de acuerdo con sus planes delictivos es mantener dicha sociedad criminal como una sociedad de hecho o irregular para evitar que el juez penal pueda acordar la liquidación.

Desde el punto de vista de la "peligrosidad de la cosa" no hay ningún problema para tratar igual toda asociación o patrimonio común con independencia de su personalidad. Esta exigencia formal de la personalidad jurídica hace pensar que el legislador brasileño (al igual que ciertos autores) han traspasado directamente los criterios de responsabilidad civil al ámbito penal sin plantearse los fundamentos materiales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es incluso llamativo pensar que podrían responder civilmente patrimonios comunes sin responsabilidad jurídica pero el Derecho penal tendría sus posibilidades de intervención vedadas por el debido respeto al principio de legalidad. En este sentido hay que felicitarse en España por la regulación del art. 129 C. P. que utiliza criterios de índole material y se refiere a empresas, sociedades, fundaciones o asociaciones sin exigir que cumplan todos los requisitos formales exigidos por el Derecho civil o el Derecho mercantil.

8. Las cuestiones prácticas que se pueden suscitar con la nueva realidad que supone la intervención del Derecho penal frente a personas jurídicas son de lo más variado. Surgen nuevos problemas que las personas físicas no presentaban. Por ejemplo, ¿Qué sucede cuando la sociedad se transforma o cambia de forma o se fusiona con otra? Si se tiene en cuenta la identidad entre la sociedad anterior y la nueva, ¿Cuáles son los criterios para establecer dicha identidad?[82] ¿Puede una sociedad disolverse si ve como inminente la imposición de una pena o el comienzo de un procedimiento penal contra ella?[83]

6. Conclusiones

La Lei 9.605/98 de Crimes Ambientais plantea serios problemas de aplicación práctica e interrogantes teóricos insalvables que ya han sido formulados a lo largo de este trabajo. En mi opinión, los legisladores europeos y sudamericanos deberían intentar utilizar el instrumental clásico del Derecho penal con las debidas correcciones y respetar el papel garantista tradicional del principio de culpabilidad. La cautela es una virtud de obligada observación cuando se pretenden resolver conflictos sociales con la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico. Creo que si el legislador no ha sido cauteloso habrá que exigirle una especial cautela a los órganos judiciales a la hora de utilizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas como medio de lucha contra la criminalidad ambiental y como medio de protección del medio ambiente.

La tesis central mantenida en este trabajo no es, como ya he señalado, una opinión

(82) Ehrhardt, (nota 4), p. 220, propone que al igual que se viene haciendo en Alemania en el ámbito administrativo sancionador se tengan en cuenta preferentemente criterios económicos en los casos de transformación. En los casos de fusión considera que, al igual que se hace en Estados Unidos, la ley debería considerar que la nueva persona jurídica asume las responsabilidades penales.

(83) Ehrhardt, (nota 4), p. 220 propone dos soluciones para este problema: o bien establecer una prohibición de disolución durante un determinado período de tiempo o establecer una cláusula que tenga en cuenta a la sociedad como todavía existente a efectos procedimentales y penales.

minoritaria. Sin embargo, no está de más apoyar las tesis mayoritarias de nuestra ciencia cuando los "modernos" vientos en sentido contrario arrecian cada vez con más fuerza y están consiguiendo introducirse en el Derecho positivo que obligatoriamente en un Estado de Derecho ustedes tienen que aplicar.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.3

HOMICÍDIO E DEPRESSÃO:
Análise de um grupo de sujeitos depressivos, autores de homicídio tentado ou consumado*

ERNESTO CALVANESE E GIORGIO CAVALLARI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Análise realizada pela doutrina psiquiátrica e criminológica da relação entre depressão e homicídio – 3. Metodologia da pesquisa – 4. Análise dos dados: 4.1 Hipóteses tipológicas; 4.2 Imputabilidade; 4.3 A periculosidade social – 5. Notas conclusivas – Bibliografia.

1. Introdução

O presente trabalho compreende a análise da história de sujeitos autores de homicídio, tentado ou consumado, submetidos à perícia psiquiátrica nos anos de 1975/89.

Nos casos examinados todos os periciados foram considerados portadores de distúrbios de tipo depressivo. Em alguns indivíduos a depressão surgiu após terem cometido o delito, em outros, ao invés, o quadro depressivo era preexistente à conduta delituosa.

Sob este prisma, serão objeto de estudo tanto os aspectos quantitativos da relação criminogenética e criminodinâmica existentes entre depressão e homicídio como os dados relativos à imputabilidade e à periculosidade social, formulando-se, inclusive, algumas hipóteses de interpretação dos motivos, da qualidade, bem como da tipologia dos mesmos.

2. Análise realizada pela doutrina psiquiátrica e criminológica da relação entre depressão e homicídio

O estudo dos liames entre as duas problemáticas em exame deita raízes longínquas no tempo. Entretanto, o interesse que suscita não parece querer exaurir-se, continuando, assim, a proporcionar a criação de conspícua literatura.

Neste diapasão, o tema dos aspectos criminógenos dos distúrbios depressivos foi o que menos atenção suscitou, e é exatamente dele que trataremos.

Desde logo podemos antecipar que a relação entre estados depressivos e condutas homicidas viu-se tratada, por diversos autores, essencialmente no âmbito de algumas hipóteses criminodinâmicas, as quais, em linhas gerais, oscilariam entre o homicídio altruísta ou *pietatis causa* (aquele induzido não tanto pela depressão, mas, sim, por traços de natureza psicótica) e aquele praticado para gerar punição em razão de uma grave vivência de culpa por parte do autor. Particular atenção mereceu a coexistência ou não da conduta homicida e da subseqüente tentativa de suicídio por parte do depressivo.

Segundo Fornari e Gasca (1970), a síndrome depressiva teria, em relação a outras "doenças mentais", uma relevância muito menor na indução ao cometimento de crimes. O depressivo normalmente agiria de forma auto-lesiva, sendo "muito freqüentes as idéias, propósitos, e tentativas de suicídio, inclusive simulados, ou, ainda,

(*) Tradução feita por Ana Paula Zomer, Procuradora do Estado de São Paulo, representante do IBCCrim para a Itália.

em grande número, precedidos por declarações de *tedium vitae* e de inutilidade da própria existência. Em linhas gerais, a ânsia, as convicções mórbidas (principalmente de culpa e ruína), bem como a difusa atmosfera destrutiva do depressivo, parecem colaborar na gênese de idéias auto-supressivas".

Nesta mesma linha de raciocínio, Consiglio (1976) observa: "Podemos afirmar que somente o suicídio exprime a resposta natural e coerente à síndrome melancólica. Somente o suicídio representa o momento emblemático que conclui a crise melancólica no universo dos estados paroxísticos". Prescindindo do automatismo do *raptus melancholicus,* que pode levar o sujeito a descarregar sua angústia contra si ou contra o(s) outro(s), indiferentemente, o homicídio seria, tendencialmente, apenas um incidente da depressão, constituindo-se em momento instrumental, se cotejado com o fim último, ou seja, com o suicídio, Bleuler (1967), muito sinteticamente, define o *raptus melancholicus* como "aquele fenômeno através do qual alguns doentes, inibidos sob todos os outros aspectos, repentinamente, realizam com grande energia alguma coisa, para, depois, voltar à inércia inicial".

E, ainda, Ponti (1980): "Em sentido técnico fala-se de *raptus* quando ocorrem explosões inesperadas de violência, presentes, freqüentemente, nas psicoses melancólicas. Em tais casos tratam-se de reações claramente de natureza psicótica, que podem favorecer a prática de delitos sempre extremamente violentos, e que, algumas vezes, vêem-se igualmente cometidos por graves depressivos".

Segundo Consiglio, o *raptus* melancólico explode de forma imprevista, como uma descarga nervosa. "Pode-se dizer que não estamos no âmbito da relação de causalidade *raptus*-homicídio ou *raptus*-suicídio. A única relação possível é aquela que tem como causa constante o *raptus,* e, como efeito, a violência, contra si ou contra outros, indistintamente".

Ainda que, com base no que emerge da literatura, o homicídio seja expressão incidental e bastante rara da síndrome melancólica, constitui, todavia, sempre um aspecto através do qual se pode examinar, seja sob o prisma da responsabilidade penal, da periculosidade social ou da prevenção, alguns comportamentos delituosos, bem como algumas atitudes do melancólico. Embora seja tal sujeito (o melancólico) essencialmente um violento contra si próprio, tal fato não impede que, no *iter* percorrido entre doença e crime, se vislumbrem, mesmo que de maneira ocasional ou atípica, formas de violência contra terceiros.

Tal constatação não causa qualquer espécie. Com efeito, já no século XIX (veja-se Lombroso, 1884) este liame entre homicídio e suicídio havia sido posto em evidência.

A propósito, Fornari e Rosso (1990) afirmam: "Apenas nos casos de suicídio indireto ou homicídio-suicídio descritos na literatura parecem existir genuínos impulsos heteroagressivos com finalidade autodestrutiva. No passado, tais comportamentos foram considerados como uma forma intermediária de metamorfose entre o homicídio e o suicídio, à qual o depressivo recorreria quando, mesmo desejando a morte, não possuísse coragem de provocá-la em si próprio. Cometeria, assim, um crime de particular gravidade, na esperança de vir a ser condenado à morte e de poder, antes dela, arrepender-se". Entretanto, na opinião destes autores, este tipo de criminodinâmica "possui apenas um significado histórico, entregue à memória da criminologia e da psiquiatria forense".

Inútil, neste particular, considerar, com muita cautela, observações como aquelas de Consiglio, segundo o qual o melancólico meditaria e cometeria em delito, como *v.g.,* o homicídio, com a finalidade única de procurar uma condenação e um castigo. O autor, na tentativa de fornecer uma explicação de caráter psicanalítico a tal fenômeno, evidencia que, no que tange ao suicídio, seria o próprio ego, oprimido pelo sentimento de culpa, que providenciaria sua condenação e punição.

Uma dinâmica particular, ressaltada por Fornari e Rosso (1990), é aquela segundo a qual o depressivo, aterrorizado pelas suas convicções delirantes – como, *v.g.*, a existência de uma conspiração de poderosas forças para matá-lo –, cometeria um crime visando ser preso e, assim, através do cárcere, proteger-se do tormento e da morte que ele crê, piamente, lhe persigam. Esta dinâmica patológica foi recentemente analisada por Shopp.

As temáticas de referimento e persecução, como já recordado por Tanzi e Lugaro (1923), mostram-se, no início, "humildes e temerosas", freqüentemente sobpostas, por assim dizer, à componente distímica, ao menos até o momento do *acting-out*. O doente procura, todo o tempo, ser objeto de desprezo e acusações antes de se concluir pela sua inocência. Ao mesmo tempo, movido pela necessidade de liberar-se de um perseguidor ou de uma ameaça, e de punir um eventual culpado pela situação insustentável em que se encontra, pode encontrar a "coragem" e a "vontade" de realizar uma ação violenta. Em outras palavras, seriam dominantes os comportamentos delirantes persecutórios existentes na base da psicodinâmica do delito.

Nesta perspectiva, verificou-se que o quadro sintomático típico da melancolia se altera e se confunde com componentes psicogênicos e criminógenos, próprios da mania e da paranóia. Existem muitos pontos de contato e interseção entre estas várias síndromes, a ponto de falar-se em "distúrbios depressivo-paranóides" (Fornari, Rosso).

Espécie muito particular, a *contrario sensu*, constitui aquela dos pais que, ao morrerem, dão aos filhos o mesmo destino. Muito se ocupou a doutrina desta problemática. Tratam-se de casos de "suicídio alargado", terminologia introduzida por Strassmann (1991), o qual, sobre o argumento, precisou: "Indiquei, sob este termo, os casos em que o suicídio constituiu o móvel originário, tendo o pai ou a mãe ocasionado a morte dos demais familiares para não deixá-los sós, sem ajuda".

Os autores que se interessaram por tal forma de comportamento consideraram-na como de natureza "altruísta", interpretando-a como um ato extremo e desesperado de amor e de defesa face às pessoas mais queridas, e, ainda, como característica da "melancolia".

Sobre o tema, Consiglio ressalta que "deparamo-nos com os aspectos mais perigosos da alienação melancólica, onde o delito por piedade assume um relevo particular. O doente não pensa mais apenas em si próprio, estendendo o seu vitimismo e o seu pessimismo às pessoas caras, uma vez que as considera ameaçadas por um destino cruel".

Geralmente, sustentava Tanzi, tratam-se de mães que matam filhos, mulheres que matam maridos e vice-versa, com o intuito de liberar-lhes de um sofrimento, nas suas concepções, insuportável, ou, ainda, para não deixá-los sós no mundo, ou mesmo, por derradeiro, visando permitir-lhes a conquista da vida eterna.

Ferrio (1958) sublinhou como "constitui uma verdadeira especialidade dos melancólicos o intitulado suicídio altruísta ou suicídio-homicídio por piedade, que consiste em um suicídio precedido do homicídio de uma ou mais pessoas, sob o influxo de uma idéia delirante que faz com que o autor se sinta no dever de liberar terceiros dos sofrimentos que a existência comporta".

Para Hutter o depressivo leva à morte uma ou mais pessoas da família, vez que, convicto da ruína material ou moral que lhe(s) assola, visa evitar-lhe(s) um sofrimento inútil.

No mesmo sentido, Ponti confirma que, nas formas de melancolia com maior acento delirante, o doente envolve na sua ótica, irremediavelmente pessimista, inclusive as pessoas que mais estima, podendo, assim, cometer o típico homicídio-suicídio, ou seja, causar a morte das pessoas amadas, suicidando-se em seguida: "O doente deseja morrer sem abandonar, entretanto, a

única realidade positiva que o rodeia (mais precisamente, o mundo dos afetos) e, assim, reúne-se aos seus entes queridos na morte. Ou, ainda, não tolera a idéia que seus familiares continuem a viver em uma realidade que, na sua perspectiva psicótica, é feita somente de dor e tristeza".

Fornari (1989) esclarece que "o contexto é o de um delito de natureza 'altruísta', vinculado, na mente doente do depressivo, ao propósito de 'defender' os próprios familiares, evitando-lhes, com a morte, um destino de privações, misérias, humilhações, renúncias e insucessos. Trata-se de um extremo ato de amor, na medida em que o genitor mata a criatura ou criaturas amadas (e não odiadas ou temidas como no caso do psicótico paranóide) para pouparlhe(s) de uma vida de misérias e de doenças, protegendo-a(s), simbolicamente, de um futuro de angústias, de pecado, de infelicidade, do qual o doente se sente responsável (delírio de culpa e de ruína)". Mais especificamente, segundo o autor, causa-se a morte dos filhos menores, posto que considerados incapazes de afrontarem, sozinhos, as adversidades da vida.

Campbell (1953) traz à colação o caso de um pluri-homicídio de tais características, por ele definido como homicídio por sacrifício: Um camponês, em estado de profunda depressão, perturbado pela idéia de pecado, por dúvidas religiosas e pela ansiedade ligada ao comportamento dos filhos, destruiu toda a família, vez que convencido de salvar seus filhos das maldades do mundo. Matar a esposa, que não teria suportado viver sem os filhos, pareceu uma conseqüência natural.

Substancial confirmação do ora exposto nos dá Gallina Fiorentini (1981), com uma profunda análise de 19 casos de filicídio, exaltando que "os moventes do gesto homicida são protetivos, como se a subtração da vida fosse expressão de cuidado e assistência para com a prole, que, com a morte dos pais, restaria sozinha, indefesa, entregue a parentes considerados como incapazes de dar-lhe o amor necessário. A autora esclarece, ainda, a específica conotação que assumem estes crimes, posto que, examinando os seus conflitos e motivações inconscientes e profundos, mostra-se difícil estabelecer qual das duas decisões venha primeiro, se aquela de matar ou de se matar, ambas marcadas por sentimentos de culpa e de dramaticidade. Os filhos são percebidos, em nível íntimo, com um mecanismo simil-psicótico, não como indivíduos autônomos, mas sim como prolongamentos da própria pessoa, ligados por um denso cordão umbilical que, da mesma forma que lhes dá a vida, lhes determina a morte, sequer considerando a possibilidade de que as suas vontades sejam contrastantes ou que possuam uma individualidade de sentimentos".

Sob a mesma ótica, Fornari e Rosso demonstram quão freqüente se mostra, na literatura, a tese de que se tratam, quase sempre, de homicídios cometidos no "interesse" (assim suposto pelo agente) das vítimas, com o fim de evitar-lhes uma vida de miséria e desventuras, praticados, normalmente, contra pessoas da família, origem, aliás, da denominação "homicídio por amor". De outra parte, vem também ressaltado o fato de que, na melancolia não faltam, ainda que poucos os precedentes, delitos cometidos por ódio ou vingança, perpetrados não para "salvar" a vítima, mas sim para "puni-la". Segundo o autor, estas são temáticas possíveis nos casos de suicídio alargado, o que permite o surgimento de dúvidas no que tange à possibilidade de atribuir-se, sempre, um significado de amor a tais comportamentos. Por seu turno, sublinha-se como as idéias delirantes de dor e de ruína universal podem levar estes doentes a cometer verdadeiros extermínios, até mesmo fora do ambiente familiar (evento ainda mais raro que o precedentemente exposto).

Prosseguindo na análise das possíveis hipóteses tipológicas de crimes graves cometidos por sujeitos depressivos, Fornari e Rosso consideram que raramente encontram-se eventos em que não acontece o ato suicida, mas somente aquele homicida, em

razão da própria situação psicopatológica do distúrbio depressivo (dado que parece dissociar-se, como veremos em seguida, das constatações que extraímos da análise de 30 perícias psiquiátricas efetuadas sobre indivíduos depressivos, culpados de homicídio, tentado ou consumado).

Semerari e Citterio (1975) também dividem a opinião da escassa relevância de homicídios cometidos por pessoas diagnosticadas como depressivas, exceção feita àqueles familiares ou *pietatis causae*. "O valor criminógeno de tais formas não é elevado. Deve-se, entretanto, ter sempre presente o perigo de ações auto-supressivas ou do homicídio-suicídio".

No que tange aos sujeitos que cometem homicídio sem a paralela conduta auto-supressiva, a literatura específica concorda em afirmar que, mesmo em presença de distúrbios depressivos, exsurgem, com muito maior evidência, no plano da motivação, conteúdos ideativos vitimísticos-perssecutórios, de ciúmes, de vingança e de raiva. Em outras palavras, muitos destes sujeitos apresentam distúrbios de tipo depressivo-paranóide.

Ainda neste diapasão – explorado principalmente pela doutrina psicanalítica –, da passagem das instâncias auto-agressivas em hetero-agressivas, com a prática de condutas homicidas em substituição ao suicídio, Ponti, Ceretti e Merzagora (1990) frisam que, em tais casos, "realiza-se a fusão/confusão, os confins do *self* se perdem naqueles do outro, não existindo, assim, vida própria na ausência do outro". Os autores, sempre atentos a precisar o valor de mera hipótese de discussão das dinâmicas inter-relacionais, objeto de seus estudos, mostram-se igualmente atentos em assinalar a importância do relacionamento objetivo entre depressivo e vítima, frisando que "a situação depressiva, por definição, priva de alternativas e de projeções futuras, transforma em única a solução do homicídio/suicídio, sendo a própria fusão no outro a fazer com que matar e matar-se coincidam. Ou seja, no caso da relação dominante/dominado, é o 'escravo', enormemente oprimido e anulado na própria autonomia, que, ainda uma vez, encontra na própria eliminação e na do outro soluções equivalentes".

Ao concluir esta sintética panorâmica da literatura pertinente, faz-se mister ressaltar como o comportamento pós-delituoso do melancólico – segundo a orientação geral da doutrina – parece não apresentar equívocos de gênero. Normalmente o crime cometido pelo depressivo comporta implicações suicidas, e, somente quando estas não acontecem, cabe à justiça ocupar-se do mesmo. No dizer de Consiglio, imperioso que se explique o crime do melancólico "seguindo a sua lógica, sem substituí-la com a nossa. Somente assim conseguiremos entender que a causa do seu delito está além da vida e da lógica comuns, em uma zona sombria e fechada, onde é possível sentir, pensar e agir somente como sente, pensa e age um doente mental". Tais reflexões acabam por fornecer-nos uma chave de leitura atinente ao comportamento pós-delituoso do melancólico. Vale dizer, se o criminoso comum procura salvar-se, fugir, criar álibis ou inventar condições de impunibilidade, o melancólico, por seu turno, tende a suicidar-se caso tenha matado para suicidar-se, ou, ainda, a entregar-se, caso tenha matado para ver-se punido com uma condenação.

3. Metodologia da pesquisa

Foram examinadas 30 perícias, 15 relativas a mulheres e 15 a homens. Preliminarmente, foram recolhidas informações ligadas à anamnese, ou seja, atinentes à idade, escolaridade, profissão.

Sucessivamente, considerou-se a tipologia dos crimes (se homicídios tentados ou consumados), focalizando a atenção sobre as vítimas escolhidas, bem como sobre o *modus operandi*.

Os diagnósticos elaborados no momento da perícia basearam-se na criteriologia proposta pelo D.S.M. IIIR, tendo sido agru-

pados em cinco categorias distintas: a) episódio depressivo maior; b) episódio depressivo maior (tipo melancólico); c) episódio depressivo maior (marcado por manifestações psicóticas incôngruas com a tonalidade do humor); d) distimia; e) distúrbio de adaptação com humor depressivo.

Voltando a nossa atenção à específica análise da relação entre depressão e crime cometido, fez-se uma primeira distinção tipológica baseada em um critério temporal, tendo sido, desta feita, enquadrados os casos em duas classes diversas, quais sejam, depressão surgida depois do fato e depressão já existente ao momento do fato. A seguir, referidos grupos viram-se uma vez mais divididos, agora sob um prisma dinâmico-motivacional, vale dizer:

a) homicídio tentado ou consumado mais tentativa de suicídio *pietatis causa;*

b) homicídio tentado ou consumado mais tentativa de suicídio em razão da não solução da situação existencial;

c) homicídio tentado ou consumado contra vítima em sofrimento (eutanásia) mais tentativa de suicídio;

d) homicídio tentado ou consumado sem tentativa de suicídio.

A primeira hipótese abrange aquelas situações nas quais a realidade do depressivo leva-o a considerar absolutamente improponível não apenas a sua existência, mas também aquela dos que o cercam, e, em particular, a das pessoas mais estimadas. Nestes casos, como já exposto, a morte provocada em si próprio (suicídio), bem como aquela causada em outros (homicídio), torna-se, na mórbida visão do depressivo, a única solução possível face a uma vida repleta de dor e sofrimento.

Relativamente à segunda hipótese, desejou-se que englobasse os casos nos quais a depressão é significativamente ligada à percepção de uma situação existencial dramática, e, sob a ótica do depressivo, desprovida de qualquer possível evolução positiva. Em tais situações a realidade existencial vem percebida como invivível, ou, ainda mais gravemente, como inevitável e sem alternativas reais a serem percorridas. Nesta perspectiva, a morte torna-se não apenas a única válvula de escape de uma vida dolorosa, mas, também, e principalmente, onipotente "negação-supressão" do real. Típico desta categoria o homicídio-suicídio de pessoas ligadas por profundos vínculos afetivos, face a uma situação de total irreversibilidade da hostilidade oriunda de terceiros.

Quanto ao homicídio contra vítima que sofre, ou seja, a eutanásia, pode-se dizer que a tal categoria pertencem aqueles sujeitos nos quais a vivência depressiva é intensamente ligada à profunda participação afetiva na real e concreta condição de sofrimento sem esperança de uma pessoa amada.

Por derradeiro, é de considerar-se a hipótese na qual a motivação do gesto heterolesivo matura-se no contexto de uma condição depressiva, sem que, contudo, a diminuição da tonalidade humorística gere, também, um comportamento auto-lesivo.

Faz-se mister recordar que a tipologia utilizada neste trabalho para identificar as várias formas de relação entre depressão e homicídio, tentado ou consumado, não é exaustiva, constituindo, simplesmente, um dos vários tipos de pesquisa utilizável neste campo.

4. Análise dos dados

4.1 Hipóteses tipológicas

Analisemos os resultados numéricos extraídos da nossa pesquisa.

Em primeiro lugar, com o intuito de fornecer um sucinto panorama relativo aos dados de anamnese, vislumbra-se uma presença paritária entre autores do sexo feminino e masculino. Os níveis de idade em maior escala evidenciados são aqueles mais jovens, ou seja, dos 18 aos 29 (oito casos) e dos 30 aos 39 anos (igualmente oito casos). Quanto aos demais casos, em cinco deles não foi possível estabelecer tal

critério, sendo que os outros nove vêem-se distribuídos de forma decrescente em relação ao aumento de idade, a tal ponto que somente em dois deles os autores possuíam mais de 60 anos.

As tabelas sucessivas evidenciam os dados relativos à escolaridade e profissão dos sujeitos examinados:

Tabela 1 – *Grau de estudo:*

primário	10
5 a 8 séries	10
segundo grau	6
dado não conhecido	4

Tabela 2 – *Profissão*

estudante	10
operário	10
funcionário público	4
artesão/comerciante	4
dona de casa	5
aposentado	1
desocupado	2
dado não conhecido	3

Tais resultados quantitativos, que consideramos oportuno expor para fornecer alguns elementos de natureza biográfica e de colocação social ligados à nossa casuística, porque de fácil leitura e compreensão, dispensam maiores considerações.

No que pertine à análise do tipo de crime, ao invés, necessário evidenciar como as tentivas de homicídio são significativamente superiores aos homicídios consumados (respectivamente 19 e 11), dado que parece correlato ao alto número de dinâmicas delituosas baseadas em motivações demonstrativas, bem como ao uso de meios ofensivos, *v.g.*, gás, cujo êxito letal não é absolutamente seguro e imediato.

Mais especificamente, com relação ao *modus operandi,* verificou-se que em sete casos foi usado o gás, em nove outros arma de fogo, e, em oito, lançou-se mão de arma branca. Outras modalidades empregadas foram o afogamento, o sufocamento, o líquido corrosivo. Em um dos casos, ateou-se fogo ao apartamento da vítima, que morreu jogando-se da janela.

No que diz respeito às vítimas, a maioria encontrava-se no âmbito familiar, ou, senão, em situações de significativo relacionamento afetivo. Com efeito, 10 casos são de filicídio (autoria materna), oito contra o cônjuge, três contra os pais, quatro em desfavor do amante. Em dois delitos as vítimas eram meros conhecidos dos autores, e, nos três últimos, tratavam-se de pessoas absolutamente estranhas ao homicida depressivo.

Passando ao enquadramento diagnóstico, foram obtidos os dados expostos na tabela que segue:

Tabela 3 – *Diagnósticos segundo o D.S.M. IIIR:*

1. Episódio depressivo maior	10
2. Episódio depressivo maior (tipo melancólico)	5
3. Episódio depressivo maior (marcado por manifestações psicóticas incôngruas com a tonalidade do humor)	6
4. Episódio depressivo maior de grau leve	3
5. Distimia	4
6. Distúrbio de adaptação com humor depressivo	2

Nota-se imediatamente que a categoria diagnóstica mais significativamente representada é aquela da depressão maior, com uma relevante presença das sub-espécies "melancólica" e "psicótica". Tal dado quantitativo "bruto" permite a formulação de interpretações qualitativas repletas de significado.

Por primeiro, o comportamento homicida parece maturar-se não tanto em condi-

ções de diminuição crônica e duradoura da tonalidade do humor (distimia), onde a depressão torna-se uma espécie de traço característico, ou, ainda, de humor básico pertencente a um determinado estilo de vida, mas, sim, em pacientes nos quais a depressão, além de ser sintomatologicamente mais grave, configura particular ruptura com um equilíbrio precedente. Em muitos dos casos examinados exsurgiu, em termos cronológicos, que o delito foi precedido, até mesmo de pouco, pelo evidenciar-se *quid novi* do estado mórbido, representado pela aparição do episódio afetivo, individuado como descompensação aguda surgida em uma personalidade pré-mórbida, ao menos em parte estruturada e operativa.

Reflexão especial suscita a marcante presença da tipologia "melancólica", quadro caracterizado por particular gravidade sintomática. Tratam-se de sintomas importantes, que comprometem tanto a esfera psíquica, como aquelas somática e comportamental. Ademais, é uma condição na qual a diminuição da tonalidade do humor, além de grave, é também "invasiva", ou seja, atinge todas as áreas do funcionamento psíquico, distorcendo, inclusive, as funções cognitivas, e, em particular, o pensamento discriminativo, o que, via de conseqüência, abala tanto a capacidade de crítica como o juízo. Sob tal perspectiva explica-se a absurda "lucidez" que acompanha a prática, quer do homicídio quer do suicídio melancólicos, ambos caracterizados por uma "mórbida" coerência com a catastrófica visão de mundo do depressivo melancólico. Frise-se o modo particular que assumem as alterações da função "pensamento" no depressivo melancólico, e, mais especificamente, como o raciocínio evidencia-se muito menos lógico-discriminativo e muito mais "analógico", ou seja, como a tonalidade do humor, morbidamente melancólico, torna análogas e "uniformes", dentro da sua invasiva tonalidade depressiva, todas as perspectivas a partir das quais o melancólico "vê" a realidade.

Em terceiro lugar, deve observar-se a relevância que assumem as formas depressivas complicadas por manifestações psicóticas. Em tais casos, o quadro depressivo em qualquer modo constitui o substrato dos comportamentos auto e hetero-agressivos, sendo que a presença de sintomas psicóticos tolhe a pouca capacidade do ego de agir criticamente, permitindo, assim, a passagem ao *acting-out* resultante das componentes depressivas.

Confirmando o supra exposto, percebe-se uma escassa presença de situações distímicas – em nítido contraste com o alto índice desta enfermidade na população em geral, também chamada de neurose depressiva –, nas quais, obviamente, a menor gravidade do quadro clínico e, em particular, a ausência de manifestações psicóticas, reduzem o risco do *acting-out.* No mesmo diapasão, observe-se que, na distimia, a depressão vem percebida como dolorosa característica de um estilo de vida, mas não como ruptura crítica do equilíbrio do sujeito, podendo-se sustentar, desta forma, que a vivência subjetiva da distimia é, como já dissemos, a de um doloroso *modus vivendi,* mas não de uma ameaça para a vida.

Analogamente, sublinhe-se, em razão da baixa freqüência com a qual foram encontrados distúrbios de adaptação com humor depressivo, casos nos quais a disfunção da esfera tímica vem acompanhada, em posição secundária, de uma situação de desadaptação social mais generalizada, privada de componentes psicóticos.

Examinemos, agora, a tipologia predisposta, com base no que acabamos de relatar, visando avaliar as dinâmicas motivacionais e temporais. A próxima tabela contém os dados obtidos.

Tabela 4 – *Tipologia depressão/delito:*

1. depressão surgida após o fato..... 8
2. depressão presente ao momento do fato:

a) homicídio mais tentativa de suicídio *pietatis causa*..... 11

b) homicídio mais tentativa de suicídio em razão da não-solução da situação existencia..... 0
c) homicídio contra vítima em sofrimento (eutanásia) mais tentado suicídio..... 1
d) homicídio sem tentativa de suicídio..... 10

Resulta evidente como os casos analisados possam, essencialmente, ser subdivididos em apenas três categorias, quais sejam: crimes cometidos em ausência de depressão (nos quais a depressão eclode como reação ao evento criminoso e ao cárcere), crimes praticados com motivação "altruísta", no contexto de uma intenção suicida, e, por derradeiro, aqueles nos quais não se verificam componentes auto-agressivos. Note-se que a tabela contém apenas um único caso de eutanásia e nenhum devido à não-solução da situação existencial.

Iniciando com a primeira das categorias tipológicas, mister se diga, preliminarmente, como em tais contextos a depressão não possa, certamente, ser considerada como motivo da conduta delituosa, vez que exsurge sucessivamente ao crime. Oportuno, entretanto, ressaltar que – a despeito da freqüente diminuição da tonalidade do humor em autores de crime, ligada ao surgimento de sentimentos de culpa, ao cárcere, à redução das expectativas de vida etc. –, nos casos por nós analisados, as depressões reativas possuíam um quadro clínico singularmente grave e invasivo. Pode-se, a propósito, hipotetizar que o aparecimento de uma séria depressão após o delito seja mais comum entre autores de homicídio, tentado ou consumado, nos quais as vítimas fossem pessoas a eles afetivamente ligadas, que tenham sido gravemente investidas. Entretanto, sendo a nossa casuística quantitativamente limitada, não ousamos ultrapassar a mera hipótese de trabalho.

Significativo o número de homicídios *pietatis causa,* sobre os quais mister se façam algumas observações. Por primeiro, ressalte-se que, nestes casos, as vítimas são sempre pessoas ligadas aos autores dos crimes por estreitos vínculos de parentesco.

Importante, ainda, observar-se o quão invasiva é a experiência depressiva dos sujeitos ora em exame, a ponto de imporlhes uma visão apocalíptica da realidade circunstante, e, via de conseqüência, do destino das pessoas que a compõem. A morte assume, desta feita, significado de gesto liberatório, e, sob esta ótica mórbida, o gesto hetero-lesivo investe a pessoa amada no intuito de salvá-la.

Tais reflexões nos permitem hipotetizar, nestes casos, a presença do traço característico do grave depressivo, ou seja, aquele que a escola órgano-dinamista define como "megalomania depressiva". A sintomatologia depressiva possui, prevalentemente, um caráter inibitório, negativo. Em tais quadros, entretanto, verifica-se também a existência de uma "onipotência" depressiva, a qual, obviamente, se exprime em maneira destrutiva. Neste sentido, significativo constatar a relação entre a casuística supra citada e o conteúdo dos delírios depressivos, os quais nada mais são que uma representação interior, de tipo cognitivo, das mesmas vivências que os delitos trazidos à colação expressam, dramaticamente, em nível comportamental.

Por derradeiro, a categoria constituída por homicídios, tentados ou consumados, não seguidos de um ato suicida, compreende uma parcela significativa de casos. No que tange a estes, deve-se, preliminarmente, ressaltar a prevalência, nos mesmos, de sujeitos acometidos de episódio depressivo maior, marcado por manifestações incôngruas com a tonalidade do humor, bem como, e em segundo lugar, de distímicos. Pretende-se, assim, evidenciar a presença, em um mesmo grupo, de quadros depressivos com sintomas psicóticos e daqueles objetivamente menos graves. A propósito, pode-se formular as seguintes hipóteses interpretativas: os sujeitos acometidos de sin-

tomatologia psicótica cometem o crime não tanto em função do distúrbio depressivo, mas sim em razão da alteração de sua relação com a realidade, do comprometimento das funções do ego e, em alguns casos, de idéias nitidamente persecutórias. Nos sujeitos distímicos, ao invés, é possível pensar que a tonalidade depressiva, por que existente em modo constante, leve à atribuição de pouco peso e valor à integridade alheia, não sendo, pois, a depressão em si o real fator propulsor.

Como já assinalado por Ponti, Ceretti e Merzagora (1990), em alguns casos, pode acontecer, no plano da dinâmica relacional objetiva, uma imprevista conversão da auto em hetero-agressividade. Deixamos de fornecer, sob este aspecto, uma análise de mérito mais profunda em razão do significado e da finalidade deste trabalho, que prescinde de um estudo específico individual analítico de caso a caso.

Quanto à ausência na nossa casuística de fatos agrupáveis no ponto 2b, tabela 4, e à existência de um único caso pertencente ao grupo 2c da mesma tabela, oportuno sublinhar que tais espécies vêem-se consideradas como expressão de uma angústia existencial, não enquadráveis, portanto, em categorias clínico-psiquiátricas, e, via de conseqüência, psiquiátrico-forenses. Em outras palavras, nem todas as condições de desespero humano, mesmo que motivantes de grandes gestos, podem ser inseridas no âmbito da classificação clínica dos distúrbios depressivos, assumindo, desta feita, uma conotação muito mais de escolha, mesmo que extrema, de vida.

4.2 Imputabilidade

Continuemos a análise dos resultados da nossa pesquisa ocupando-nos da questão da imputabilidade.

Na tabela sucessiva (5) expusemos as conclusões psiquiátrico-forenses relativas aos sujeitos que examinamos.

Tabela 5 – *Conclusões psiquiátrico-forenses:*

Plenamente capazes	6
Vício parcial	15
Vício total	9

Do exame dos casos-objeto da nossa pesquisa exsurge que em seis das 30 ocasiões viu-se reconhecida a plena capacidade de entender e de querer do sujeito no momento do ato delitivo, em 15 delas, a capacidade parcial e, em nove, a absoluta incapacidade.

Nas tabelas sucessivas ilustramos a relação existente entre os juízos de capacidade, vício total ou parcial e os diversos tipos de patologia depressiva presentes na nossa casuística.

Tabela 6 – *Plena capacidade:*

1. Episódio depressivo maior	–
2. Episódio depressivo maior (tipo melancólico)	–
3. Episódio depressivo maior (marcado por manifestações psicóticas incôngruas com a tonalidade do humor)	–
4. Episódio depressivo maior de grau leve	1
5. Distimia	3
6. Distúrbio de adaptação com humor depressivo	2

Uma primeira consideração diz respeito ao momento no qual se manifesta a síndrome depressiva. Com efeito, em todos os sujeitos considerados capazes, a depressão surgiu depois do cometimento do crime, constituindo, assim, mera reação ao evento, e, obviamente, sem qualquer influência sobre o juízo de imputabilidade em âmbito perital.

Outrossim, constata-se que todos aqueles periciados tidos como capazes são afetos de componentes mórbidos depressivos de grau leve. Com efeito, observa-se que

nenhum deles insere-se na tipologia de episódio depressivo maior, com ou sem traços psicóticos ou melancólicos.

Um juízo de plena capacidade, como já dissemos, jamais verificou-se em presença de um diagnóstico de episódio depressivo maior, com ou sem traços psicóticos ou melancólicos, situação que acarretou o reconhecimento, ao menos, do vício parcial de mente. As próximas duas tabelas elucidam o argumento:

Tabela 7 – *Vício parcial de mente:*

1. Episódio depressivo maior.....	6
2. Episódio depressivo maior (tipo melancólico).....	2
3. Episódio depressivo maior (marcado por manifestações psicóticas incôngruas com a tonalidade do humor).....	4
4. Episódio depressivo maior de grau leve.....	2
5. Distimia.....	1
6. Distúrbio de adaptação com humor depressivo.....	1

Tabela 8 – *Vício total de mente:*

1. Episódio depressivo maior.....	4
2. Episódio depressivo maior (tipo melancólico).....	3
3. Episódio depressivo maior (marcado por manifestações psicóticas in côngruas com a tonalidade do humor).....	2
4. Episódio depressivo maior de grau leve.....	–
5. Distimia.....	–
6. Distúrbio de adaptação com humor depressivo.....	–

Da análise das tabelas ora expostas emerge, com clareza, um primeiro dado, qual seja, a síndrome depressiva maior incide, de forma notável, sobre o juízo de imputabilidade, constituindo-lhe uma causa de exclusão ou diminuição em um grande número dos casos. Posto que a enfermidade não é, por si só, suficiente para excluir a imputabilidade, abolindo-a somente quando em grau de interferir concretamente sobre a capacidade de entender e de querer, a depressão pode, pois, ser considerada (ao menos do que pudemos extrair da nossa casuística) uma patologia que assume, nas suas várias tipologias, uma relevância clínica capaz de comprometer acentuadamente as funções psíquicas dos sujeitos dela afetos.

Os dados numéricos confirmam a gravidade de tal condição mórbida, seja do ponto de vista quantitativo, seja daquele qualitativo. De fato, somente seis dos 30 sujeitos examinados foram considerados imputáveis.

Nos restantes 24 casos, a anomalia mental, presente no momento do fato, excluiu ou comprometeu gravemente a imputabilidade, configurando um estado patológico significativo.

Analisando o relacionamento entre as várias tipologias clínicas capazes de justificar um juízo de vício parcial de mente (tabela 7), percebe-se como aquelas do episódio depressivo maior (seis casos) e deste com manifestações psicóticas incongruentes com a tonalidade do humor (dois casos) sejam as mais freqüentes.

A derradeira categoria diagnóstica, ou seja, aquela do vício total de mente (tabela 8), vem, igualmente, representada pelo episódio depressivo maior. Assim é que quatro dos casos dizem respeito a sujeitos dele acometidos, três, a periciados nos quais o episódio depressivo maior assumiu o caráter melancólico, e dois, a depressivos com manifestações psicóticas. Nas formas mais leves da doença, naturalmente, jamais ocorre a total abolição da capacidade de entender e de querer, como claramente convalidado pela nossa pesquisa.

4.3 A periculosidade social

Analisaremos agora as possíveis relações entre o vício de mente, total ou parcial, e a periculosidade social. Os dados

revelados pela classificação perital estão expostos nas tabelas sucessivas:

Tabela 9 – *Vício total e periculosidade social:*

1. Episódio depressivo maior..... 3
2. Episódio depressivo maior (tipo melancólico)..... –
3. Episódio depressivo maior (marcado por manifestações psicóticas incôngruas com a tonalidade do humor)..... 2
4. Episódio depressivo maior de grau leve..... –
5. Distimia..... –
6. Distúrbio de adaptação com humor depressivo..... –

Tabela 10 – *Vício parcial e periculosidade social:*

1. Episódio depressivo maior..... –
2. Episódio depressivo maior (tipo melancólico)..... –
3. Episódio depressivo maior (marcado por manifestações psicóticas incôngruas com a tonalidade do humor)..... 2
4. Episódio depressivo maior de grau leve..... –
5. Distimia..... –
6. Distúrbio de adaptação com humor depressivo..... –

Por primeiro, observe-se que os prognósticos de periculosidade social são quantitativamente superiores nas tipologias onde viu-se reconhecido o vício de mente, total ou parcial (numa proporção de cinco casos para o vício total e três para o parcial). Ao depois, evidencie-se que a mesma periculosidade estava relacionada com episódios depressivos maiores, com ou sem traços psicóticos.

A ausência de prognósticos comportamentais negativos nos episódios depressivos maiores de grau leve, na distimia, nos distúrbios de adaptação bem como no episódio depressivo maior de tipo melancólico nos permite algumas considerações.

Primeiramente, notamos que nos casos em que a depressão constitui o substrato tímico de base, habitual e característico, ou mesmo assume formas menos graves e profundas, é incomum, em linhas gerais, encontrar comportamentos violentos hetero-lesivos, e, neste diapasão, parece-nos difícil hipotetizar a repetição de condutas agressivas futuras por parte de quem tenha cometido um crime, ainda que grave.

No tocante à ausência na nossa casuística de prognósticos de periculosidade social em distimias graves, é, provavelmente, de atribuir-se à exigüidade dos fatos examinados, situação que pode gerar uma aderência limitada à realidade clínica. Ressalte-se, entretanto, que, na maior parte destes casos, a dinâmica de base dos delitos é aquela típica do "homicídio altruísta", na qual o doente, transtornado pela síndrome depressiva, como já visto, premedita o suicídio com fria determinação, propondo-se a "levar" consigo os afetos mais preciosos, livrando-os, desta feita, de uma realidade de dor e angústia.

Exatamente em razão desta dinâmica peculiar, em tais doentes, a propensão a delinqüir, ou seja, a possibilidade de repetir, no futuro, atos violentos, parece ligada, além de ao quadro mórbido, a situações objetivas de tempo e espaço, dificilmente repetíveis, o que geraria uma reduzida, senão ausente, periculosidade social. Em outras palavras, o juízo de não periculosidade social estaria ligado ao fato da vontade homicida, conexa indiscutivelmente a uma intenção suicida, recair sobre vítimas individuadas e bem precisas, vale dizer, pessoas conhecidas e amadas (filhos, pais, amantes, cônjuges), no âmbito de uma específica relação, que pode, todavia, ser absolutamente superada, uma vez passado o momento agudo da síndrome depressiva ao interno do delito.

Por derradeiro, oportuno assinalar a presença de prognósticos comportamentais

negativos em quatro casos diagnosticados como episódios depressivos maiores, com complicações psicóticas. Neste diapasão, o juízo de periculosidade atrela-se, antes mesmo que à depressão, a alguns elementos característicos e típicos dos traços psicóticos. Os fatos cometidos por tais sujeitos, incompreensíveis e ilógicos, deitam raízes na desestruturada visão do ego e da realidade. Freqüentemente, em tais casos, verificaram-se fenômenos alucinatórios e delírios, sobretudo com conteúdo persecutório, que transtornaram e condicionaram o estado psíquico dos pacientes.

Outro elemento confirma o possível – mesmo se, obviamente, não absoluto – juízo prognóstico negativo em relação a tais sujeitos: os homicídios cometidos por psicóticos não se resumem à esfera familiar, dirigindo-se, também, contra pessoas desconhecidas (o que reafirma a "irracionalidade" do delito do ponto de vista motivacional).

Ademais, tal categoria compreende a maior parte dos casos nos quais o homicídio não vem seguido de suicídio. O crime não apresenta, pois, uma conotação "altruísta", expressando, sim, uma "descarga" violenta relacionada com a conflituosidade e a angústia psicóticas.

Os dados revelados na nossa pesquisa atestam, com evidência, que a previsão positiva de periculosidade social, mesmo sendo pequena nas sintomatologias depressivas, concentra-se, prevalentemente, naquelas agravadas por traços psicóticos.

5. Notas conclusivas

Na conclusão deste trabalho, mister se ressalte alguns aspectos mais relevantes e significativos.

Por primeiro, a alta porcentagem, na nossa casuística, de interferência sobre a imputabilidade por parte dos quadros depressivos, bem como a sua reduzida periculosidade social, ligadas à presença, ou não, de situações diagnosticadas como episódios depressivos maiores, caracterizados, ou não, por traços melancólicos ou psicóticos. Vale dizer, comportamentos hetero ou auto lesivos por parte de sujeitos com redução da tonalidade do humor evidenciam-se, como era de se esperar, em quadros depressivos particularmente graves, invasivos, disturbantes.

Ao depois, recordemos a subdivisão dos nossos casos no âmbito da tipologia predisposta, em homicídio *pietatis causae*, em homicídio sem tentativa de suicídio por parte do autor do delito, e, por fim, da depressão surgida como conseqüência do crime. Neste prisma, escassa a presença da eutanásia e ausente, por completo, ao menos nas pessoas que examinamos, aquela do homicídio-suicídio ligado a situações de realidade particularmente hostis.

Finalmente, sublinha-se a dimensão "afetiva" e "familiar" dos casos considerados. Tal circunstância encontra explicação na mudança que a depressão gera no mundo afetivo do paciente, distorcendo, em primeiro lugar, exatamente a experiência relacional com as pessoas mais próximas. E é exatamente nesta perspectiva que se pode interpretar o fato de serem as vítimas dos crimes cometidos por depressivos, ou seus familiares, ou outras pessoas que lhes sejam emotivamente significativas. Particularmente indicativo, neste sentido, o número de filicídios que se enquadra, compreensivelmente, nestas últimas considerações.

Bibliografia

BLEULER, E. *Trattato di psichiatria.* Milano : Feltrinelli, 1967.

CAMPBELL, J. D. *Maniac depressive disease.* Philadelphia : Lippincott, Montreal : London, 1953.

CONSIGLIO, G. *Melanconia e crimine.* Cacucci editore, bari, 1976.

FERRIO, C. *Trattato di psichiatria clinica e forense.* Torino, 1959.

FORNARI, U., GASCA G. Criminogenesi e criminodinamica nella psicosi maniaco depressiva. *Revista de Criminologia Clínica,* 1970, Vol. XII.

FORNARI, U., ROSSO, R. *Depressione psico patologia e reati contro la persona. Contributo psichiatrico forense.* Relação apresentada no II Congresso Sardo de Psiquiatria Clínica e Psicopatologia Forense (3-5 junho de 1990).

GALLINA, Fiorentini P. *Aspetti psicopatologici negli autori di figlicidio.* Rassegna di Criminologia, XII, 1981.

LOMBROSO, C. *L'uomo delinquente.* Torino : Bocca, 1884.

PONTI, G. *Compendio di criminologia.* Milano : Cortina, 1990.

PONTI, G., CERETTI, A., MERZAGORA, I. *Il viraggio dall'auto all'eteroagressività nell'omicidio del depressivo.* Relação apresentada no II Congresso Sardo de Psiquiatria Clínica e Psicopatologia Forense (3-5 junho de 1990).

SEMERARI, A., CITTERIO, C. *Medicina criminologica e psichiatria forense.* Milano : Vallardi, 1975.

SHOP, R. F. *Depression, the insanity defense and civil committmente: foundations in autonomy and responsibility.* Int. J. Law a. Psychiat., 12/1, 1989.

STASSMAN, F. *Medizin und strafrecht.* Berlin : Langescheidt, 1911.

TANZI, E. *Psichiatria forense.* Milano : Vallard.

TANZI, E., LUGARO, E. *Trattato delle malattie mentali.* Milano : SEI, 1923.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.4

¿HACIA UN NUEVO CONCEPTUALISMO JURÍDICO?

MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA

1. Hará pronto veinte años que Bettiol pronunció en el Instituto Italiano de Cultura, de Atenas, una conferencia, inteligentísima y bellísima, como suya, que en seguida publicó como artículo en Italia y sin tardar tradujo pulquérrimamente al castellano nuestro amigo Carlos Antonio Tozzini, institulada *¿Hacia un nuevo romanticismo jurídico?* El principal peligro que advertía en ella y contra el que iban dirigidos los agudos dardos de su disertación era lo que constituyó, no sin razón, la bestia negra de Bettiol, y no sólo de Bettiol: la nueva defensa social.

Bajo su sugestión, pero percibiendo al presente nuevos peligros y dirigiendo nuestras reflexiones y nuestros razonamientos sobre otros blancos, venimos meditando y preguntándonos hace tiempo, y hemos hablado de viva voz en público este año 1997, acerca de si la doctrina marcha en nuestros días *hacia un nuevo conceptualismo jurídico.*

2. En efecto, parece que en la actualidad asistimos – a lo menos, dentro de los dominios de la ciencia penal – a una renovada indagación, más acuciosa acaso que la del siglo pasado, en busca y captura de los conceptos más elementales de la realidad jurídica, a partir de los cuales y mediante un proceso de abstracción creciente se van obteniendo conceptos cada vez más amplios y generales, descubriendo consecuencias ínsitas y quizá no patentes en su concatenación y elaborando las diversas construcciones de las distintas instituciones, hasta culminar en un sistema omnicomprensivo y autosuficiente, cerrado, que ordene en y reduzca a una unidad conceptual la realidad normativa del ordenamiento y que permita descender a nuevos conocimientos y resolver o disolver lógicamente cuantas dificultades y antinomias se presenten o latan en su seno; todo ello – y esto es lo característico –, prescindiendo de cualquier cuestionamiento acerca de su contenido y, por consiguiente, de la consideración de los valores que lo informen y trate de realizar y de los fines hacia los que tienda y que se proponga alcanzar, o sea, contemplando la materia jurídica recortada sobre sí misma, en su mera entidad formal y aislada de cualquier otra, como si por su propio ser se mantuviera situada en una campana pneumática. En lo essencial, tal concepción y tarea de la ciencia jurídica no difiere de lo que Puchta llamó en su tiempo la "genealogía de los conceptos", ni de lo que Ihering denominó en su primera época la "química del Derecho", con su determinación de los elementos simples de éste, su análisis cualitativo y cuantitativo de ellos y su combinación posterior en cuerpos más o menos complejos y las relaciones de unos y otros cuerpos entre sí.

3. Tal criterio y proceder se aprecia bien hoy en no pocas exposiciones sistemáticas del Derecho penal – por lo demás, con frecuencia, muy inteligentes –, que hacen caso omiso de lo que se suele denominar la Introducción, que, más o menos amplia y mejor o peor tratada, no faltaba en los libros de conjunto tradicionales, ni en los programas de cátedra y en las explicaciones profesorales, como tampoco falta en algunos actuales, o sea, de toda consideración sobre la noción de semejante rama jurídica, su naturaleza, sus caracteres y sus relaciones con otras, sobre la ciencia que se ocupa de

ella, su puesto en el *corpus scientiarum*, el valor de sus conocimientos y el método adecuado para obtenerlos, así como sus relaciones con otros saberes, y sobre la fundamentación de este Derecho, sea la histórica o la filosófica, comenzando por un estudio conciso de los problemas peculiares de la ley penal o incluso en ocasiones directamente por la teoría y dogmática del delito y concluyendo a veces con este mismo o a lo sumo con unas referencias sucintas a la pena, sin atender o concediendo poco espacio a las cuestiones de su determinación y a las de su ejecución, cuando es básico, y resulta evidente, que todo el estudio del delito no está orientado sino hacia ni tiene sentido fuera de la imposición y ejecución de la pena. Y, por supuesto, para nada cuentan en la reelaboración dogmática de las sucesivas instituciones sus orígenes y su evolución, es decir, el proceso en que se conforma su estructura del presente, ni su significado en el medio social a que pertenecen y en el que se las debe aplicar, ni los valores ni los fines que las inspiran y a que responden.

Estas carencias, que son comunes al desarrollo de la Parte general y al de la especial, apenas se palian, en el estudio de los delitos en particular, con unas referencias más o menos detenidas y certeras acerca del bien jurídico por razón o para protección del cual está cada uno de aquéllos configurado, cuyo perfil, empero, no es fácil de trazar o de captar e muchas ocasiones sin tener en cuenta un determinado proceso de cultura, con su carga de pasado, su realidad actual y su proyección futura, en el cual están insertadas las diferentes especies criminales.

4. Se tiene aquí la contemplación, y aun la concepción, expresa o tácita, del ordenamiento jurídico como un objeto de la naturaleza, dado en su determinación y permanencia fuera del tiempo y de la historia y ajeno a valoraciones y finalidades, y la consiguiente utilización del método inductivo, complementado por el deductivo, característico de las ciencias naturales, sin que, por otra parte, deje de manifestarse un deslumbramiento por y una decidida aspiración a la rigurosidad y la validez incondicionada de las ciencias ideales, que lleva en muchos casos de ingeniosa combinación de imaginación y de razón a aplicar las más exquisitas reglas y posibilidades de la lógica a la discusión y resolución de hipótesis tan sutiles y complicadas cuanto alejadas de la vida real, en pos siempre de una acabada coherencia y perfección formal. Ahora bien, el formalismo conducido hasta sus últimas consecuencias ha de desembocar en la pureza jurídica.

Mas acaso no esté fuera de lugar ni sea inoportuno recordar lo que Sternberg dejó escrito del formalismo jurídico, bien confirmado en los hechos, a saber, que no es sino un intelectualismo extremado, un exceso o excrecencia de la actividad lógica en la ciencia del Derecho, alentada por una fe en la autoridad y el poder mágico de la elaboración y las relaciones de palabras y conceptos, bajo las cuales se pierde de vista como cubierta con un velo la finalidad de las normas; o, más en breve, que se trata de la obra alambicada de lo que en el fondo no pasa de ser un verdadero fetichismo verbal.

5. Esta actitud y este proceder estaban perfectamente justificados y eran perfectamente comprensibles a mediados del siglo XIX, bajo el peso de la noción tradicional de ciencia que la reducía al saber de lo universal por causas y constituía así a la ciencia natural, la que determina relaciones universales y constantes entre los fenómenos, en el paradigma del conocimiento científico; tradición milenaria que reforzaban entonces los portentosos adelantos de las diversas ciencias naturales, sus fecundas aplicaciones en muy distintos órdenes de la realidad y de la vida y las magnas transformaciones que provocaban en el mundo. O se adoptaba, pues, el criterio y los métodos de la ciencia de la naturaleza o no había saber científico; y bien representativa es al respecto la conferencia berlinesa de von Kirchmann de 1847 sobre la falta de carácter científico de la jurispru-

dencia, con su contraste de la regularidad con que brillan hoy el sol, la luna y las estrellas como hace millares de años y con que florecen hoy las rosas igual que en el paraíso, y la mutabilidad constante del Derecho, en el que tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en papeles inútiles, y su comparación entre la altura de miras que se advierte en la ciencia de la naturaleza y la carencia de dignidad en el Derecho para ser objeto de una ciencia. No cabía, por ende, otra solución a los juristas sino la de asimilar sus estudios a las ciencias por excelencia, indudables, las ciencias naturales.

6. Sin embargo, como dijo Hamlet a su fiel amigo Horacio, "hay en el cielo y en la tierra más que lo que puede soñar tu filosofía". La realidad es, por fortuna, de una riqueza y una variedad incomparablemente más vastas que cuanto puede abarcar y entender una concepción unilateral y autosatisfactoria de las cosas. Al lado o además de los objetos y los fenómenos naturales, del mundo de la naturaleza, y aun sin contar aquí los entes ideales, existen los objetos y los fenómenos culturales, que componen el reino de la cultura, la cual, según la definición de Max Ernst Mayer en su *Parte general del Derecho penal*, en 1915, reproducida en su *Filosofía del Derecho*, de 1923, consiste en "el cultivo de un interés común y de la situación resultante, situación que está matizada por un acento de valor", o sea, que consta, no de los objetos materiales, ni siquiera sumándoles los intelectuales y morales, que entran en su ámbito, ni tampoco de los valores que la constituyen y dan sentido, en cuanto unos y otros son sólo o se les mira sólo como tales, sino de su combinación, o, mejor, de los primeros matizados, transmutados en su naturaleza por la inhesión a ellos de los segundos; o en sus propias palabras: "la cultura es una realidad transformada en realidad valiosa, un valor convertido en real". O, recordando expresiones bellísimas, tanto como significativas y exactas, de otro iuspenalista y iusfilósofo, Radbruch, la cultura es "el reino del humano anhelar y crear que se halla situado entre el reino natural del ser y el reino ideal de los valores puros", un "reino intermedio entre el polvo y las estrellas".

Los objetos y los fenómenos de la cultura se dan, ante todo, en la realidad natural, pero difieren de ella por su referencia a valores. Utilizando de nuevo una hermosa frase de Radbruch, participan en las leyes de causalidad de la tierra, pero también del impulso ascensional hacia las supremas alturas.

El reconocimiento y la adopción de ciertos valores suscita intereses cuyo cultivo y desarrollo implica la propuesta de fines congruentes, que a su vez exigen la fijación de pautas o normas de conducta que lleven o tiendan a su consecución.

Con lo cual se puede resumir, en términos muy generales, que la cultura está integrada por un conjunto infinito y heterogéneo de objetos, fenómenos y comportamientos referidos, todos, a fines valorados.

7. Las estimaciones y preferencias que erigen o distinguen los valores que constituyen y animan, inspiran, los intereses sociales y, en definitiva, originan las finalidades humanas y las consiguientes reglas de conducta, son variadísimas e innumerables y dependen de apreciaciones que se alteran y suceden continuamente. De ahí, por un lado, la inmensidad y la diversidad de aspectos y matices, que nunca se puede captar por completo, de una misma cultura, y, por otro, la evolución y variación constante de toda cultura. Los valores se prefieren o se pretieren y los fines se proponen y se mudan en sucesión, a las veces apresurada o despaciosa, pero siempre incesante, lo cual significa que la cultura se desarrolla y evoluciona en y con el tiempo, o, dicho de manera más radical, que es historia, pues la historia no consiste sino en cambio con arreglo a valores en el tiempo, y en ello se distingue del simple transcurrir o devenir y de los procesos y las transformaciones naturales.

A diferencia del mundo de la naturaleza, que – a lo, menos, contemplado macroscópicamente – es el reino de la determinación absoluta y de las relaciones universales y constantes, el mundo de la cultura es el reino de lo individual, pues el individuo lo es por la asunción de ciertos valores y su proposición de ciertos fines; y claro es que, así como, conforme a su noción tradicional, la categoría de ciencia se restringía a los saberes de lo universal por causas, existen y se admiten hoy saberes de lo individual, que elaboran y manejan conceptos de lo individual y no son por ello menos científicos, ya que sus conocimientos se obtienen mediante el empleo de métodos adecuados, poseen una demostrabilidad rigurosa y una validez tan amplia como cualquier otra y permiten una acabada ordenación sistemática. De la índole de tales conceptos se deriva, y no obsta a su carácter científico, que hayan de ser contemplados en una constelación de tiempo, estimaciones y propósitos.

A estas alturas nadie dudará de que el Derecho tiene su lugar propio dentro de la cultura y su estudio el suyo entre las ciencias culturales.

8. La particularidad de los componentes de la cultura y de las ciencias que los estudian y de los conceptos que aquéllas alumbran se comunica necesariamente al carácter de sus métodos de investigación, que tienen que ser individualizadores. Ya se sabe que el método apropiado para captar los valores es la comprensión. Ahora bien, como quiera que los objetos y los fenómenos culturales no se dan aislados, sino en un contexto nutrido y complejo y en un fluir ininterrumpido, plexo y corriente donde cobran entidad y sentido e interactúan con otros, su comprensión a fondo, así como la de los valores que los inspiran, precisa contemplarlos en sus relaciones con otras las más varias manifestaciones y con momentos diversos del valorar y del hacer humano.

Por otra parte y puesto que los valores se realizan mediante la fijación y la consecución de fines determinados, en las disciplinas culturales se precisa asimismo desentrañar y esclarecer tales fines y atender a ellos para formar los conceptos y las series de conceptos, lo que se ha llamado la formación teleológica de los conceptos, o sea, se ha de emplear el método teleológico, a cuyo servicio pueden resultar útiles técnicas y procedimientos muy variados.

Mas los valores y los fines, como la cultura en general y, por tanto, también el Derecho, forman un fluir constante, cuyos distintos objetos y fenómenos no son sino instantes o cortes que se originan en los que les preceden y originan a su vez los que les siguen, por lo que las ciencias culturales, y, por ende, la jurídica, recurren a lo pasado para conocer en su viva complejidad y riqueza lo presente y desde él, con una reflexión crítica y prospectiva y un afán dinámico y creador, otean el porvenir. En lo punitivo esto es la política criminal.

Resumiendo lo que precede y cerrando el círculo, la indagación histórica suele decisiva para descubrir y comprender los valores que informan una parcela de la cultura, y, en consecuencia, lo jurídico, y para instruirse de las finalidad a que se ordena, por lo que se constituye en herramienta y complemento importantísimo del método teleológico.

9. De ningún modo se propugna así la conversión de los dogmáticos en historiadores, sino algo mucho más racional, factible y eficaz, a saber, que aquéllos se percaten de que para su cometido el método y los conocimientos históricos, muy a la inversa de ser un lujo, resultan, más que útiles, sencillamente imprescindibles, y que redundan en una comprensión adecuada y una aplicación proficua de las normas y del ordenamiento que en su conjunto éstas constituyen, extrayendo y adoptando con inteligencia y acierto para los diferentes casos que se vayan presentando en su aplicación cotidiana cuantas virtualidades, explícitas o implícitas, laten en su seno.

Pero tampoco se debe confundir de ningún modo con el método y los conocimientos históricos cualquier referencia o

evocación del ayer, próximo o remoto, por el ayer mismo y solo, que no tenga o desatendiendo alguna conexión con lo actual. Una cosa es el estudio de las antigüedades jurídicas en cuanto tales y meras antigüedades, que, cuando no es vana erudición, corresponde a la arqueología jurídica, y otra muy distinta servirse de lo que fue para comprender la derivación y significación de lo vigente, y quizá para columbrar la aparición o postular el establecimiento de instituciones o regímenes más perfectos.

La falta de interés por los contenidos axiológicos, las directrices finalistas y los fundamentos y condicionamientos históricos del Derecho penal o de sus instituciones indica una visión naturalista que lo sitúa en el plano de lo natural; criterio tanto más llamativo y menos plausible cuanto que las ciencias de la naturaleza no se desentienden del origen de sus objetos y los procesos en que se han formado y han llegado a ser lo que y como son, siquiera, lógicamente, esta inquietud haya de ser satisfecha en ellas por otros saberes, pues tal origen y tales procesos han dado lugar a los objetos de que se ocupan, pero no hacen parte de su entidad, mientras que en lo jurídico valores, fines e historia, no sólo lo configuran, sino que funcionan como médula y motor.

10. Una ausencia notable en los libros modernos de Derecho punitivo es la de cualquier noticia o desarrollo acerca de sus bases filosóficas. Tal vez se alegue que es tema antes de la Filosofía jurídica que de la dogmática penal, pero bien se sabe que tanto las legislaciones como las teorías, no ya en lo concerniente a la penalidad, sino también en lo referente al delito, se asientan siempre en una determinada concepción del hombre, de su puesto en el mundo y de sus vinculaciones con los demás, y que las leyes y el pensamiento varían *pari passu* con los cambios que se operan al respecto en las doctrinas filosóficas, hasta el extremo de que se suele no entender nada del pensamiento penal, incluso en las cuestiones más elementales, sin tener claro su trasfondo filosófico. Y es un hecho elocuente e innegable el de que casi todos los grandes iuspenalistas han sido al mismo tiempo verdaderos iusfilósofos o por lo menos han poseído muy respetables conocimientos de tal especie. Por ello, eludir o hurtar esta consideración de lo criminal y lo punitivo priva de fundamento y solidez al sistema, rebaja el nivel y la calidad de la enseñanza y amputa o ciega sus posibilidades de eficacia.

Y no está exento de relación con tal carencia el parco o nulo espacio e interés que se concede a la pena, en cuyo concepto, en cuyos caracteres, en cuya finalidad y en cuya aplicación, o sea, en cuya graduación y en cuya ejecución, se juega, empero, el sentido, la razón de ser y el destino de esta dolorosa rama del árbol jurídico, y su entendimiento y el juicio que merezca. Ciertamente, son cuestiones menos elaboradas que la teoría de la infracción criminosa, donde hay menos material a que atenerse y que seguir con grandes elucubraciones y pequeñas modificaciones que reporten fácil reputación de originalidad, pero de quien no aprecie la sobrecogedora magnitud de semejantes cuestiones cabe asegurar que es inapto para estremecerse con lo tremendo y lo trágico e insensible para los sufrimientos más atroces de los hombres y las tiernas quejas de la fraternidad.

11. Por último, una observación análoga es dable agregar a propósito del generalizado silencio acerca de los nexos existentes entre lo penal y lo político, que son mucho más profundos e importantes que los problemas a que se entrega la hodierna dogmática, relativos a la interpretación de las leyes criminales en conformidad con las prescripciones constitucionales, la atención que deben aquéllas prestar al señalamiento o realce, en las respectivas constituciones, de algunos bienes jurídicos, y otros similares.

Bettiol destacó en la Universidad de Trieste, durante "los borrascosos meses del invierno de 1944 a 1945", que para la "tendencia metodológica que consideraba la estructura formal de la norma jurídica como el único dato que el jurista debía examinar"

el estudio de los nexos entre Derecho penal y política era irrelevante; y sin embargo, juntamente con el procesal, pero de distinto carácter, las relaciones más ricas y estrechas del Derecho penal con otras ramas del ordenamiento jurídico son las que guarda con el político, porque, en lo genuino de unas y otras, mientras las primeras tienen un significado funcional o de aplicación, las últimas designan el sentido u orientación del Derecho punitivo.

Aparte del conocido fenómeno de que el Derecho político o constitucional, como cualquier otro, crea y establece bienes jurídicos, cuya protección refuerza el penal, lo interesante es que aquél señala a éste su finalidad concreta y le imprime en cada caso características precisas. Es un hecho innegable, y bien conocido, que apenas se produce en un país un cambio político, y quizá, envuelto en él, un cambio social, se opera asimismo otro, del mismo volumen y dirección, en la legislación penal. Puede decirse, pues, que la legislación penal es expresión siempre de una determinada concepción y organización política.

Las razones del influjo de lo político sobre lo penal son claras. El Derecho político, reflejando o concretando la concepción que lo anima acerca del hombre en sus relaciones con la sociedad, delinea la esctructura de esta sociedad y la situación en que se encuentra el individuo dentro de ella, y condiciona al mismo tiempo la jerarquía de los bienes jurídicos, con lo cual determina el tipo de organización que el Derecho penal debe proteger, así como los objetos más importantes con arreglo a las valoraciones dominantes, que merecen y exigen también, por tanto, la protección más drástica del ordenamiento, mediante la incriminación y punición de las actividades más graves y verdaderamente insoportables que los dañen o pongan en peligro. O tal vez con mayor sencillez: siendo el Derecho penal de carácter público y encargado de proteger con mayor eficacia que ningún otro la subsistencia, seguridad y organización de la sociedad y los demás bienes jurídicos estimados en ella de principal importancia, se comprende que dependa en su orientación, e incluso en lo substancial de su contenido, de la conformación de dicha sociedad y que los bienes considerados más importantes cambien según las concepciones y valoraciones sociales encarnadas en una organización política. Y, por otra parte, la mentada posición del individuo en el conjunto social señala la intensidad posible de la acción estatal sobre él y fija, de consiguiente, las limitaciones de la función penal. Mas, por esto mismo, con razón pensaba Soler que "a un Estado siempre se le puede decir: muéstrame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo". Y que en todo ello influyen puntos de vista y requerimientos filosóficos parece evidente.

De lo cual se desprende que la comprensión de una legislación penal precisa tener presente y estudiar con cuidado la concepción y el ambiente político a que responde, o, en sabias palabras nuevamente de Bettiol, "que sin la 'comprensión' del momento político y del *milieu* político, en los que una legislación penal viene a la luz y obra, no se puede de ninguna manera entender su alcance y su íntimo valor".

12. Y, para concluir, hay que declarar que en manera alguna cabe menospreciar la significación capital que tuvo el antiguo conceptualismo jurídico, es decir, la pandectística alemana, para la creación y configuración de la ciencia del Derecho moderna y para concebir y dejar para siempre establecidas sus grandes tareas. Incluso hay que reconocer que su propio formalismo era necesario para enfocar y desarrollar su cometido. Otras escuelas y tendencias le siguieron de inmediato, que denunciaron y corrigieron sus excesos y colmaron sus deficiencias, quizá a veces con exageraciones que luego ha sido preciso moderar.

Con sus limitaciones, estuvo al nivel de su tiempo y fue fecundo. Otra cosa es dar un enorme rodeo, desentendiéndose de cuanto después se ha aportado a la amplitud de miras de la dogmática y a la profundidad

de sus conocimientos, y también de la realidad y de la vida, y entretenerse a estas alturas en concepciones equiparables a las de antaño, pero hoy menos justificables y radicalmente estériles. En la simplicidad de sus líneas, en el ingenio de sus planteamientos y discusiones, en la depuración y la lógica de los sistemas, pueden resultar seductoras. Pero no se trata de idear gambitos y lucirse jugando al ajedrez, sino de dedicarse con inteligencia y seriedad al estudio y la aplicación del Derecho como medio que garantiza la libertad individual en concurrencia y armonía con la libertad de todos. *Sancta sancte*. Que los hombres no se han hecho para el Derecho y su ciencia, sino el Derecho y la jurisprudencia para los hombres.

De Ihering, el Ihering de la *Jurisprudencia en broma y en serio*, aquel que se paseaba cáustico y desdeñoso por el cielo de los conceptos jurídicos y que antes había blandido su lanza contra "el culto a la lógica que transforma a la ciencia jurídica en una especie de matemática", son estas palabras: "¡Escribir sobre Derecho pasando por alto deliberadamente la aplicabilidad práctica de la materia es como construir un reloj poniendo gran empeño en su ornato, pero ningún cuidado en la marcha de su mecanismo!".

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

ADA PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: 1. Justificativa do tema – 2. Significado e alcance da expressão "sistema acusatório" – 3. Sistema acusatório e *adversarial system* – 4. A concepção publicista do processo e sua função social: o papel do juiz – 5. A iniciativa instrutória do juiz no processo moderno – 6. Os limites da atividade instrutória oficial: contraditório, motivação das decisões judiciárias, licitude (material) e legitimidade (processual) das provas – 7. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal e no processo civil. Verdade real e verdade formal – 8. Conclusões.

1. Justificativa do tema

A propagação do modelo acusatório na América Latina, indubitavelmente promovida pelo Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, acarretou em diversos países e está trazendo em outros profundas modificações no sistema inquisitório antes difuso na América espanhola, com evidentes vantagens no tocante a um processo aderente às garantias constitucionais e fiel às normas da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

No entanto, alguns equívocos têm surgido aqui e acolá, a partir da errônea concepção do que se deve entender por "processo acusatório e processo inquisitivo", assim como pelo significado da expressão "processo de partes", ligada ao primeiro modelo.

Esses mal-entendidos têm induzido alguns teóricos e certos sistemas a confundir o sistema acusatório moderno com o *adversarial system* dos países anglo-saxônicos, com profundas repercussões sobre o papel do juiz no processo penal.

Desfazer esses equívocos, ou ao menos esclarecer alguns conceitos, é o objetivo deste trabalho.

2. Significado e alcance da expressão "sistema acusatório"

A ambigüidade e indeterminação do binômio acusatório-inquisitório são conhecidas, sendo polivalente seu sentido. Por isso nos preocupamos, em diversos escritos, em salientar aquilo que distingue, sinteticamente, o modelo acusatório do inquisitório. No primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto no segundo as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. É só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum,* de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da administração da justiça. Onde aparece o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo.

Decorrem desse conceito sintético diversos corolários: a) os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente

para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforisma latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural.

Essas idéias, expostas e publicadas em diversas oportunidades no Brasil e no exterior – incluindo diversas jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual – jamais mereceram qualquer contestação. Vê-se daí que o conceito de processo acusatório e de processo de partes (no sentido de a acusação e a defesa serem sujeitos da relação jurídica processual, juntamente com o juiz) nada tem a ver com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal.

3. Sistema acusatório e *adversarial system*

O que tem a ver, sim, com os poderes instrutórios do juiz no processo é o denominado *adversarial system*, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao *inquisitorial system*, da Europa continental e dos países por ela influenciados.

Denomina-se *adversarial system* o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No *inquisitorial system*, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. Vê-se por aí a importância do correto entendimento dos termos *acusatório-inquisitório* (no sentido empregado no n. 2 deste trabalho) e *adversarial-inquisitorial* (no sentido utilizado agora). O termo processo *inquisitório*, em oposição ao *acusatório*, não corresponde ao *inquisitorial* (em inglês), o qual se contrapõe ao *adversarial*. Um sistema acusatório pode adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*, expressão que se poderia traduzir por "processo de desenvolvimento oficial". Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial.

Acusatório-inquisitório e *adversarial-inquisitorial* são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente. De um lado, portanto, o contraste ocorre entre sistema acusatório e sistema inquisitório, no sentido empregado para o processo penal no n. 2 deste estudo; do outro lado, a oposição manifesta-se, tanto no processo penal como no civil, entre o *adversarial* e o *inquisitorial system*, vale dizer entre um processo que, uma vez instaurado (mantido, assim, o princípio da demanda, ou *Dispositionsmaxime*, na terminologia alemã), se desenvolve por disposição das partes (o que se denomina em alemão *Verhandlungsmaxime*) e processo de desenvolvimento oficial.

Para ilustrar o segundo binômio – condução do processo por disposição das partes e desenvolvimento oficial –, especificamente no que diz respeito à iniciativa probatória, vale lembrar o caso referido pela literatura inglesa relativamente a juiz cujo julgamento foi anulado, sendo o magistrado convencido a demitir-se, por ter formulado às testemunhas perguntas demais, o que feriria o *fair trial*. Como bem aponta José Carlos Barbosa Moreira, no nosso sistema bem que alguns juízes mereceriam, ao contrário, ao menos uma advertência por fazer poucas perguntas, ou nenhuma (Notas sobre alguns aspectos do processo – civil e penal – nos países anglo-saxônicos. *Revista Forense*, v. 344, p. 98).

Cumpre observar, ainda, que nos próprios ordenamentos anglo-saxônicos existem várias exceções à regra do predomínio das partes, abrindo-se espaço maior à intervenção do juiz. O caráter *adversarial* do sistema vai cedendo espaço ao desenvolvimento oficial e a distinção entre os dois

processos parece tender a uma atenuação cada vez mais perceptível (Barbosa Moreira, loc. cit., p. 99, com bibliografia). Além dos sinais de mudanças, é também oportuno salientar as críticas que se levantam contra o sistema até agora dominante no processo civil inglês: várias propostas legislativas propugnam no sentido de a condução do feito anterior ao *trial* não ser mais deixado quase exclusivamente ao cuidado das partes, devendo submeter-se ao controle do órgão judicial, até para atenuar os problemas de procrastinações indesejáveis que incidem sobre o custo e a duração do processo. E, no processo norte-americano, toma corpo a idéia de que vale a pena buscar em sistemas continentais europeus sugestões para problemas que afligem a justiça criminal (Barbosa Moreira, loc. cit., p. 108-109, com bibliografia).

4. A concepção publicista do processo e sua função social: o papel do juiz

Mas a escolha entre o *adversarial system* e o do desenvolvimento oficial não deve ser determinada apenas pela maior ou menor eficiência de um em relação ao outro. À raiz do modelo que confia ao juiz a condução do processo, inclusive no que diz respeito à iniciativa instrutória, está uma escolha política que diz respeito à concepção publicista do processo e à percepção de sua função social.

O direito processual é ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Tem ele fins distintos de seu conteúdo e esses fins se confundem com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e do seu instrumento, o processo, não se colocam com vistas à parte, a seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste.

A observância das normas jurídicas postas pelo direito material interessa à sociedade. Por via de conseqüência, o Estado tem que zelar por seu cumprimento, uma vez que a paz social somente se alcança pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social.

Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social.

O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.

5. A iniciativa instrutória do juiz no processo moderno

Nessa visão, que é eminentemente política, é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário.

Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade

seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará.

O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. Até as regras processuais sobre a preclusão, que se destinam apenas ao regular desenvolvimento do processo, não podem obstar ao poder-dever do juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente acontecerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre fatos efetivamente ocorridos.

Nada disso é garantido pelo *adversarial system*, em que a plena disponibilidade das provas pelas partes é reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz à sociedade. Além do mais, a omissão da parte na instrução do feito é freqüentemente devida a uma situação de desequilíbrio material, em que preponderam fatores institucionais, econômicos ou culturais. O reforço dos poderes instrutórios do juiz desponta, nesse panorama, como instrumento para atingir a igualdade real entre as partes.

A visão do estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz, pautada por princípios essencialmente individualistas. O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito. A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte.

A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão. Ainda que não atinja a verdade completa, a atuação ativa do juiz lhe facilitará inegavelmente o encontro de uma parcela desta.

6. Os limites da atividade instrutória oficial: contraditório, motivação das decisões judiciárias, licitude (material) e legitimidade (processual) das provas

Mas a atuação do juiz na atividade instrutória não é ilimitada. Existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas.

O contraditório, entendido como participação das partes e do juiz na colheita da prova, constitui o primeiro parâmetro para a atividade instrutória oficial. Por isso mesmo prefere-se o termo "iniciativa do juiz" ao de "atividade do juiz", porquanto o primeiro melhor representa a necessidade de as partes participarem, com o magistrado, da colheita da prova. A participação das partes e do juiz na atividade ins-

trutória é condição de validade das provas e não podem ser consideradas provas aquelas que não forem produzidas com a concomitante presença do juiz e das partes. A melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas – as produzidas pelas partes e as determinadas *ex officio* pelo juiz – ao contraditório.

A segunda baliza em que deve conter-se a iniciativa instrutória oficial é a obrigação de motivação das decisões judiciárias. Seja no momento de determinar a produção de uma prova, seja no momento de valorá-la, a decisão do juiz há de ser fundamentada. A ausência ou carência de motivação acarreta a invalidade da prova.

Por último, o juiz, tanto quanto as partes, encontra outro limite à atividade instrutória na licitude e legitimidade das provas. Há uma regra moral intransponível que rege toda a atividade processual, recepcionada de forma explícita pelas constituições de diversos países. Não são provas as colhidas com infringência a normas ou valores constitucionais, nem pode o juiz determinar a produção de provas que vulnerem regras processuais. Trata-se do tema das provas ilícitas e ilegítimas, que não podem ingressar no processo nem, evidentemente, ser determinadas de ofício pelo juiz. A certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida.

Assim, a utilização de poderes instrutórios pelo juiz encontra seus limites na observância do contraditório, na obrigação de motivação das decisões e na exclusão das provas ilícitas e ilegítimas.

7. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal e no processo civil. Verdade real e verdade formal

O que se disse acima aplica-se a qualquer processo, penal ou não penal. Não tem nada a ver com o sistema acusatório, também chamado de partes, não tem nada a ver com o processo civil dispositivo. Tem a ver, exclusivamente, com a visão publicista do processo e com a sensibilidade para com a sua função social.

Como visto, o modelo acusatório do processo penal não interfere com os poderes instrutórios do juiz. Suas características fundamentais são bem diversas. A separação nítida das funções de acusar, defender e julgar não demandam um juiz inerte e passivo.

A questão que envolve os elementos probatórios colhidos durante a investigação e sua inidoneidade para servir de base para a formação do convencimento do juiz é estranha à problemática da iniciativa instrutória oficial. Esta se circunscreve ao processo, o qual é instaurado após acusação formal do Ministério Público (ou do querelante, seu substituto processual, na ação penal de iniciativa privada). Não se confunda o que se disse quanto aos poderes do juiz no processo e à sua iniciativa probatória com a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a fase da investigação prévia. Esta não pode ser confiada ao juiz, sob pena de se retornar ao juiz-inquisidor do modelo antigo. Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares. Por isso, é oportuno que o juiz da investigação prévia (a cargo do Ministério Público e/ou da polícia judiciária) seja diverso do juiz do processo. É neste, e somente neste, que deve ser estimulada a iniciativa oficial.

No processo civil, a regra da iniciativa oficial no campo probatório impõe-se mesmo quando o objeto do processo forem relações disponíveis de direito material. Seria até fácil sustentar que no processo civil dispositivo não cabe a iniciativa instrutória do juiz, reservada aos processos que versem sobre direitos indisponíveis, entre os quais avulta o processo penal. Mas não é disso que se trata.

José Roberto dos Santos Bedaque (na obra *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo : RT, p. 65 *et seq.*) demonstra

à saciedade que a iniciativa instrutória oficial não passa exclusivamente pelo processo civil que verse sobre direitos indisponíveis. A disponibilidade do direito material não influi sobre o processo que, como instrumento da função estatal, tem invariavelmente natureza pública e cuja finalidade social, de pacificar com justiça, não se altera consoante seu objeto.

O papel ativo do juiz na produção da prova não afeta de modo algum a liberdade das partes. Têm elas a plena disponibilidade do direito material, podendo, por exemplo, renunciar, transigir, desistir. Mas a solução processual está nas mãos do juiz, que não pode por isso ser obrigado a satisfazer-se com a atividade das partes, mesmo no processo civil dispositivo.

Assim, pode-se afirmar que a questão referente à iniciativa instrutória do juiz no processo não se vincula à dicotomia direitos disponíveis-direitos indisponíveis, a qual se restringe exclusivamente ao campo do direito material. Ainda que disponível a relação material, o Estado tem interesse em que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor maneira possível. Já asseverava Calamandrei que a ampliação dos poderes do juiz no campo probatório não é incompatível com o objeto do processo (Istituzioni di diritto processuale civile, in *Opere Giuridiche*. Nápoles : Morano, Vol. IV, 1970, p. 223).

Vê-se daí que não há qualquer razão para continuar sublinhando a distinção entre "verdade real" e "verdade formal", entendendo a primeira própria do processo penal e a segunda típica do processo civil. O conceito de verdade, como já dito, não é ontológico ou absoluto. No processo, penal ou civil que seja, o juiz só pode buscar uma verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza. E para que chegue a esse estágio, deverá ser dotado de iniciativa instrutória.

Por isso mesmo, o termo "verdade real", no processo penal e no processo civil, indica uma verdade subtraída à exclusiva influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela. E isso vale para os dois processos, em matéria probatória.

A diferença que persiste reside na existência, no processo civil, de fatos incontroversos, sobre os quais não se admite a prova, resumindo-se a controvérsia a uma questão de direito, enquanto no processo penal tradicional não pode haver convergência das partes sobre os fatos. O juiz penal, mesmo diante de fatos incontroversos, deve sempre pesquisar com a finalidade de determinar a produção da prova capaz de levá-lo ao conhecimento dos fatos da maneira mais próxima possível à certeza. Mas, aqui também, as tendências rumo à justiça penal consensual estão modificando os dados da questão.

O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida. Isso para os dois tipos de processo, penal e não penal. E ainda, agora exclusivamente para o processo penal tradicional, indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade de o juiz aplicar a norma de direito material aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com justiça.

8. Conclusões

Em conclusão, afirma-se:

a) O processo penal acusatório, ou processo de partes (em contraposição ao inquisitório), deve ser entendido, sinteticamente, como aquele em que as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos diversos, daí decorrendo os seguintes corolários: a1) os elementos probatórios colhidos na investigação prévia servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não po-

dendo ingressar no processo e serem valorados como provas; a2) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz; a3) todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural.

b) O conceito de processo penal acusatório não interfere com a iniciativa instrutória do juiz no processo.

c) Tem a ver com os poderes instrutórios do juiz no processo denominado *adversarial system*, do direito anglo-saxão, em oposição ao *inquisitorial system*, do sistema continental europeu e dos países por este influenciados.

d) Denomina-se *adversarial system* o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No *inquisitorial system*, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz.

e) A dicotomia processo acusatório-processo inquisitório, no sentido utilizado na alínea *a*, não corresponde ao binômio *adversarial-inquisitorial* (em inglês). Um sistema penal acusatório pode adotar o modelo "adversarial" ou "inquisitorial".

f) A fim de evitar confusões terminológicas, propomos que, na segunda dicotomia, a expressão *adversarial-inquisitorial system* seja traduzida por *processo que se desenvolve por disposição das partes e processo de desenvolvimento oficial*. Isto significa que, no chamado *inquisitorial system*, uma vez proposta a ação (princípio da demanda, *Dispositionsmaxime*), o processo se desenvolve por impulso oficial e não por disposição das partes (não adotando, na terminologia alemã, o *Verhanlungsmaxime*).

g) Mesmo nos países anglo-saxônicos, o caráter *adversarial* do sistema vai cedendo espaço ao desenvolvimento oficial. Mas mais importante do que isso são os princípios que informam o modelo de desenvolvimento oficial: quais sejam, a concepção publicista do processo e a percepção de sua função social.

h) O direito processual é regido por princípios publicistas e tem fins que se confundem com os objetivos do Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e do processo não se colocam com vistas às partes e a seus interesses, mas em função do Estado e de seus objetivos. Pacificar com justiça é a finalidade social da jurisdição e quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da paz social.

i) Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. No processo publicista, o papel do juiz é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto; deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E deve ter iniciativa probatória, não podendo limitar-se a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário.

j) Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa instrutória, mais perto da certeza chegará.

k) Nada disso é garantido pelo *adversarial system*, em que a plena disponibilidade das provas pelas partes é reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz à sociedade. Além do mais, a omissão da parte na instrução do feito é freqüentemente devida a uma situação de desequilíbrio material, em que preponderam fatores institucionais, econômicos e culturais. O reforço dos poderes instrutórios do juiz representa instrumento valioso para atingir a igualdade real.

l) A iniciativa oficial no campo da prova não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina a produção de prova não requerida pelas partes, ainda não conhece o resultado que essa prova

trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão.

m) Mas a atuação do juiz na atividade instrutória não é ilimitada. Existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: m1) a rigorosa observância do contraditório; m2) a obrigatoriedade da motivação; m3) os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas.

n) O contraditório, entendido como participação das partes e do juiz na colheita da prova, é condição de validade das provas. Não podem ser consideradas provas as que forem produzidas sem a concomitante presença do juiz e das partes. Todas as provas – produzidas pelas partes ou determinadas *ex officio* pelo juiz – devem ser submetidas ao contraditório, sob pena de invalidade.

o) A obrigação de motivação é a segunda baliza em que deve conter-se a iniciativa probatória oficial. Seja no momento de determinar a produção da prova, seja no momento de valorá-la, a decisão do juiz há de ser fundamentada, sob pena de nulidade.

p) O terceiro limite à iniciativa probatória do juiz consiste na licitude (material) e na legitimidade (processual) das provas cuja produção determinar. Não são provas as colhidas com infringência a normas ou valores constitucionais, nem pode o juiz determinar de ofício provas que vulnerem regras processuais. A certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida.

q) O acima exposto aplica-se a qualquer processo, penal e não-penal. Observe-se, para o processo penal, que é estranha ao tema a questão dos elementos probatórios colhidos durante a investigação prévia e de sua inidoneidade para servir de base à formação do convencimento do juiz. Não se confunda a iniciativa instrutória do juiz *no processo* com a atribuição de poderes de busca da prova *na fase de investigação.* Durante esta, o juiz só pode ter os poderes de determinar medidas cautelares, sob pena de voltar-se à figura do juiz-inquisidor do processo antigo.

r) Não há razão para se retirar do juiz a iniciativa instrutória, mesmo no processo civil que verse sobre direitos disponíveis. A disponibilidade do direito material não influi sobre o processo que, como instrumento da função estatal, tem invariavelmente natureza pública e função social. O papel ativo do juiz na produção da prova não afeta a liberdade das partes, que podem renunciar, transigir, desistir. Mas a solução processual está nas mãos do juiz, que não pode por isso ser obrigado a satisfazer-se com a atividade instrutória das partes, mesmo no processo civil dispositivo.

s) Vê-se daí que não há porque continuar sublinhando a distinção entre "verdade real" (para o processo penal) e "verdade formal" (para o processo civil). O conceito de verdade não é ontológico nem absoluto e no processo – penal ou civil que seja – o juiz só pode buscar a verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza. E para que chegue a esse estágio, deve ser dotado de iniciativa instrutória.

t) Nos dois tipos de processo, deve entender-se por "verdade real" a verdade subtraída à exclusiva influência das partes. A diferença que persiste reside na existência, no processo civil, de fatos incontroversos, sobre os quais não se admite prova, enquanto no processo penal tradicional, mesmo diante de fatos incontroversos, o juiz deve sempre pesquisar com a finalidade de determinar a produção da prova capaz de levá-lo ao conhecimento dos fatos. Mas, aqui também, a tendência rumo à justiça penal consensual está aproximando o processo penal do processo civil.

u) O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a uti-

lização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, constitucional e processualmente válida. Isso para os dois tipos de processo, penal e não-penal. E ainda, agora exclusivamente para o processo penal tradicional, uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos.

2.2

A PROBLEMÁTICA DOS DELITOS SEXUAIS NUMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO

ANA LÚCIA SABADELL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Tratamento da matéria no *ancien régime* – 3. Normas modernas e discriminação: 3.1 Bem jurídico protegido; 3.2 Sujeito passivo; 3.3 O espaço masculino por excelência; 3.4 Separação entre conjunção carnal e ato libidinoso; 3.5 Violência/consenso – 4. A crítica minimalista e suas aporias – 5. A crítica feminista ao direito penal – 6. Bem jurídico, esfera privada e Constituição – Bibliografia.

Resumo: O artigo discorre sobre a problemática dos delitos sexuais, apresentando críticas e sugestões. Para tanto, sempre referindo-se aos crimes que violam a autodeterminação sexual, traça um histórico da legislação penal, numa perspectiva de direito comparado. A cultura patriarcal, apontada como causa de discriminação da mulher, é também contestada por exercer grandiosa influência na normatização destas condutas.

Palavras-chave: Autodeterminação; Delitos sexuais; Direito comparado; Discriminação da mulher; Cultura partriarcal.

1. Introdução

Não é de hoje que as feministas vêm destacando que a violência sexual é um fenômeno central para a manutenção e reprodução da ordem patriarcal[1] e requer um tratamento multidisciplinar. E se o problema deve ser tratado a partir de tal perspectiva, será então na convergência de ações provenientes de diversas instâncias de luta, e também de controle social, que se deve buscar as propostas de solução.

Há dois conceitos que estão na base de qualquer discussão feminista sobre o tema da violência sexual: patriarcado e esfera privada. O patriarcado refere-se a uma determinada forma de relacionamento, de comunicação, entre os gêneros feminino e masculino, que se caracteriza pela dominação e sujeição do primeiro pelo segundo. As condições e intensidade desta relação de poder (*Herrschaftsverhältnis*) variam de acordo com uma série de fatores, tais como, os valores culturais, religiosos, ou as condições sociais e econômicas de uma sociedade. O que permite falar de patriarcado enquanto fenômeno mundial é a presença de relações de dominação e sujeição que atuam em detrimento da qualidade de vida das mulheres, possibilitando comportamentos que se configuram como violações de direitos humanos.[2]

Este conceito está estreitamente coligado com a divisão entre espaço público e privado. A esfera pública refere-se sobretudo à política e ao espaço de discussão democrática sobre temas que são considerados de interesse comum a todos. Por outro lado, uma das características da esfera privada é justamente a proteção jurídica da intimidade do indivíduo, que é associada ao seu livre desenvolvimento, enquanto titular de direitos fundamentais.

(1) Radford e Stanko, 1996, p. 65.

(2) Para uma análise da definição de patriarcado, pode-se consultar, entre outras: Millet, 1970, p. 32-34; Pateman, 1988, p. 19-38; Smaus, 1994, p. 97; Voet, 1995, p. 69.

A teoria feminista questiona essa concepção do público e do privado, considerando, inclusive, insatisfatórias as análises feitas por autores de nosso século, como Arendt e Habermas, já que tendem a excluir dessa reflexão tudo o que se relaciona com a esfera de experiência especificamente feminina, não problematizando a existência de um espaço verdadeiramente privado onde se estabelecem as relações entre os gêneros, consideradas como "naturais" e desenvolvidas sobretudo no âmbito familiar.[3] Neste espaço privado se reproduz a submissão e a violação de direitos fundamentais. Assim sendo, uma parte significativa da socialização e atuação das mulheres se realiza numa esfera que permanece fora do alcance das normas que regulam e protegem os espaços masculinos, públicos e privados.

A contribuição deste trabalho será centrada na possibilidade e nas condições de uso do instrumental penal em matéria de delitos sexuais. Nas discussões realizadas nas últimas décadas entre penalistas, revela-se a tendência de reivindicar reformas na regulamentação da matéria: reformulação de velhos tipos penais e introdução de novos tipos penais. Esta posição é compartilhada com certa cautela (ou com um "interesse crítico")[4] por algumas feministas, sobretudo aquelas que devido ao seu trabalho na área jurídica têm plena consciência dos limites de eficiência deste tipo de intervenção[5] e, sobretudo, da ambivalência de reformas que aumentam a intensidade da intervenção penal.[6]

Na primeira parte deste trabalho se tentará analisar, numa perspectiva de história do direito europeu, os interesses que eram protegidos com a perseguição da sexualidade "ilícita". O objetivo é demonstrar que existe uma ruptura de discursos entre *ancien régime* e a sociedade moderna. Fazer uma leitura linear desta matéria impediria compreender o próprio desenvolvimento das relações patriarcais.

2. Tratamento da matéria no *ancien régime*

Uma preocupação por delitos como o rapto ou o estupro já era presente na sociedade do *ancien régime*. Frente a esses dados, talvez um sociólogo pudesse afirmar que em toda sociedade patriarcal estes atos são punidos porque lesam "os direitos de propriedade" do homem sobre a mulher. Sem entrar na discussão sobre a existência de um direito de propriedade numa sociedade não capitalista, para um historiador do direito, tal explicação não é convincente. Se compararmos nossa experiência jurídica com aquela do *ancien régime*, veremos que essa explicação não leva em consideração como são percebidos e tratados tais atos em sociedades e sistemas jurídicos fundamentalmente distintos e, por isto, não está em condições de compreender esta realidade, restringindo-se apenas a expressar um juízo de valor com relação à mesma.

O que se persegue através da rejeição de certas condutas sexuais, no âmbito dos reinos católicos da Europa pré-iluminista, é a restauração de uma ordem superior, à qual o homem tem acesso através de uma revelação. No plano jurídico medieval (doutrina e legislação) o delito é sempre um pecado, isto porque prevalece uma indistinção "funcional" entre as duas ordens de transgressão. A força da ordem procedia de uma combinação que era "produto de cultura"; tratava-se, portanto, de um processo de "revelação" de algo já existente, que não necessitava ser inventado. Este processo de revelação adquire força e reconhecimento porque apóia-se num discurso sobre a ordem divina e natural do homem e das coi-

(3) Sullivan, 1995; Benhabib, 1998; Pauer-Studer, 1996, p. 55-64.

(4) Pitch, 1998, p. 151.

(5) Esta é, em parte, a posição de autoras como Smaus (1991, 1994, 1995); Pitch (1998); Larrauri (1995) e Bodelón (1998).

(6) Cf. Pitch, 1998, p. 150 *et seq.*

sas. Neste sentido, poderia se dizer que não se trata de uma invenção de política.[7]

A vida física e seus atributos corporais são considerados menos importantes que a alma e os valores ligados à existência da mesma. Para o sistema jurídico, o indivíduo não existe "per se" e a proteção da sua vida não é uma preocupação preponderante. Nos seus estudos sobre o tema, Clavero afirma que nos índices de diversas obras escritas por juristas italianos e espanhóis do *ius commune* não se encontram referências aos "delitos contra a vida". A doutrina da época não se preocupa sequer em apresentar uma definição de homicídio: na voz "matar" encontram-se elencados somente inumeráveis casos nos quais o homicídio é permitido.[8]

A finalidade central do sistema social e jurídico é a proteção e a salvação da alma. Somente por intermédio dela é que se tem acesso ao indivíduo, é que este se torna "sujeito de direito". A alma é a verdadeira vida e o corpo mereceria atenção somente enquanto "objeto" do direito, por exemplo, como meio de purgação de culpas. Com esta perspectiva é possível também explicar porque um ato como a masturbação é considerado mais grave que o homicídio. É que a masturbação (e não o homicídio) constitui um ato "contra a natureza", que nos impõe a procriação.

Crimes como o estupro e a sodomia representam uma quebra da ordem natural e divina e portanto devem ser perseguidos. A conexão exclusiva da sexualidade com a procriação que deve exprimir-se somente no âmbito da família legítima é, de fato, percebida como parte integrante desta ordem.

(7) Clavero, 1990; Sabadell, 1991, p. 2-4, 187 *et seq.*; cf. Di Simplicio, 1991; Panico, 1991.

(8) Clavero, 1990a. Uma consulta ao repertório do jurista português Augustinus Barbosa, corrobora a ausência de um conceito de homicídio. Ressalta-se que a "ausência de uma conceptualização" não é uma característica específica do sistema jurídico casuístico: Cf. Barbosa, 1713, Lit. H, verbo Homicidium, p. 107-108.

Aqui, a função principal da persecução e da pena é a expiação de um pecado que lesa toda a sociedade e não certamente a proteção de uma vítima ou de um interesse particular.[9] Por isso, encontramos dados muito curiosos, como, por exemplo, que o processo por crime de estupro em Portugal só começa a sofrer uma alteração significativa, aproximando-se à nossa cultura jurídica, a partir das reformas legislativas datadas da segunda metade do século XVIII, quando este passa a ser definido, para usar uma terminologia atual, como crime de ação privada.[10] Por outro lado, persegue-se muito mais a homossexualidade masculina que a feminina já que, numa ordem divina e natural, a transgressão é mais grave se o esperma deixa de ser utilizado para a procriação.

Assim mesmo, dizer que na sociedade do *ancien régime* as relações sexuais transgressivas eram vistas como pecados e tratadas segundo normas muito diversas das nossas não quer dizer que o patriarcado não estava presente nas relações de gênero. Indica somente que a estruturação e expressão institucional eram profundamente diferentes.

Obviamente com a mudança de um sistema jurídico a outro, iniciada com o iluminismo jurídico, não se dá uma ruptura completa: vários elementos do sistema anterior serão integrados ao processo de formulação de um "novo" sistema. A descontinuidade se observa sobretudo na construção de um sistema de controle penal

(9) Cf. Hull, 1997, p. 223-228.

(10) Segundo Mendes de Almeida, a legislação das Ordenações em matéria de estupro já havia sido alterada através das leis de 19.06.1775 e de 06.10.1784. O decreto de 31.07.1787 estabeleceu que "a ação penal para o delito de estupro só seria admitida por requerimento das partes a quem isto competia, não devendo mais ser tirada ex-oficio". Ver: Mendes de Almeida, 1985, L.V, tít. XVIII, nota de rodapé n. 1, p. 1.168. As leis de 06.10.1784 e 19.06.1775 encontram-se transcritas nos aditamentos ao L. IV, respectivamente, p. 1.029-1.031 e 1.050-1.051. Sobre a ambígua modernidade da querela privada, ver nota 15.

extensivo ou massivo, que substituirá o sistema penal medieval que era *restritivo*, no sentido de ter uma aplicação limitada e concorria com outros meios de coerção, jurídicos ou não. Os delitos em matéria sexual se configuraram nos últimos dois séculos no âmbito do Estado de Direito moderno que se propõe a estabelecer um sistema de garantias – abstratas – para todos os cidadãos.[11]

Neste processo o patriarcalismo será reestruturado e a mulher não será excluída do sistema jurídico, como muitas vezes se sustenta. Será objeto de uma regulamentação jurídica que a "protegerá". Não se trata de uma proteção enquanto cidadã "livre e igual", segundo a promessa do sistema jurídico moderno, mas de uma proteção enquanto propriedade de certos homens.[12]

3. Normas modernas e discriminação

Centrando a nossa análise em algumas das legislações produzidas neste século em matéria de delitos que ofendem a liberdade sexual, vale notar que a cultura patriarcal exerceu uma grande influência não só com relação ao conteúdo dessas normas, mas também com relação à forma como elas foram construídas.

A matéria em questão, pelo menos até alguns anos atrás, não tinha sido objeto de reformas, apesar das mudanças de costumes nesta área. A uniformidade, no sentido patriarcal, demonstra-se também pelo fato de que a matéria era tratada sem diferenças substanciais pelos vários legisladores na Europa e na América Latina.

Partindo de uma concepção patriarcalista, a função "legítima" da sexualidade é a reprodução do ser humano e deve ser vivida dentro de uma determinada moral que a restringe aos parâmetros familiares. Assim sendo, o círculo se abre e se fecha através da mão do homem, mesmo quando se tratam de problemas sociais onde a vítima em potencial não pertence ao gênero masculino. A violência sexual da qual a mulher, a criança, o adolescente e o próprio homem podem ser vítimas era entendida, até bem pouco tempo atrás, não como uma violência dirigida ao indivíduo, mas sim contra interesses que na realidade transcendem à pessoa humana. Neste contexto, a ordem familiar, os bons costumes, o pudor, a honestidade e a moral eram apresentados como interesses coletivos protegidos através da sanção de certos ilícitos penais.[13] Neste sentido, o direito masculino refletia a mentalidade dominante.

Uma análise comparativa da estrutura da legislação em matéria de delitos que atentam contra a autodeterminação sexual[14] na Europa e na América Latina revela, em

(11) Que as chamadas "promessas da modernidade" jamais foram cumpridas, não constitui uma novidade para aqueles juristas que se dedicam ao estudo da história do direito, sobretudo do período sucessivo ao movimento ilustrado. Este tema foi abordado na nossa conferência "A tortura: entre o passado e o presente" (III Congresso Nacional do Movimento do Ministério Público Democrático do Paraná, Foz do Iguaçu, Paraná, 18 a 21.03.1997). Nesta conferência foram apresentadas as denúncias feitas por dois personagens históricos que, apesar de contemporâneos, provavelmente não se conheceram: Manzoni (literato italiano) e Pacheco (jurista e deputado espanhol) logo nas primeiras décadas do século XIX (respectivamente 1835 e 1836). Ambos teceram duras críticas ao sistema de justiça penal do seu tempo, demonstrando como este se havia afastado dos ideais do movimento iluminista.

(12) Neste sentido, se discorda de Chiantera, quando afirma que no espaço cognitivo, dominado pela lei, a mulher era inexistente. É bem verdade que ela não representava um "sujeito jurídico autônomo", como afirma a autora, mas isso não significa que deixasse de ser regulada pelo direito. Cf. Chiantera, 1996, p. 321.

(13) Veja, entre outros, Sick, 1993, p. 57-63.

(14) Como se verá, a expressão "delitos contra a autodeterminação sexual" é a mais adequada para definir tais delitos. Esta constitui o título da seção 13 do CP alemão: "Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung", que compreende os arts. 174 a 184c. Outros autores também adotam essa expressão: Moccia, 1997, p. 115 *et seq.*

pelo menos cinco pontos, [15] a presença de elementos de uma concepção patriarcal do direito, e também indica a existência de normas que discriminam diretamente a mulher.

(15) Além dos problemas que se apresentam no âmbito do direito penal, também se apresentam problemas em nível processual penal, especificamente com relação à ação penal. Em diversos ordenamentos jurídicos, o estupro é configurado como delito de ação privada (esta é a expressão empregada), com a particularidade que a partir do oferecimento da queixa a ação passa a ser "irrenunciável". Isto constitui uma dupla exceção normativa: de um lado, os crimes de comparável gravidade são perseguidos através de ação penal pública e, por outro lado, a ação privada é – em alguns países como na Itália – irrenunciável. A necessidade de queixa do ofendido no delito de estupro se "justifica" como uma medida de proteção da sua privacidade e da intimidade familiar. Assim sendo, o "direito concede à vítima" a oportunidade de decidir se deseja ou não "envolver-se" num processo que muitas vezes resulta humilhante e estigmatizante para a mesma. Cria-se assim uma configuração excepcional, segundo uma lógica que poderia ser denominada de "patriarcalismo moderno", isto é, uma lógica que regula as relações patriarcais na esfera privada e se diferencia de um sistema patriarcal "público". Nos sistemas modernos, o procedimento geralmente resulta discriminante para a mulher, porque esta acaba sendo submetida a um processo de vitimização secundária. Em outras palavras, o processo "ratifica" a imagem da sua "cumplicidade" (cf., por exemplo, Smaus, 1994, p. 86, 89). Neste sentido, a opção pelo processo de iniciativa do Ministério Público significa uma "normalização" dos ilícitos sexuais, enquanto lesões publicamente intoleráveis. Assim mesmo, muitas feministas que adotam uma ótica "diferencial" (a diferença social da mulher, que nesta sociedade é identificada como fragilidade) vêem na ação penal privada um instrumento de proteção da autonomia feminina, deixando à vítima a iniciativa de denunciar ou não esta lesão (socialmente e pessoalmente) "particular". Dada a ambivalência das soluções propostas e o seu caráter puramente simbólico (com a adoção do procedimento de ofício somente se declara, em nível normativo, a "inocência" da vítima, dado que na prática as violências sexuais não podem vir à luz sem a denúncia da vítima), não é possível considerar a necessidade da queixa do ofendido(a) como uma medida indubitavelmente discriminante. Sobre esta questão, ver os referimentos normativos e a análise de Virgilio, 1997, p. 97-116 e Pitch, 1998, p. 154-156.

(16) CP espanhol: Título IX; CP argentino: Título III.

(17) CP italiano até a reforma de 1996, capítulo I do Título IX; cf. CP "para el distrito y territorios federales" do México, de 1871, título sexto: "delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres".

Antes de iniciar esta análise, é necessário destacar que a realidade jurídica em diversos países nem sempre corresponde aos enunciados da lei. Diante da falta de uma reforma legislativa é a jurisprudência que assume a tarefa de adequação da norma à realidade social. Como conseqüência, a jurisprudência – se confrontada com a lei –, pode muitas vezes resultar menos discriminante para a mulher. Porém, este sutil "equilíbrio", criado pela jurisprudência, não substitui a necessidade de reformas legislativas. A matéria penal é muito taxativa, sendo extremamente arriscado deixar que sua atualização se realize através de "corretivos jurisprudenciais", que não podem garantir a segurança jurídica dos cidadãos e nem proporcionar um tratamento uniforme a casos similares.

Permanece assim o fato que o legislador, em níveis normativo e simbólico, continua a propagar mensagens discriminantes contra o gênero feminino. Neste sentido, as mudanças introduzidas em nível jurisprudencial devem ser lidas como um claro sinal da urgência de reformas.

3.1 Bem jurídico protegido

O primeiro aspecto refere-se à denominação dos capítulos dos códigos penais nos quais são inseridos os delitos sexuais. Em muitos códigos são identificados como delitos "contra la honestidad", [16] "contra a moral publica e os bons costumes", [17] "con-

tra las buenas costumbres y el orden de la familia".[18]

No Brasil, o código criminal do Império situa o estupro (art. 219 a 225) e o rapto (art. 226 a 228) na parte III, título II, capítulo II: "Dos crimes contra a honra". No CP de 1890, o estupro e o rapto passam a ser inseridos no Título VIII: "Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor". O título permanecerá inalterado na Consolidação das Leis Penais de 1932. No CP de 1940 (em vigor) os delitos em questão estão estabelecidos no título VI: "Dos crimes contra os costumes".[19]

No velho CP francês, datado de 1810, estes delitos estão situados em uma seção intitulada "atentados contra os costumes.[20] O novo CP francês (1994) insere estes delitos na seção intitulada "sobre as agressões sexuais". Este título é semelhante ao título 15 do CP mexicano para o Distrito Federal, datado de 1931, denominado "delitos sexuales". Na Colômbia, antes da reforma de 1980, estes crimes estavam situados entre os "delitos contra la libertad y el honor sexual", sendo que o atual CP os situa no título XI: "delitos contra a liberdade e o pudor sexual".

(18) CP cubano (até a reforma de 1973); CP venezuelano (ainda em vigor). Na Bolívia, o CP de Santa Cruz, promulgado em 1834, enquadrava o estupro no livro 2.º, título VII "delitos contra las buenas costumbres". Assim mesmo, com a promulgação do CP de 1972, os delitos sexuais são configurados como delitos de ação privada e se situam no mesmo título: "delitos contra las buenas costumbres" (cf. Montaño e Montaño, 1993, p. 140 *et seq.*). Sobre as sucessivas reformas da denominação do título no CP português, ver: Prelhaz Natscheradetz, 1985, p. 18; Torrão, 1995, p. 558.

(19) A reforma introduzida com a lei dos crimes hediondos apenas estabelece um aumento de pena para alguns dos delitos do título. Para uma análise da mesma, cf. Toron, 1996.

(20) "Attentats aux moeurs". Esta seção sofreu reformas no ano de 1980, sem que se alterasse o seu título.

A concepção patriarcalista do bem jurídico tutelado é clara nestes títulos. As recentes reformas em muitos países exprimem uma tendência de superação desta concepção – pelo menos em nível programático. Tratam-se de reformas que identificam como objeto de proteção, a liberdade sexual da pessoa e não mais a proteção de interesses que transcendem o indivíduo.

Na Alemanha, após a reforma de 1973, a denominação é "dos delitos contra a autodeterminação sexual" (seção 13 da parte especial)[21] e, na Grécia, após a reforma de 1984, "dos crimes contra a liberdade sexual e contra a exploração econômica da vida sexual" (capítulo 19 da parte especial).

Na Espanha, após a reforma de 1989, estes tipos penais encontram-se agrupados no título denominado "de los delitos contra la libertad sexual" (título IX, livro II). O legislador espanhol, no preâmbulo da lei que introduziu esta reforma, observa que a mudança deve-se à necessidade de "respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión 'honestidad' por 'libertad sexual' ya que esta es el auténtico bien jurídico atacado".[22]

Na Itália, o legislador não adotou a proposta do "Schema di legge delega per la riforma del codice penale italiano" (1992) e de outros projetos de lei que inseriam estes delitos no título "dei reati contro la libertà sessuale", optando pelo título "dei delitti contro la libertà personale".[23]

3.2 Sujeito passivo

Um outro ponto de crítica refere-se à qualidade do sujeito passivo (nestes casos trata-se sempre da mulher) para fins de construção do tipo penal ou de fixação da

(21) Sick, 1993, p. 78-82.

(22) Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junho. Atualização do Código Penal (*Boletim Oficial do Estado de 22.06.1989*), Preâmbulo.

(23) Virgilio, 1997, p. 22-39.

pena, tal como determinam muitas legislações, ainda vigentes na América Latina. Deve-se tratar de "mulher honesta" ou "casta e honesta". Para o legislador brasileiro, a qualidade "mulher honesta" constitui um elemento objetivo do tipo dos delitos "posse sexual mediante fraude", "atentado ao pudor mediante fraude" e "rapto violento ou mediante fraude", enquanto que a "virgindade" é elemento objetivo do tipo do crime de "sedução".[24] Normas similares encontram-se, entre outros, nos CP mexicano de 1931, [25] peruano de 1924[26] e boliviano de 1972.[27]

Quando a vítima de determinados delitos sexuais não é "honesta", essa qualidade pode funcionar como atenuante de pena. Este é o caso do código criminal do Império (Brasil), que no art. 222 prevê o tipo "estupro violento": "Ter cópula com qualquer mulher honesta (...). Pena de três a doze anos. Se a violentada for prostituta: pena de um mês a dois anos".[28]

Por último, a virgindade, como forma suprema da "honestidade", é prevista, no CP brasileiro, como agravante de pena, no delito de posse sexual mediante fraude, quando este é praticado contra mulher virgem, menor de 18 anos e maior de 14 anos.[29]

A "mulher honesta", que em linhas gerais poderia ser definida como a virgem ou a casada que honra o matrimônio, só existe em contraposição à prostituta ou à "mulher de vida desregrada". É sobre o corpo da "mulher honesta" que o direito penal resgata a moral e os bons costumes.

Sob nenhuma hipótese pode ser admitido que os códigos penais, em matéria de delitos contra a autodeterminação sexual, permaneçam descrevendo tipos penais baseados em distinções discriminantes, não servindo as matizações que se fazem em certos manuais de direito penal.[30]

(24) Respectivamente, arts. 215, 216, 219 e 217 do CP brasileiro.

(25) A sedução de menor de 18 anos é punida se a mulher é "casta e honesta" (art. 262 do CP mexicano para o Distrito Federal).

(26) A sedução de uma jovem entre 14 e 18 anos é reprimida se a vítima possui uma "conducta irreprochable" (art. 201).

(27) Cf. Montaño e Montaño, 1993: "El estupro es definido por el código penal como el acceso carnal mediante seducción o engaño con mujer honesta que hubiera llegado a la pubertad y fuera menor de diez y siete años" (p. 140).

(28) Esta mesma atenuante está prevista no art. 393 do CP venezuelano. Referindo-se a esta norma, Aniyar de Castro observa: "Esa honestidad también vale más que la libertad: el acceso sexual forzado con una prostituta, o para decirlo más claro, su violación tiene atenuante de pena en nuestra legislación. Como no es honesta, no tiene libertad de eligir. Su cuerpo, curiosamente en esta economia de mercado, es el único objeto cuyo robo es menos castigado por haber estado a la venta" (1992, p. 57).

(29) Art. 215, parágrafo único: "Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos: Pena – reclusão de 2 a 6 anos".

(30) Jesus, 1986a, p. 93 *et seq.* Nesta edição dos anos 80, ao comentar o crime de "posse sexual mediante fraude", o autor apresenta um conceito "moderno" de mulher honesta: "Mulher honesta é aquela que se conduz dentro dos padrões aceitos pela sociedade onde vive. É a que mantém uma conduta regrada, honrada e decente, de acordo com os bons costumes. Não se exige, todavia, um comportamento irrepreensível, mormente dentro dos padrões de liberdade sexual hoje predominantes. Pautando-se a mulher pelo mínimo de decência exigido pelos nossos costumes, será considerada honesta" (p. 109). O autor percebe, ao menos em parte, quão absurda é tal legislação, mas não se expõe demasiadamente e acaba por revelar seu ponto de identificação com essa cultura machista afirmando: "Só deixa de ser honesta a mulher fácil, que se entrega a todos os que a desejam, que desrespeita franca e abertamente as convenções sociais, somente se diferenciando da prostituta por não exigir paga por seus favores. É a mulher de vários homens, desregrada e de costumes dissolutos, que se entrega por interesse ou depravação, sem guardar o mínimo de ética sexual exigível" (p. 109-110). Fica no "ar" (entre tantas dúvidas), uma definição do conceito de "homem honesto", que o autor, em contraposição à "mulher de vida fácil", esqueceu de descrevê-lo.

3.3 O espaço masculino por excelência

Uma direta expressão da cultura patriarcal em matéria de delitos contra a autodeterminação sexual é o papel do homem enquanto "proprietário" da mulher.[31] O exemplo mais característico nos fornecem os diversos ordenamentos que não punem o estupro quando praticado pelo cônjuge da vítima.[32] Em tal modo garantem negativamente o que Padovani denominou de "stato di vera e propria soggezione sessuale che esclude in radice l'esistenza (...) di un ambito di libertà suscettibile di tutela".[33]

Também é possível constatar a posição subalterna da mulher através de dispositivos que obstam o prosseguimento da ação no caso de estupro ou rapto se o agente contrai matrimônio com a vítima.[34] Nesta perspectiva se situa o CP brasileiro que prevê a diminuição de pena nos crimes de rapto violento ou mediante fraude e rapto consensual se estes são cometidos para fim de casamento (art. 219 a 221).

(31) A expressão aqui empregada não denota exagero. Até pouco tempo atrás algumas legislações faziam uma clara referência à mulher enquanto propriedade do homem, sobretudo dentro do matrimônio. Na Inglaterra era inclusive previsto a possibilidade de "venda" da esposa: "Samuel Menefee lists 387 recorded cases of wife-selling (...) ocurring regularly from 1553 through to the twentieth century (...). A succesful case was brought in Dublin as recently as 1979" (Pateman 1988, p. 121-122. Para uma análise geral do tema, ver p. 118-153).

(32) Art. 177 do CP alemão (em vigor até o mês de julho de 1997), art. 196 e 198 do CP peruano de 1924, art. 336 do CP grego: "Quem com violência corporal ou com ameaça de perigo (grave e imediato) constringe uma pessoa a manter conjunção carnal, fora do matrimônio, ou a tolerar ou a praticar um ato obsceno é punido com pena de reclusão". Sobre outras legislações v. Hanisch, 1988, p. 82-119.

(33) Padovani, 1997, p. 224.

(34) A título ilustrativo: art. 263 e 270 do CP mexicano para o Distrito Federal de 1931, art. 339 do CP grego (corrupção de menores).

A possibilidade do matrimônio entre a vítima e o agressor permite restaurar uma ordem moral (sexual) que foi lesada pela conduta do autor. Assim sendo, a lesão sofrida pela vítima não é objeto principal da tutela do direito. Neste sentido, o aumento de pena nos crimes contra os costumes (arts. 213 a 222 do CP brasileiro), previsto no art. 226, III ("se o agente é casado"), fundamenta-se na "impossibilidade de o sujeito ativo reparar o mal causado pelo casamento".[35]

Por último, dentro desta concepção da mulher como "propriedade" do homem, alguns códigos penais prevêem que o marido pode dar início à ação privada.[36]

Pode-se aplicar a estas normas a crítica sarcástica feita por Aniyar de Castro ao CP venezuelano: "tenemos un código penal, como se ve, que protege abiertamente las propriedades de los hombres: robarles el auto, la cartera, la esposa, el betamax todo esta castigado. No al revés, ciertamente; que nos roben el marido no tiene pena. Después de todo, hasta los sagrados Mandamientos se referían a la mujer y no 'al hombre de la prójima'...".[37]

3.4 Separação entre conjunção carnal e ato libidinoso

O delito de estupro foi talvez um dos pontos mais debatidos na reforma dos delitos contra a autodeterminação sexual efetuada por alguns países. O ponto central refere-se à unificação de dois fatos: con-

(35) Jesus, 1986a, p. 147.

(36) É este o caso do CP mexicano para o Distrito Federal de 1931. Art. 271: "No se procederá contra el raptor, sino por quejas de la mujer ofendida o de su marido, si fuere casada (...)".

(37) Aniyar de Castro, 1992, p. 56. Explicando como vige no CP venezuelano uma concepção da mulher como objeto de posse do homem, Aniyar de Castro recorda que se o autor do delito de infanticídio, aborto ou abandono for um homem parente próximo da mulher, ele pode usufruir de uma atenuante de pena (art. 413), não importando se a mulher tinha intenção de ter ou permanecer com o filho.

junção carnal e ato libidinoso. A punição mais severa para o crime de estupro[38] indica que o legislador privilegia a proteção da função reprodutiva legítima, isto é, aquela realizada dentro de um contexto matrimonial. Esta constatação não provém da crítica feminista, mas da doutrina penal (neste caso, a alemã) que desta forma "explica" a separação dos dois fatos típicos.[39]

As reformas exprimem três tendências principais no que se refere à tipologia de atividades que constituem um ilícito penal.

A primeira refere-se à unificação de, ao menos, três atos dentro do delito de estupro: o coito vaginal, anal e oral. Parte-se do princípio de que não existe distinção de ilicitude do fato com relação à forma de penetração praticada sem o consenso da vítima e que estes três atos abarcam o que se denomina de conjunção sexual. O sexo do sujeito ativo é também indiferente para a configuração deste tipo.

Assim sendo, o constrangimento à penetração é considerado como a forma mais grave de violência sexual. Todos os atos que constituem ações sexuais ilícitas,[40] diferentes das anteriormente mencionadas, são considerados e/ou denominados "agressões sexuais", sendo reagrupados em um outro fato típico.[41] Nesta primeira tendência inserem-se as reformas realizadas em 1989 na Espanha[42] e em 1980, na França.[43]

A segunda tendência, é a de tipificar diversas figuras delitivas, numa construção de caráter casuístico, que leva, sobretudo em consideração, o grau de violência e as conseqüências que podem gerar à vítima. Este modelo, que considera como critério principal da ofensividade do fato a situação concreta tal como vivida pela vítima, foi adotado no Canadá depois das reformas consecutivas dos anos 80 e 90.[44]

Uma terceira tendência é aquela expressa nas reformas italiana (1996) e alemã (1997), onde foram unificadas, num único tipo penal, as formas de conjunção sexual e outras ações sexuais (atos libidinosos).[45] Com a reforma alemã, foram unificados os arts. 177 e 178 do CP (que correspondiam ao estupro e atentado violento ao pudor do CP brasileiro) e se modificou a definição destes delitos.[46] O estupro (*Vergewalti-*

(38) O legislador brasileiro, através da Lei 8.072/90, estabelece a mesma pena tanto para o art. 213 (estupro-conjunção carnal) como para o art. 214 (atentado violento ao pudor – ato libidinoso). Do exame de diversos códigos penais europeus e latino-americanos, observa-se que em geral se estabelece uma pena mais severa para a conjunção carnal que para o ato libidinoso.

(39) Horn, 1995, § 177, n. 2; cf. Teubner, 1988, p. 86-87; Sick, 1993, p. 224-226.

(40) Por ação sexual se entende "toda acción en la que el autor, por medio de contenidos objetivos extremadamente variables, aspira a involucrar a otra persona en un contexto sexual. (...) Por contexto sexual se ha de entender toda situación social para cuya valoración el sujeto activo, cuando menos, echa mano de los juicios de valor referentes al instinto humano que suscita atracción entre los sexos". Díez Ripollés, 1985, p.123.

(41) Isto obviamente não significa a exclusão de outros delitos de natureza sexual (rapto, sedução, corrupção de menores, ato obsceno etc.).

(42) Arts. 429 e 430 (violación y agresiones sexuales).

(43) Art. 332 ("viol") e art. 333 ("attentat à la pudeur"), introduzidos pela Lei 80-1041 de 23.12.1980 no velho CP francês. Estes artigos sofreram algumas modificações (sem que se alterasse a estrutura dos mesmos) no novo CP de 1994 (art. 222-23 "viol" e art. 222-27 "autres agressions sexuelles").

(44) Virgilio, 1997, p. 117 *et seq.*, 157 *et seq.*

(45) Art. 609-bis do CP italiano e art. 177 do CP alemão.

(46) § 177 do CP alemão:

"Atentado violento ao pudor; Estupro (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)

(1) Quem

1. através de violência;

2. através de ameaça de um perigo eminente à vida ou à integridade física, ou então;

3. aproveitando-se de uma situação na qual a vítima encontra-se exposta, sem defe-

gung) passa a compreender todas as ações sexuais particularmente humilhantes, sobretudo aquelas praticadas com penetração, tanto de um órgão humano como de um objeto. O "atentado violento ao pudor"[47] compreende todos os atos sexuais em que a vítima é constrangida a praticar ou a tolerar que com ela sejam praticados.[48]

> sa, à ação do autor, constrange uma pessoa a sujeitar-se a atos sexuais do autor ou de uma terceira pessoa ou a praticar tais atos ao autor ou a uma terceira pessoa é punido com pena privativa de liberdade não inferior a um ano.
>
> (2) Nos casos particularmente graves a pena privativa de liberdade não pode ser inferior a dois anos. Um caso particularmente grave existe, em geral:
>
> 1. quando o autor pratica com a vítima (ou obriga a vítima a praticar com ele) uma conjunção carnal ou outros atos sexuais similares, que a humilham em modo particular, especialmente se com estes atos se realiza uma penetração no corpo (estupro), ou
>
> 2. se a ação for cometida com o concurso de pessoas.
>
> (3) A pena privativa de liberdade não pode ser inferior a três anos se o autor;
>
> 1. porta consigo uma arma ou outro instrumento perigoso,
>
> 2. porta consigo outro instrumento ou meio (Mittel) para impedir ou superar a resistência de outra pessoa com violência ou ameaça de violência, ou
>
> 3. através da sua ação coloca a vítima em grave perigo de saúde.
>
> (4) A pena privativa de liberdade não pode ser inferior a cinco anos se o autor
>
> 1. para realizar a sua ação utiliza uma arma ou outro instrumento perigoso ou
>
> 2. se com a sua ação
>
> a. realiza um maltrato corporal de natureza grave contra a vítima ou
>
> b. expõe a vítima a perigo de morte.
>
> (5) Os casos menos graves do n. (1) são punidos com pena privativa de liberdade de seis meses a cinco anos, os casos menos graves dos n. (3), (4) são punidos com pena privativa de liberdade de um a 10 anos".

A reforma foi aprovada em 01.07.1997 e entrou em vigor em 05.07.1997. Seis meses depois o parlamento alemão realiza uma nova reforma, aprovada em 26.01.1998, vigorando a partir de 01.04.1998. A segunda reforma introduz as formas qualificadas tratadas nos números (3), (4). Com esta última reforma, a legislação alemã tende a aproximar-se do modelo casuístico já anteriormente apresentado, ampliando os casos de qualificação do delito. Finalmente, com a reforma de 1998, o legislador transferiu uma das figuras qualificadoras do estupro ao art. 178, aumentando as penas previstas.

> § 178: "Atentado violento ao pudor e estupro seguido de morte.
>
> Se o autor provocar com o atentado violento ao pudor ou estupro (§ 177) de modo ao menos culposo (culpa grave – "leichtfertig") a morte da vítima, a pena é de prisão perpétua ou pena de privação de liberdade não inferior a 10 anos".

Um grande problema, objeto de debate dos juristas e do movimento feminista, refere-se à "estratégia legislativa" mais adequada para garantir a autodeterminação sexual de ambos os gêneros e de respeitar os princípios fundamentais do direito penal de um Estado Democrático de Direito, de um sistema (que deveria ser) garantista, protegendo os direitos fundamentais de todos.[49]

Não existe uma resposta unívoca. Do ponto de vista comparativo, pode-se dizer que entre as reformas realizadas até o momento, o modelo alemão da unificação de fatos típicos é o que melhor responde às exigências de tutela da autodeterminação sexual. E isto por três razões principais:

(47) *Sexuelle Nötigung*, literalmente traduzido: constrangimento sexual.

(48) Sobre a interpretação dos arts. 177 e 178 antes da reforma, consultar, entre outros: Schönke e Schröder, 1991, Vorbermerkungen zu den §§ 174 ff., § 177, § 178; Sick, 1993, p. 95-254; Horn, 1995, § 177, n. 2 *et seq.*; § 178, n. 3 *et seq.*; depois a reforma, cf. Horn, 1998; Dessecker, 1998, p. 1-2.

(49) Moccia, 1997, p. 155 *et seq.*; Padovani, 1997, p. 219-244; Frommel, 1996. Para uma reconstrução desta discussão, ver: Sick, 1993, p. 325 *et seq.*; Virgilio, 1997.

– Apresenta um conceito de estupro mais adequado às necessidades da proteção do bem jurídico, porque considera o corpo "sexuado" como um todo. Abandona-se a idéia de uma *tutela fragmentária e diferenciada* do corpo – típica da concepção funcional-patriarcal da sexualidade. Qualquer ato que agrida a autodeterminação sexual da vítima é considerado uma violação do art. 177 e a diferenciação da gravidade da agressão se fará no nível da fixação da pena.

– Trata de modo minucioso as várias formas de lesão. Neste sentido, a reforma alemã observa o princípio "nullum crimen sine lege certa".[50]

– Combina o aspecto simbólico de uma mensagem política e pessoal forte (todas as ações sexuais ilícitas integram o mesmo fato típico) com um sistema de penas que permite ao juiz, nesta matéria tão complexa, fixar a quantidade de pena movendo-se entre limites (mínimo e máximo) muito amplos.[51]

Se não existe uma resposta ou uma única "receita", existe uma certeza: no transcorrer deste século foi sendo paulatinamente alterada uma série de costumes e regras vigentes com relação ao exercício da sexualidade. A legislação penal acompanhou, contudo, com extremo atraso este processo, e só nos últimos anos alguns países tentaram adaptar suas legislações às exigências sociais. Talvez a explicação resida na "força inercial" que a cultura patriarcal exercita diante da evolução social.[52]

Neste sentido, Padovani observa que "la posta in gioco (...) è in realtà la posizione della donna che da ogetto incidentale da una tutela proiettata in una dimensione funzionale, si trasforma in soggetto titolare, di una libertà che, in materia sessuale, rappresenta una delle piú faticose, travagliate (e contestate) conquiste del secolo".[53]

3.5 Violência/consenso

Um exame da legislação comparada indica que um elemento objetivo dos delitos de "estupro" e "atentado violento ao pudor" é constranger a vítima a determinados atos sexuais mediante violência ou grave ameaça.

Os códigos penais brasileiro (arts. 213 e 214), colombiano (arts. 298 e 299 de 1980), mexicano (art. 265 de 1931), peruano (art. 196 de 1924), venezuelano (art. 375), italiano (art. 609 bis)[54] e grego (art. 336) estabelecem, com pequenas variações terminológicas, que o meio empregado pelo agente deve ser violência ou grave ameaça e o verbo usado é "constranger".

O CP boliviano fala em "violencia física o intimidación"[55] e o espanhol emprega a expressão "fuerza o intimidación".[56] Por último, o velho CP francês (art. 332) exigia o uso de "violência, constrangimento ou surpresa"; o novo código (art. 222-23) acrescentou a estes meios a "ameaça".

O CP alemão, depois da reforma de 1997, acrescentou na descrição dos meios de co-

(50) O legislador italiano, apesar de exprimir a mesma tendência de unificação dos fatos típicos, usa formulações genéricas e indeterminadas, referindo-se somente a "atos sexuais" e a "casos de menor gravidade" (art. 609-bis). Sobre o problema de interpretação deste artigo, ver: Virgilio, 1997, p. 78; Pitch, 1998, p. 264.

(51) Cf. Frommel, 1996, p. 169-174. Em todo o caso, o fato de que em um prazo de seis meses a matéria tenha sido novamente submetida a uma reforma indica que existe uma tendência à produção de uma legislação de caráter emergencial que, como veremos adiante, resulta prejudicial ao tratamento do problema.

(52) Como observa Smaus (1994, p. 94-97), entre o patriarcado como ordem de dominação "ilegítima" e o poder legal do Estado criam-se relações de apoio recíproco.

(53) Padovani, 1997, p. 220.

(54) Antes da reforma de 1996: Art. 519: "Chiunque, con violenza o minaccia, costringe (...)" e posterior à reforma: Art. 609 bis: "Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe (...)".

(55) Ver Montaño e Montaño, 1993, p. 140.

(56) Art. 429, 1.º.

ação a conduta de quem "se aproveita de uma situação na qual a vítima encontra-se exposta, sem defesa, à ação do autor". A intenção do legislador era justamente de abranger os casos nos quais a vítima, dadas as circunstâncias, encontra-se incapacitada a opor resistência. De todas formas, este artigo cobre somente os casos em que essa situação foi causada pelo autor, na intenção de facilitar a prática do delito.[57] Desta forma, o legislador alemão não escapa da lógica violência/reação/ação sexual, prevendo somente uma exceção na qual o exercício de violência resulta das circunstâncias supérfluo e reação impossível.

Parte da doutrina entende que o mero dissenso da vítima é suficiente para caracterizar uma ação sexual ilícita. De fato, não é raro, nem inexplicável que uma mulher, frente a uma situação de estupro, se limite a manifestar ou expressar o seu dissenso. Muitas vezes a mulher atua desta forma na tentativa, mais que legítima, de minimizar o risco de uma violência ainda maior. Em outras palavras, tenta evitar que o agressor empregue meios ainda mais violentos para a consecução do seu ato. E a experiência demonstra que o estupro muitas vezes é praticado em conexão com outros atos de violência, como, por exemplo, o homicídio ou lesões corporais graves.

Por outro lado, em inumeráveis casos, em que há um relacionamento social ou afetivo entre agressor e vítima, esta pode não ter a possibilidade (objetiva ou subjetiva) de manifestar uma forte "reação" frente ao mesmo. Esta é a típica situação de uma dona de casa que é agredida sexualmente pelo marido, com o qual ela mantém interesses vitais (futuro dos filhos, situação de dependência econômica etc.).

Segundo Padovani, a necessidade da violência (ou ameaça) "è figlia di una concezione dei rapporti sessuali ancorata all'idea di 'conquista' della preda sessuale che, se non reagisce attivamente alle iniziative (...) si dimostra per ciò solo in re ipsa disponibile a cedere all'altrui volontà. Insomma, la persona esposta all'iniziativa sessuale altrui non può contare sulla tutela del proprio dissenso; deve in primo luogo preoccuparsi di risultare 'costretta'.[58]"

A concepção do papel da mulher, que deve sacrificar-se para defender a honra da sua família, não deve ser criticada apenas de um ponto de vista externo, como indício da configuração funcional-patriarcal do fato típico em exame. Também do ponto de vista da sistemática penal encontra-se em contradição com a configuração do elemento objetivo do tipo em outros delitos contra a autodeterminação pessoal, onde os legisladores consideraram suficiente que estes se realizem contra a vontade de quem de direito.[59]

No art. 150 do CP brasileiro (violação de domicílio), a violação da "paz doméstica" é punida quando alguém entra ou permanece de forma clandestina ou astuciosa, ou contra a vontade de quem de direito, em casa alheia. Para que se caracterize o delito basta "penetrar ou permanecer" apesar do dissenso do dono da casa. Dependendo de como se realiza a ação delitiva, o dissenso pode ser expresso, tácito e inclusive presumido.[60] O emprego de violência não constitui um elemento objetivo do tipo, tratando-se apenas de uma qualificadora do tipo em questão (art. 150, § 1.º).

Comentando o art. 123 do CP alemão (*Hausfriedensbruch*), a doutrina afirma que para realizar a "entrada ilícita numa casa

(57) Horn, 1998, n. 14 e 18, p. 42-45. O exemplo classico é o do autor que conduz a vítima a um lugar ermo; neste caso a resistência da vítima perde completamente a importância. Uma outra opinião sustenta que não deve obrigatoriamente existir um nexo causal entre a situação na qual se encontra a vítima e a intenção do autor. Cf. Dessecker, 1998, p. 2. Trata-se assim de uma interpretação mais extensiva da norma incriminadora.

(58) Padovani , 1997, p. 225; cf. Sick, 1993, p. 151, 180.

(59) Padovani, 1997, p. 221-231; Virgilio, 1997, p. 59-69; Sick, 1993, p. 334.

(60) Jesus, 1986, p. 282-283.

alheia" basta que o dono não tenha dado a sua "permissão", visto que a casa é um lugar onde se exercita a "privacidade" e que qualquer pessoa, no sano exercício de suas funções mentais, tem a capacidade de perceber que não pode penetrar na esfera privada alheia (*Privat–und Geheimsphäre*) sem o acordo (*Einverständnis zum Betreten*) do dono de casa.[61]

Em modo similar, o CP brasileiro pune a privação da liberdade mediante seqüestro ou cárcere privado, sem exigir, como elemento objetivo da conduta, o emprego da violência ou grave ameaça (art. 148). Uma conduta similar é prevista como delito no CP alemão (§ 239: *Freiheitsberaubung*). Neste caso, a doutrina alemã afirma que para a consumação do delito é suficiente que a vítima expresse o seu "desejo de deixar o lugar onde se encontra". A doutrina ainda vai mais além, especificando que mesmo que a vítima não chegue a "desejar" sair do lugar onde se encontra detida (pense-se, por exemplo, no caso da vítima que sofre de uma doença mental) é suficiente uma "vontade hipotética" (*hypotetischer Wille*) que seria expressa se a mesma fosse liberada do controle do autor.

Ainda que exista o consentimento, a doutrina entende que é necessária uma coincidência absoluta entre a ação do autor e a vontade da vítima com relação ao modo e a duração da reclusão (é o caso de um usuário de drogas que pede a um amigo para trancá-lo num quarto e este, além de trancá-lo, também o algema). A exigência da coincidência absoluta é também colocada para as causas de exclusão da antijuridicidade: a jurisprudência alemã impõe ao autor um dever de verificação (*Prüfungspflicht*) das eventuais justificativas (é o caso do enfermeiro de um hospital psiquiátrico que, ao deixar um paciente amordaçado, não poderá justificar sua conduta, alegando desconhecimento dos limites impostos pelas regras hospitalares).[62]

Como vemos, a posição da legislação e da doutrina frente ao elemento "consenso/dissenso" em outros ilícitos é de tratá-lo da forma mais ampla possível, denotando a busca de uma adequação entre a norma penal e o bem jurídico protegido, que pode ser visualizada no uso de expressões como "vontade hipotética da vítima" ou "dissenso presumido".

O estupro, tal como está tipificado em diversas legislações, é um delito que se realiza em dois atos: o primeiro é a agressão sofrida pela vítima, que deve opor alguma forma de resistência; o segundo, a agressão sexual em si. No caso da violação de domicílio não existe a necessidade que se chegue a empregar nenhuma forma de violência contra a vítima; o mesmo esquema "simples" vale no caso da privação de liberdade de locomoção. Isto porque o legislador quer proteger os titulares de respectivos direitos humanos, partindo do pressuposto que essas duas formas da autodeterminação pessoal são claramente visíveis e que ninguém pode atacar essa esfera sem o acordo explícito do titular.

Por que no caso da autodeterminação sexual o direito das mulheres à autodeterminação do próprio corpo é muito menos "visível", fazendo-se necessário o emprego de uma violência e a conseqüente reação da vítima para que se configure o delito de estupro? O emprego de "um constrangimento específico" induz a uma "depreciação da vítima", colocando-a numa "situação de coerção", que se demonstra através da sua "resistência" ou, pelo menos, da sua "incapacidade de resistência".[63] Por que o legislador continua considerando necessária esta seqüência de atos, e por que a discussão dogmática sobre as reformas se reduz à determinação dos "limites da violência" que qualificaria o delito de estupro?[64]

(61) Rudolphi, 1994, n. 13, p. 5.

(62) Sobre a interpretação deste artigo, confrontar a doutrina e jurisprudência citadas por Horn, 1996, n. 2-4, 9, 10 e 12; p. 21-23, 25-26. Os exemplos citados são em parte de nossa autoria.

(63) Assim se interpreta os requisitos da ação delitiva segundo o novo art. 177 do CP alemão Horn, 1998, n. 3, 8, 14, p. 38, 40, 43.

(64) V. p. es. Dessecker, 1998, p. 1-2.

Os exemplos aqui discutidos demonstram que a dificuldade não é de ordem teórica, mas se conecta com representações sociais patriarcais, que criam um direito implícito dos homens de terem acesso ao corpo das mulheres e das crianças.[65] Uma análise do conteúdo simbólico destas normas também indica que o legislador apenas trata de punir os "abusos" deste "direito", quando cometidos com emprego de violência explícita.

Para uma configuração do estupro como delito contra a autodeterminação sexual da pessoa humana, bastaria então que a vítima expressasse o seu dissenso ou, segundo uma proposta mais radical (mas nem por isso menos razoável), que das circunstâncias do delito ficasse evidente que o agressor *contrariara a vontade da vítima*.[66] Uma tal configuração estaria de acordo com a lógica do direito penal "moderno", com a percepção atual da sexualidade como ato voluntário e não como atividade cuja iniciativa e o prosseguimento são de incumbência dos homens. Neste sentido, também contribuiria ao processo de desmistificação de tais delitos, permitindo que estes sejam tratados em pé de igualdade com tantos outros delitos.[67] A ameaça ou violência deveriam ser tratadas em nível de tipificação como formas qualificadoras e não constitutivas do delito de estupro.

4. A crítica minimalista e suas aporias

Os adeptos de um direito penal mínimo tendem a ser contrários a esse tipo de proposta e, em geral, à lógica das recentes reformas. O temor é de que, por um lado, se amplie o campo de ação do direito penal e, por outro, não se obtenham resultados positivos com este tipo de ação.

Moccia, criticando a reforma italiana, afirma que se trata de uma legislação emergencial, caótica e de "sterile simbolicità". Uma das características deste tipo de legislação é o rigor repressivo.[68] O fato de que as penas cominadas sejam muito elevadas e que a formulação do fato típico seja muito ampla não significa que na prática se obtenha uma proteção efetiva do bem jurídico. Trata-se, então, de uma expressão da exigência ideológica de "resposta" às pressões da opinião pública. Isto faria parte de uma campanha de *law and order* que produz um direito penal simbólico e induz a população a acreditar que a pena privativa de liberdade pode resolver conflitos e problemas de violações de direitos humanos.[69] Partindo desta perspectiva, não se deveria nem ampliar a descrição do ato sexual ilícito, nem substituir, *a fortiori*, a exigência da "violência ou grave ameaça" pelo simples "dissenso" da vítima.

Apesar de ser verdade que por trás destas reformas exista um interesse em dar respostas às pressões da opinião pública, isto não significa, como bem ressalta Moccia, que não haja uma necessidade de revisão da matéria.[70] A reformulação de velhos tipos penais em matéria de delitos sexuais só poderá ser satisfatória, do ponto de vista da dogmática penal e da proteção dos direitos humanos das mulheres, na medida em que se tome distância de um discurso de *moral panic*.

Assim mesmo, o discurso minimalista deixa de apreciar um elemento muito importante com relação a tais delitos. Limitando-se a uma análise abstrata, que pode ser aplicada a qualquer categoria de ilíci-

(65) Pateman, 1988; Smaus, 1994.

(66) Virgilio, 1997, p. 68-69; esta é a proposta dos projetos de reforma em muitos países ocidentais v. Bender, 1987, p. 450; Sick 1993, p. 334, 373; Frommel, 1996, 169; Pitch, 1998, p. 175-176.

(67) V. p. es. Pitch, 1998, p. 175.

(68) Moccia, 1997, p. 115 *et seq.*; cf. Pitch, 1998, p. 163. Por outro lado, os poucos minimalistas alemães mantêm-se, até o momento, silenciosos com relação ao tema.

(69) Moccia, 1997. Sobre o direito penal simbólico em geral, ver: Hassemer, 1989; Baratta, 1990.

(70) Moccia, 1997, p.115, 116 e 131.

tos penais, o minimalismo não integra no seu raciocínio a estrutura patriarcal que influi na forma como são tratados tais delitos.[71] Partindo de uma perspectiva de proteção integral dos direitos humanos da mulher e da criança, que são as típicas vítimas deste tipo de agressão, é possível adotar duas posições no confronto do direito penal, segundo o nível do discurso adotado: ou se afronta essa estrutura de opressão, empregando meios que possibilitem uma resposta penal adequada, ou, discutindo em nível extra-sistemático, se afirma que o instrumental penal é ineficaz ou inclusive danoso nesta área, abdicando-se então do seu emprego.

No primeiro discurso, a descrição legal deve, por motivos de coerência jurídica e lógica, ser capaz de refletir o ato que o legislador tem a intenção de proibir. Porém, no direito vigente, os atos que lesam a autodeterminação sexual encontram-se apenas parcialmente descritos nos diversos códigos penais anteriormente mencionados, parcialidade esta que reflete uma tomada de posição em favor de uma concepção patriarcal do direito penal.

Seria possível afirmar que se tratam de leis datadas da primeira metade deste século, e que, portanto, refletem a mentalidade dominante de um determinado período. No entanto, esta resposta não explica por que tais leis continuam em vigor em diversos países, por que é tão difícil conseguir reformá-las e por que, nas reformas mais recentes, ainda são presentes elementos patriarcais. Não explica, por exemplo, por que na Itália foram necessários 20 anos de debates parlamentares para que se realizasse uma tímida reforma nesta matéria[72] e por que na Alemanha, apesar das diversas propostas de leis feitas ao Parlamento desde 1983, [73] continuasse em vigor até 1997 a norma que isenta o marido de ser processado pelo estupro de sua esposa, recordando que esta isenção foi apoiada em grande parte pela doutrina, com um sexismo que dificilmente conseguia esconder-se por trás do aspecto técnico da argumentação.[74]

Uma proteção adequada seria oferecida por uma norma penal que garantisse plenamente "el derecho de la persona a no verse involucrada sin su consentimiento por otra persona en un contexto sexual".[75] Uma norma que adotasse uma concepção "individualista" do bem jurídico protegido[76] refletiria as exigências de proteção dos sujeitos estruturalmente mais fracos e, em conseqüência, dar uma resposta efetiva aos problemas de proteção institucional.

O patriarcado se caracteriza por um jogo de relações de forças, onde as mulheres e as crianças encontram-se, estruturalmente, numa posição mais fraca, sendo desprovidas de meios de reação efetivos. Uma norma penal que proíbe somente a *ultima ratio* do patriarcado, isto é, a violência aberta ou a ameaça da violência eminente, não leva em consideração a pluralidade de meios que condicionam a vontade e o comportamento dos sujeitos mais fracos;[77] desta forma, garante talvez os "direitos de propriedade" do gênero masculino, mas não pode, e nem deseja, tutelar a autodeterminação sexual de todos.

(71) Interessa destacar que este discurso, pelo menos em nível teórico, em outros temas, como a criminalização do uso de drogas, é capaz de integrar a problemática da construção do sujeito "drogado" e a problemática do mercado ilegal de drogas

(72) Virgilio, 1997, p. 13 *et seq.*; Pitch, 1998, p. 149 *et seq.*

(73) Sick, 1993, p. 327-330; Frommel, 1996, p. 168.

(74) Sobre a opinião da doutrina, cf. Hanisch, 1988, p. 151-201.

(75) Díez Ripolles, 1985, p. 23, Sick, 1993, p. 87.

(76) "O 'centro da gravidade' da proteção legal deve ser constituído pelos interesses individuais, em cada um dos crimes sexuais o ofendido deve ser um sujeito individual cuja liberdade sexual foi gravemente lesada pela conduta do agente" (Prelhaz Natscheradetz, 1985, p. 155; cf. Torrão, 1995, p. 556-558).

(77) Smaus, 1994, p. 94-97; Schnock, 1999.

A este imperativo corresponde a substituição, por exemplo, do "perigo ou ameaça" pelo "dissenso da vítima". Isto permite neutralizar, em nível normativo, a interpretação machista e a tendência da impunidade do estupro "privado" que permanece invisível.[78]

Uma "fragmentariedade" em matéria de delitos sexuais não é garantista, e induz a uma discriminação direta dos sujeitos mais fracos, contribuindo, assim, na sua maneira, para a reprodução do direito patriarcal. Qualquer ulterior redução dos atos ilícitos nesta matéria, na lógica do direito penal liberal (no sentido de *Kernstrafrecht*), adquire assim um significado de permissividade que apenas agravaria as violações.

O minimalismo trata o problema do simbolismo de modo nivelador, revelando-se altamente seletivo. Por que colocar na mesma linha de crítica os vários âmbitos do direito penal, se este se apresenta desumano em matéria de entorpecentes, minimalista em matéria de delitos sexuais e tão completo em matéria de proteção da propriedade privada?[79] Esta é a aporia principal da crítica minimalista às recentes reformas dos delitos sexuais.[80]

(78) Sobre o mecanismo e a freqüência do estupro praticado em âmbito privado, consultar, entre outros: Teubner, 1988, p. 82, 86; Smaus, 1994, p. 87-91. Cf. as pesquisas apresentadas na obra de Hanisch, 1988, p. 102-123, 170-174. Algumas referências ao "pacto do silêncio", que se estabelece entre vítima e agressor, podem ser encontradas em: Goldenberg, 1995.

(79) Cf. Frommel, 1996, p. 165.

(80) Além dos minimalistas, também outros críticos do direito penal rejeitam as tentativas de ampliação dos delitos sexuais. Scheerer, por exemplo, considera que, nesta matéria, as aspirações feministas se dirigem à produção de uma legislação moralista, que objetiva reorganizar a imagem do mundo ("Weltbild") com a ajuda do direito penal, enquanto "símbolo" de uma nova ordem mundial. Desta forma, as demandas feministas contribuem à legitimação do direito penal (Scheerer, 1995, p. 245 e 250-253). Neste âmbito, Scheerer assume completamente a crítica abolicionista a este tipo de reforma legislativa. Vale lembrar que nem mesmo o fato de que o abolicionismo sustente uma completa rejeição a qualquer tipo de reformas no direito penal, é capaz de evitar que saiam à luz as suas contradições em matéria de delitos sexuais. Para não correr o risco de entrar numa discussão "intra-sistemática", o discurso abolicionista assume o risco de legitimar o direito penal na medida em que aceita as discriminações existentes, que estão baseadas em critérios como gênero e raça. Partindo de uma perspectiva crítica e de defesa dos direitos humanos, a posição abolicionista não pode ser aceita porque implica uma legitimação das discriminações existentes. Assim sendo, tanto o abolicionismo como o minimalismo liberal cometem o mesmo erro de confundirem os dois níveis do discurso. O que vale no nível dos princípios da crítica é transportado imediatamente à discussão sobre o direito positivo que, por outro lado, é fundado sobre princípios e valores totalmente diversos. Bender, 1987, p. 451-452 realiza uma severa crítica à posição de Scheerer, destacando os efeitos positivos de uma reforma do direito penal sexual (questionamento do monopólio da violência "privada" dos homens, instrumento de luta contra a constrição das mulheres a uma "auto-exclusão").

(81) Não existe hoje uma única escola de direito feminino. Existem correntes radicais que elaboram fortes críticas à ideologia jurídica dominante e outras de corte mais liberal, que pleiteiam a elaboração de uma reforma do direito de modo a propiciar uma tutela mais efetiva dos direitos da mulher. Um dos traços comuns entre as diversas correntes é questionar a tradição mais rígida do positivismo ju-

5. A crítica feminista ao direito penal

Esta reflexões não significam que não se deva discutir com um forte espírito crítico sobre a adequação do direito penal para a proteção dos direitos humanos e sobre a sua legitimação moral e política. De fato, uma leitura das recentes reformas, partindo do ponto de vista da teoria feminista do direito,[81] não persegue a

adaptação das necessidades de proteção das mulheres à "lógica do direito penal". Esta leitura identifica três pontos problemáticos:[82]

– As recentes reformas têm uma "inspiração" igualitária. A violência sexual é tratada como qualquer outro tipo de agressão contra a autodeterminação do sujeito. Porém, se as típicas vítimas deste tipo de agressão (mulheres e crianças) são protegidas como pessoas lesadas no exercício dos seus direitos, desaparece então o caráter sexual e sexuado destes delitos, ligado à estrutura patriarcal. A universalização/racionalização inerente ao direito penal (responsabilidade pessoal, lesão específica, vítima) torna invisível a estrutura patriarcal, que é caracterizada pela violência que afeta todas as mulheres e também a ambivalência dos papéis feminino e masculino.

– O pressuposto penal da igualdade formal (quem quer que, qualquer um que) simplifica relações complexas como as que se estabelecem entre os gêneros socialmente construídos e apresenta a violência sexual como um evento pontual e excepcional que rompe com uma "legalidade" de relações entre os gêneros, fundada no consenso entre companheiros equiparáveis.

– Enquanto instância de controle social, o direito penal produz um discurso normativo e disciplinante sobre a sexualidade. As reformas que ampliam o seu campo de ação (por ex., a substituição do pressuposto da violência ou grave ameaça pelo "defeito" no consenso) transmitem uma imagem da sexualidade enquanto um "mal", se esta não está fundamentada no consenso perfeito de atores adultos em situação de plena igualdade. Porém, o conceito de consenso é difícil de determinar, dada a pluralidade de fatores que determinam uma decisão individual.[83] A conseqüência é que toda a relação sexual torna-se suspeita, isto é, percebida como tendencialmente ilegal, como demonstram também as diversas campanhas alarmistas e repressivas contra a pedofilia e o assédio sexual.

Por estas razões, as feministas concluem que o sistema penal é *inadequado* para exprimir (ou "traduzir") a violência sexual percebida e vivida pela mulher. A sua lógica é estruturalmente incapaz de exprimir a "realidade" de um universo social sexualizado, expropria os protagonistas dos seus conflitos, confiando a resolução a instâncias autoritárias, e cria uma imagem da sexualidade como atividade "nociva".[84]

Esta perspectiva de crítica forte, que em parte coincide com as posições do abolicionismo penal,[85] tem conseqüências claramente opostas àquela sustentada pelo minimalismo penal. No âmbito dos princípios, as feministas analisam a aliança entre Estado e patriarcado privado (ou seja, entre direito e "ordem da família"), mostrando que a lógica do direito penal não permite uma proteção efetiva das mulheres na nossa sociedade. Ao nível de tática política, não refutam o caráter progressivo das reformas, que permite levar adiante as demandas das mulheres de se-

rídico, produzindo análises que se situam fora do perímetro do direito vigente. A perspectiva feminista buscou criticar a suposta neutralidade dos conceitos jurídicos, desvendando interpretações masculinas do direito. Além disso, ao analisarem a pratica quotidiana do direito, a perspectiva feminista permitiu reforçar algumas "vozes isoladas", tais como os representantes da criminologia crítica ou de grupos minoritários que denunciam a "falácia" do direito. Ver: Olsen, 1991; Smart, 1994.

(82) Uma análise detalhada do ponto de vista feminista nesta matéria foi realizada recentemente por Pitch, 1998, p. 151, 153, 158, 172, 175, 176, 181, 190.

(83) Pense-se apenas na seguinte situação: a dona de casa que "consente" na relação sexual com o seu marido, considerando a sua posição de dependência material, toma realmente uma decisão livre?

(84) Cf. Pitch, 1998, p. 176, 263.

(85) Sobre os pontos de convergência mas também de divergência entre o abolicionismo e o feminismo, cf. Smaus, 1991.

rem tratadas do mesmo modo que outras vítimas de violência.[86]

Cristalizam-se assim duas posições inconciliáveis. Por um lado, as feministas rejeitam (ou tendem a rejeitar) o direito penal e, ao mesmo tempo, expressam um juízo positivo sobre as reformas, considerando-as como instrumento de luta. Do outro lado, temos a perspectiva liberal-minimalista que, em linha de princípio, tenta salvar o "núcleo duro" do direito penal e, em nível tático, critica as recentes reformas, sem levar em consideração (desde uma perspectiva de proteção dos direitos humanos) as necessidades de proteção do gênero feminino.

Por isto, a perspectiva feminista não é contrária à lógica de "normalização" do tratamento penal da violência sexual, isto é, ao tratamento das mulheres enquanto pessoas indiferenciadas. Sem se desiludir sobre o efeito de tais reformas com relação à manutenção de uma estrutura patriarcal, as feministas entendem que estas reformas constituem um passo adiante dentro de uma luta muito mais ampla.[87]

Uma última observação deve ser feita com relação à discussão da problemática do dissenso numa perspectiva de construção de um tipo penal. E, neste sentido, é preciso separar dois problemas que muitas vezes as feministas vêem como sendo um único problema.

Certamente existe o problema da invisibilidade social da violação dos direitos das mulheres, que está relacionado com idéias patriarcais, tais como a "agressividade natural" do homem, o "desejo" das mulheres de serem submetidas a esta agressividade e o direito à "prestação sexual" dentro do matrimônio. Além disso, e sem especificamente ter uma relação com uma estrutura patriarcal, existe um problema jurídico relativo à estrutura do direito penal e do processo penal que apresenta dificuldades em dar um tratamento jurídico relativamente satisfatório também a outras modalidades de violações de direitos humanos.

Algumas violações de direitos humanos que se caracterizam por serem ilícitos penais (tortura, desaparição forçada ou involuntária de pessoas, violência doméstica e sexual) ou não se expressam em ações muito objetivas, criando, portanto, problemas para a sua tipificação, ou então podem apresentar-se entrelaçadas com a realização de outros delitos, colocando a questão se é ou não possível tratá-las autonomamente.

Também surgem problemas relacionados à estrutura do processo penal que não foi "pensado" para tratar delitos, nos quais a produção da prova pode constituir um problema muito complexo e subjetivo. Pense-se, por exemplo, na questão da prova no caso da desaparição, onde sempre se coloca a questão: Qual é o corpo de delito? Quais provas podem ser juridicamente aceitáveis para comprovar que uma pessoa realmente desapareceu dentro dessa estrutura objetiva de processo penal?

Com relação ao caso do estupro, um dos temores é que a substituição da "grave ameaça ou violência" pelo termo dissenso possa ter repercussões negativas para a própria vítima, dado o caráter subjetivo deste termo. A experiência indica que a linha de defesa nos processos de estupro, quando se comprova a relação sexual entre acusado e vítima, é sempre a de alegar que não houve constrangimento da vítima senão o seu consenso.

Assim mesmo, uma análise mais detalhada indica que uma tal substituição não há em princípio conseqüências negativas, nem em nível dogmático, nem no nível da prática processual.

– No plano da construção conceptual dos tipos penais, o dissenso da vítima como critério para uma violação de direitos humanos é uma solução já praticada pelos

(86) Smaus, 1991, p. 92 e 1994, p. 85-86.

(87) Cf. Smaus, 1991, p. 94-98 e, no âmbito da doutrina penal, Dessecker, 1998, p. 6; Torrão, 1995, p. 568-569.

legisladores e respeita perfeitamente o princípio "nulla poena sine lege certa".

– No âmbito do processo, as dificuldades que, em geral, se apresentam para a apuração e perseguição do fato delitivo se devem, muitas vezes, à existência de uma única prova: o testemunho da própria vítima. Na prática judicial, os tribunais tentam dar uma resposta adequada a esta questão. Na Espanha, a jurisprudência vem declarando reiteradamente que, nos delitos de estupro, o testemunho da vítima adquire uma maior importância, já que é relativamente freqüente que o Tribunal não disponha de outras provas. Afirmar que "con el testimonio de la víctima no es posible condenar, sería tanto como mantener que el mayor número de violaciones habrían de quedar, pese a su gravedad, impunes, porque generalmente en estos casos el juzgador sólo dispone de dos testimonios absolutamente contrapuestos: el de la víctima y el del violador. Y en esta situación (...) han de entrar en juego las reglas de la psicología del testemonio, que sólo puede aplicar quien presencia las declaraciones, es decir, el tribunal".[88]

Disto resulta que a dificuldade da prova não é causada por uma descrição ampla ou abstrata do ato ilícito, isto é, não se relaciona com o direito penal material, mas sim com o direito processual penal.

Por todas essas razões, se pode afirmar que, se a discussão não se realiza em nível geral de política do direito, onde se coloca em questão todo o direito penal, agora então a tentativa de deslegitimar as recentes reformas, sob a acusação de cumprir uma função meramente simbólica, não resulta produtiva para a melhoria das condições dos grupos assim ditos "minoritários" e, nesta perspectiva, nem é útil à causa garantista.

6. Bem jurídico, esfera privada e Constituição

Adotando uma teoria do conceito do bem jurídico dedutível dos princípios constitucionais,[89] deve-se destacar, de acordo com a doutrina contemporânea, que o objeto de proteção é a liberdade sexual da pessoa humana. Esta liberdade é entendida na sua dupla vertente: liberdade "positiva", que se exprime no direito à livre disposição do próprio corpo; liberdade "negativa", que se exprime na faculdade de rejeitar qualquer agressão sexual de outra pessoa e qualquer envolvimento num contexto sexual que não esteja em pleno acordo com a própria vontade.[90] Estas duas dimensões são igualmente importantes, embora se entenda que a lógica repressiva penal garante prevalentemente o aspecto negativo da liberdade sexual.

A questão que se coloca é a do significado normativo de uma definição do bem jurídico. Não é possível dizer se a definição do bem jurídico tem somente uma importância para a política criminal, isto é, como critério de orientação para o legislador, ou se há incidência com relação à validade e à interpretação das normas penais existentes.[91] Em todo caso, se

(88) Auto de 7 febrero 1996 (Tribunal Supremo – Sala Penal) in *Repertorio de Jurisprudencia* ano 1996, v. 62, I, Aranzadi, Pamplona, 1996, n. 818, p. 1.149-1.150. A sentença afirma que se trata de jurisprudência consagrada pelo Tribunal Supremo e também aceita pelo Tribunal Constitucional. Com relação às regras observadas para examinar o conteúdo das declarações da vítima, o Tribunal Supremo indica: "a) ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de un móvil espúreo; b) verosimilitud corroborada por circunstancias periféricas; y c) persistencia en la incriminación" (p. 1.150).

(89) Roxin, 1994, p. 14-16.

(90) Díez Ripolles, 1985, p. 23; Bajo e Díaz-Maroto y Villarejo, 1995, p. 199; Prelhaz, Natscheradetz, 1985, p. 141-157; Torrão, 1995, p. 557-564; Sick, 1991, p. 46-52; Sick, 1993, p. 82-88; Horn, 1998, n. 2, p. 38.

(91) Roxin, 1994, p. 21-28; Fiandaca, 1982; Gómez Benítez, 1983, p. 85-111; Prelhaz

observa que a legislação de diversos países encontra-se em contradição com a definição do bem jurídico numa perspectiva de um direito penal da Constituição, indicando a necessidade da realização de reformas normativas, com as reservas já expressadas acerca da sua eficácia social numa sociedade patriarcal.[92]

Para encerrar esta análise, deve-se ressaltar que, do ponto de vista constitucional, os imperativos de proteção da esfera privada muitas vezes desencorajam a intervenção do Estado. A análise do tema deve ser conduzida com cautela, pois o questionamento dos limites da esfera da privacidade poderia implicar a legitimação da intervenção do Estado em todas as esferas da autonomia individual. O direito pode não ser o instrumento mais adequado para resolver problemas sociais, mas é um meio para evitar o abuso do poder do Estado e também dos particulares.

Por outro lado, a delimitação dos espaços público/privado não é natural, como sustenta a ideologia liberal. Esta se realiza através de um processo *político*, no qual são determinadas as atividades e condutas a serem caracterizadas como de domínio público ou de domínio privado. Este processo reflete e, ao mesmo tempo, reforça as relações de poder de classe e também as de gênero.[93]

As violações de direitos humanos que ocorrem no ambiente privado não são, nem do ponto de vista teórico, consideradas com seriedade pelo direito. Segundo as feministas, isto ocorre não porque não exista uma preocupação pela proteção da privacidade, mas porque o direito com as suas ações, suas construções e omissões "reproduz as relações de gênero"[94] dominantes.

A neutralidade do Estado frente ao privado não significa que esse se abstenha de regular atividades nesta área; é que a lei constrói e sustenta relações de poder na vida privada através da sua regulação ativa e através do desinteresse por regular outros tipos de conduta neste âmbito da vida humana.[95] Deste modo, o direito reproduz a violência estrutural que é praticada contra as mulheres.[96]

Do ponto de vista constitucional, uma preocupação pela proteção da autonomia

Natscheradetz, 1985, p. 89-118; Torrão, 1995, p. 548-556.

(92) Sick, 1993, p. 63.

(93) O gênero não opera isolado de outros fatores na construção das esferas pública e privada. Além das diferenças de classe social, as demarcações do domínio público podem variar de acordo com a raça ou o grupo étnico de origem e também entre áreas urbanas e áreas rurais. O ponto em comum da distinção entre público e privado em diferentes contextos é a atribuição de menor valor econômico, social e político para as atividades das mulheres dentro do que é definido como vida privada (Sullivan, 1995, p. 126-128). A questão do gênero é um sintoma de problemas estruturais típicos de uma sociedade que gera formas diversas de opressão. Embora a opressão feminina anteceda o capitalismo, poderíamos questionar porque esta se manteve e porque continua a reproduzir-se na sociedade contemporânea não obstante os instrumentos político-constitucionais de garantias aos princípios de liberdade e de igualdade. A resposta é que este tipo de opressão é funcional ao sistema. Um exemplo atual é o discurso que se vêm sustentando na Europa frente ao grave problema do desemprego: uma revalorização da família vinculada à reafirmação de que a mulher deve restringir-se às atividades de âmbito doméstico. Sobre a situação da mulher nos diversos países europeus, cf. Aubet, 1995.

(94) Smart, 1994, p. 175-182.

(95) Sullivan, 1995, p. 126-128.

(96) A violência estrutural está relacionada à ideologia da inferioridade, do desprezo à mulher, e também a uma concepção da mesma enquanto objeto que se estende por todos os níveis da nossa sociedade, fundamentada pela pretensão de superioridade do homem. Essa forma de violência lesa a capacidade de autodeterminação da mulher sobre o seu corpo (Bergdoll, 1995, p. 224; Smaus, 1994, p. 86-93; Schnock, 1999, p. 17-28). Sobre a violência estrutural em geral: Galtung, 1975, p. 7-36.

dos sujeitos de direitos fundamentais é necessária, porém não deve justificar uma omissão do Estado frente a formas de opressão e violência com o pretexto de que ocorrem na privacidade de relações interpessoais.

O respeito à privacidade dos indivíduos não deve ser confundido com o fato de tolerar comportamentos que lesam os direitos humanos. E isto porque, como afirma Rodotà, privado pode significar pessoal, mas não necessariamente segredo.[97] E privado certamente não é, acrescentamos nós, um sinônimo da violência que se produz em lugares "impermeáveis", como a família e as relações de gênero.

Bibliografia

ANIYAR DE CASTRO, L. *En guante de terciopelo.* Publicação da Universidade de Zulia. Maracaibo, 1992.

AUBET, M. J. *Democracias desiguales. Cultura política y paridad en la Unión Europea.* Barcelona : Serbal, 1995.

BAJO FERNÁNDEZ, M., DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. *Manual de Derecho Penal.* Parte especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil. Madrid : Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.

BARATTA, A. *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale.* Studi in memoria di Giovanni Tarello. Milano : Giuffré, 1990, Vol. II, p. 19-47.

BARBOSA, A. Repertorium iuris civilis et canonici, in quo alphabetico ordine principaliores, & praticae utriusque Juris Conclusiones collectae indicantur, & magnam Doctorum copia exornantur. Sumptibus Anisson & Joannis Posuel, Lugduni, 1713.

BENDER, B. Die Feministinen und das Strafrecht. Eine Replik, Kritische Justiz, 4, 449-453, 1987.

BENHABIB, S. Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas, in J. Landes (org.), Feminism, the Public and Private. Oxford University Press. New York : Oxford, 1998, p. 65-99.

BERGDOLL, K. Gewalt, in F. Hervé, E. Steinmann e R. Wurms (orgs.). Das Weiberlexikon, PapyRossa, Köln, 1995, p. 224-228.

BODELÓN, E. *El análisis del género en los tribunales de Justicia,* in J. L. Domínguez, M. Angel, R. Ulgar (org.). La joven sociología jurídica en España. Aportaciones para una consolidación. Oñati Papers núm. 6, International Institute for the Sociology of Law, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 93-104.

CHIANTERA, P. Donne e spazio sociale, in *Democrazia e diritto,* 1996, n. 1, v. 36, p. 317-331.

CLAVERO, *B. Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones,* in F. Tomas y Valiente e outros (org.). Sexo barroco y otras transgresiones premodernas. Madrid : Alianza, 1990, p. 57-89.

CLAVERO, B. *Almas y cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna,* in: Studi in memoria di Giovanni Tarello. Milano : Giuffré, 1990a, v. I, p. 153-171.

DESSECKER, A. *Veränderungen im Sexualstrafrecht.* Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1998, n. 1, p. 1-6.

DI SIMPLICIO, O. *Sulla sessualità illecita nel antico regime* (sec. XVII-XVIII), in L. Berlinguer (org.), La "Leopoldina". Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del 700 europeo. Milano : Giuffré, 1991, v. 12, p. 633-675.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma. Barcelona : Bosch, 1985.

FIANDACA, G. Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.* Fascículo I, 1982, p. 42-81.

FROMMEL, M. Zaghafte Versuche einer Reform der sexuellen Gewaltdelikte, in *Kritische Justiz,* 2, 1996, p. 164-179.

GALTUNG, J. Strukturelle Gewalt, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1975.

GOLDENBERG, G. W. A violência doméstica e a 'Lei do pai', in *Alter Agora,* n. 3, Florianópolis, 1995, p. 7-19.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. Sobre la teoria del 'bien jurídico' (aproximación al ilícito penal), in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 69, 1983, p. 85-111.

HANISCH, G. M. *Vergewaltigung in der Ehe.* Ein Beitrag zur gegenwärtigen Diskussion einer Änderung des § 177 StGB unter Berücksi-

(97) Rodotà, 1995, p. 102.

chtigung der Strafbarkeit de lege lata und empirischer Gesichtspunkte, Broclmeyer, Bochum, 1988.

HASSEMER, W. *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in Neue Zeitschrift für Strafrecht, 12, 1989, p. 553-562.

HORN, E. § 177; § 178, in H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson (org.). Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Luchterhandt, Neuwied, 1995.

———. § 239, in H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson (org.). Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Luchterhandt, Neuwied, 1996.

———. § 177, in H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson (org.). Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Luchterhandt, Neuwied, 1998.

HULL, I. *Sexualstrafrecht und geschlechtsspezifische Normen in den deutschen Staaten des 17. und 18. Jahrhunderts*, in U. Gerhard (org.). Frauen in der Geschichte des Rechts, Beck, München, 1997, p. 221-234.

JESUS, D. E. de. *Direito penal. Parte especial.* São Paulo : Saraiva, 1986, v. 2.

———. *Direito Penal. Parte Especial.* São Paulo: Saraiva, 1986a, v. 3.

LARRAURI, E., VARONA, D. *Violencia doméstica y legítima defensa.* Barcelona: EUB, 1995.

MENDES DE ALMEIDA, C. *Ordenações Filipinas*, livros IV e V, ed. comentada por C. Mendes de Almeida e reeditada pela Fundação Calouste Gulbenkian. Coimbra, 1985.

MILLETT, K. *Sexual Politics.* New York : Ballantine Books, 1970.

MOCCIA, S. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale.* 2. ed. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

MONTAÑO, J., MONTAÑO, S. *Reformas al delito de violación sexual en la legislación boliviana*, in: Vásquez, R. (org.). Vigiladas y castigadas, ed. pelo Comité Latinoamericano para la defensa de la mujer. Lima, 1993, p. 139-147.

OLSEN, F. Feminism and Critical Legal Theory: an American Perspective, in *The International Journal of Sociology of Law*, 1991, n. 2, v. 18, p. 205-245.

PRELHAZ NATSCHERADETZ, K. *O direito penal sexual: conteúdo e limites.* Coimbra : Almedina, 1985.

PADOVANI, T. I delitti nelle relazioni private, in: L. Violante (org.). Storia d'Italia. Annali 12 (La criminalità). Torino: Giulio Einaudi, 1997, p. 219-244.

PANICO, G. *Criminali e peccatori nel Principato Citra alla fine del Settecento (1770-1780)*, in L. Berlinguer (org.). La "Leopoldina". Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del 700 europeo. Milano: Giuffré, 1991, v. 12, p. 549-580.

PATEMAN, C. 1986. The Sexual Contract, Polity Press, Cambridge.

PAUER-STUDER, H. Geschlechtergerechtigkeit: Gleichheit und Lebensqualität, in H. Nagl-Docekal/ H. Pauer-Studer (org.). Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität, Suhrkamp, Frankfurt/M., 1996, p. 54-95.

PITCH, T. *Un diritto per due.* Milano: Il Saggiatore, 1998.

RADFORD, J., STANKO, A. Violence Against Women and Children: the Contradictions of Crime Control under Patriarchy, in M. Hester, L. Kelly, J. Radford (org.). Women, Violence and Male Power: Feminist Activism, Research and Practice. Great Britain : Open University Press, 1996, p. 65-80.

RODOTÀ, S. *Tecnologia e diritti.* Bologna : Il Mulino, 1995.

ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* München : Beck, 1994, Vol. I.

RUDOLPHI, H.-J. § 123, in H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson (org.). Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Neuwied: Luchterhandt, 1994.

SABADELL, A. L. *La tortura judicial en la España del Antiguo Régimen y en el Brasil colonial: referencias normativas y doctrinales.* Tese de master apresentada no Departamento de Ciência Política e Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma de Barcelona : Barcelona, 1991.

SCHEERER, S. *Neue soziale Bewegungen und Strafrecht.* Kritische Justiz, 3, 1985, p. 245-256.

SCHNOCK, B. *Die Gewalt der Verachtung.* Sexuelle Belästigung von Frauen am Arbeitsplatz. Röhrig : Sankt Ingbert, 1999.

SCHÖNKE, A., SCHRÖDER, H. Strafgesetzbuch-Kommentar, München, 1991.

SICK, B. Zweierlei Recht für zweierlei Geschlechter. Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1, 1991, p. 43-91.

———. Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff. Berlin : Duncker & Humblot, 1993.

SMART, C. La mujer del discurso jurídico, in: E. Larrauri (org.), Mujeres, derecho penal y criminología. Madrid : Siglo veintiuno, 1994, p. 167-189.

SMAUS, G. Abolizionismo: il punto di vista femminista. A proposito delle norme sulla violenza sessuale in Italia e in Germania, Dei delitti e delle pene, n. 1, 1991, p. 85-103.

———. Physische Gewalt und die Macht des Patriarchats, in *Kriminologisches Journal*, 1994, n. 2, v. 26, p. 82-104.

———. Feministische Erkenntnistheorie und Kriminologie von Frauen, in *Kriminologisches Journal*, Beiheft, 5, 1995, p. 9-27.

SULLIVAN, D. The Public/Private Distinction in International Human Rights Law, in J. Peters e A. Wolper (org.). Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives. New York : Routledge, 1995, p. 126-134.

TEUBNER, U. Vergewaltigung als gesellschaftliches Problem. Forderungen zu einer Reform des Sexualstrafrechts, in U. Gerhard, J. Limbach (org.). Rechtsalltag von Frauen, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988, p. 79-90.

TORRÃO, F. A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (mudança de paradigma no novo Código Penal). *Boletim da Faculdade de Direito* 71. Coimbra, 1995, p. 545-570.

TORON, A. Z. *Crimes Hediondos. O mito da repressão penal*. São Paulo : RT, 1996.

VIRGILIO, M. Violenza sessuale e norma. Legislazioni penali a confronto. Ancona : Nuove Ricerche, 1997.

VOET, M. Feminism and Citizenship. Feminist Critiques of Social-liberal Citzenship. Tese de doutorado, Univ. Leiden, 1995.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.3

A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CONCURSO DE PESSOAS

DAMÁSIO E. DE JESUS

SUMÁRIO: 1. Concurso de pessoas e relação de causalidade: 1.1 Os requisitos do crime e o nexo de causalidade; 1.2 O declínio do prestígio da exigência do nexo causal; 1.3 Responsabilidade penal e relação causal: nossa posição – 2. Concurso de pessoas: 2.1 Autoria individual, autoria coletiva e participação; 2.2 O nexo de causalidade como requisito da autoria e da participação; 2.3 Nossa nova posição a respeito da exigência da relação de causalidade material na participação – 3. Teorias sobre as formas de realização da conduta típica: autoria e participação: 3.1 As teorias mais importantes sobre o conceito de autor: 3.1.1 Teoria extensiva; 3.1.2 Teoria restritiva; 3.2 Posição do Código Penal brasileiro – 4. A teoria do domínio do fato: 4.1 Introdução; 4.2 Espécies de autoria em face do domínio do fato: 4.2.1 Autoria propriamente dita; 4.2.2 Autoria intelectual; 4.2.3 Autoria mediata; 4.2.4 Co-autoria; 4.3 Formas de co-autoria; 4.3.1 Co-autoria direta; 4.3.2 Co-autoria parcial ou funcional; 4.4 Co-autoria e co-autor sob outras formas – 5. Participação – 6. Extensão da teoria do domínio do fato – 7. O Código Penal brasileiro e a teoria do domínio do fato – Bibliografia.

Resumo: O autor, fazendo um pequeno retrospecto da importância do nexo casual no estudo da autoria direta, da co-autoria e da participação no crime, insere o debate sobre a teoria do domínio do fato como forma de melhor resolver os aspectos referentes ao concurso de pessoas. Boa referência bibliográfica.

Palavras-chave: Teoria do domínio do fato; Concurso de pessoas.

Nota do autor

Adotávamos a exigência do nexo de causalidade como requisito da participação no tema do concurso de pessoas. Assim, *v.g.*, no induzimento, entendíamos que o indutor só respondia pelo crime se causal sua conduta. Caso contrário, o fato seria considerado atípico.

Com o passar dos anos, depois de muito estudo e meditação, as idéias amadurecem, os conceitos vão se sedimentando e o autor se descobre submetendo a revisão crítica as suas próprias posições. Nílton Bonder, em *O segredo judaico de resolução de problemas*, lembra que de acordo com a tradição cabalística "a realidade existe em camadas, como uma cebola" (São Paulo : Imago, 1995, p. 12). Com efeito, em face de um tema tormentoso como o da causalidade material, o desfazimento uma a uma de suas camadas, pelo estudo de seu conteúdo, aplicação a casos concretos e a outros institutos, permite o surgimento e a visão de encobertos meandros jurídicos, tornando, às vezes, incorretos e inadequados velhos e pacíficos conceitos, a exigir a formulação de outros princípios e a tomada de novas posições. Isso aconteceu conosco na questão da relação de causalidade objetiva como condição da participação. Há tempos estamos avaliando a seguinte hipótese: imagine um roubo praticado por diversos sujeitos. Uns subjugam as vítimas; outros subtraem valores; outros transportam o grupo e um deles atua como sentinela. Aplicando-se o pressuposto da exigência da causalidade da participação, se esta fosse causal – necessária, indispensável –, o vigia seria considerado partícipe e, portanto, responsável também pelo assalto; caso contrário, o evento não lhe seria atribuído. Nesta última hipótese, para a teoria tradicional, incidindo o art. 13, *caput*, do CP, não seria partícipe do roubo por ausência do nexo de causalidade. Essa orientação, que sempre defen-

demos, hoje não nos parece correta. Passamos a entender que o sentinela responde pelo crime de roubo nos dois casos, ainda que não causal seu comportamento.

Na distinção entre autoria e participação, éramos partidários da teoria restritiva, na modalidade objetivo-formal, considerando executor somente quem realiza concretamente o verbo típico. Diante disso, estávamos obrigados a considerar mero partícipe o sujeito que, num homicídio, segurasse a vítima a fim de ser esfaqueada, ou, num roubo, fosse o chefe da quadrilha. Essa orientação, hoje, não nos parece correta: os sujeitos, nos dois casos, devem ser tidos como autores. Por isso, estamos também adotando a "teoria do domínio do fato", considerando que atende mais adequadamente a solução de várias questões que envolvem um dos mais fascinantes institutos do Direito Penal, o concurso de pessoas.

Procuramos ser o mais didático possível, dividindo os assuntos em itens, de forma a permitir melhor compreensão da matéria.

Nosso trabalho não esgota o assunto. Não tivemos essa pretensão. Na bibliografia serão encontrados artigos, livros e monografias de grande extensão e profundidade, abordando todos os aspectos do concurso pessoal. Aqui, em pequena exposição singela, quisemos apenas deixar firmado nosso novo posicionamento a respeito de dois pontos: 1°– passamos a adotar a teoria do domínio do fato com todas as suas conseqüências; 2.° – estamos desprezando o nexo de causalidade objetiva na participação, mantendo-o na autoria direta material. Esperamos que nosso novo posicionamento provoque debates e questionamentos, adesões e críticas, formas de seguir no rumo do aperfeiçoamento da ciência penal.

Não se trata de simples "mudança de idéias". É amadurecimento, avanço. Um passo a mais na busca de um Direito Penal garantidor.

1. Concurso de pessoas e relação de causalidade

1.1 Os requisitos do crime e o nexo de causalidade

Conceituamos o crime, sob o aspecto formal, como fato típico e antijurídico. O fato típico, nos crimes materiais de ação, compõe-se para efeito didático de conduta dolosa ou culposa, resultado, nexo de causalidade e tipicidade. Assim, na hipótese de o sujeito, agindo dolosamente, desfechar tiros de revólver na vítima, matando-a, encontraremos a conduta dolosa (disparo), o resultado (morte), a relação causal entre a ação e o evento e a tipicidade (art. 121, *caput*, do CP). De modo que o fato material, formado de comportamento, evento e relação causal, aliado à tipicidade, integra, para efeito de compreensão, o fato típico. E este, acrescido da ilicitude, conduz à existência de crime.

1.2. O declínio do prestígio da exigência do nexo causal

Nos últimos tempos, alguns autores vêm recomendando a eliminação da relação de causalidade como elemento do fato típico, que passaria a conter, como requisitos do crime material e de ação, somente o comportamento doloso ou culposo, o resultado e a tipicidade. Com o advento do Direito Penal da Culpabilidade – ensinam –, torna-se desnecessária a verificação da relação entre a conduta e o resultado, uma vez que só pode sofrer o juízo de censurabilidade (culpabilidade) quem concretiza o fato típico, dentro do qual se encontra o evento, conseqüência da ação. De modo que o juiz, na fase da verificação da culpabilidade, necessariamente passa pela averiguação da prática do fato típico, em que se acham o comportamento e o resultado. Se não estão conectados ao agente, este deve ser absolvido.

Não é nova a idéia de se excluir o nexo causal material dos códigos penais. A Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, em sua segunda reunião, realizada no México (sessão de 20.10.1965), recomendou a não-inclusão de dispositivo a respeito do nexo de causalidade objetiva. Naquela oportunidade, Heleno Cláudio Fragoso, Relator da Comissão brasileira, anotou que "a matéria da causalidade provoca gravíssimas discrepâncias doutrinárias e jurisprudenciais, conduzindo a situações de grande confusão na aplicação da lei penal" (*Código Penal*

Tipo para Latinoamérica, México : Academia Mexicana de Ciências Penales, 1967, p. 70). Em outro trabalho, afirmou que a matéria da relação de causalidade é um "daqueles conceitos que devem ser deixados à elaboração doutrinária, como, por exemplo, o conceito de culpabilidade. Esse é o caminho que vão seguindo todos os códigos e projetos mais recentes" (A reforma da legislação penal – I, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* 2/59, Rio de Janeiro, 1963). No dizer de Bustos Ramirez, no estágio atual da teoria do delito, "o dogma da causalidade não serve para nada e fica reduzido a um 'puro dogma', vazio completamente de conteúdo" (*Manual de derecho penal español*, Madri, 1984, I:174). No mesmo sentido: Alberto Silva Franco, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 5. ed. São Paulo : RT, 1995, p. 131. De acordo com os doutrinadores, o tema do nexo causal, relevante para a teoria naturalística da ação, à medida em que esta foi perdendo terreno na doutrina, diminuiu de importância, substituído pelo princípio de que não há pena sem culpabilidade. Para outros, a questão é de tipicidade, de amoldar-se ou não o fato material ao modelo legal, de modo a poder ser atribuído ao sujeito, tema que supera, por inclusão, o nexo causal, podendo por isso ser excluído. Percebendo a função diminuta da relação causal, José Frederico Marques, em trabalho específico sobre o assunto, notou que, se a causalidade tivesse importância absorvente, "a tipicidade estaria reduzida a um papel subalterno, quando não inócuo" (Co-autoria, *Revista Forense*, 173/507). Além disso, a presença do nexo causal é apenas início da responsabilidade penal. Tanto que no próprio tipo se inclui o dolo, delimitador subjetivo da imputação do resultado. Entre nós, acatado na reforma penal de 1984 o princípio da culpabilidade e, por isso, extinto todo resquício de responsabilidade penal objetiva, como se depreende do art. 19 do CP, segundo o qual o resultado só pode ser imputado a título de dolo ou culpa, alguns doutrinadores afirmam que não há mais necessidade de socorrer-se da relação causal objetiva. Como dizia Heleno Cláudio Fragoso em 1963, "excluída a responsabilidade objetiva, já não há por que cuidar-se, com tanta precisão, de estabelecer clara solução legislativa para o dificílimo problema de causalidade. A questão não tem, sob outro aspecto, a magnitude que se imaginava: a causalidade somente surge nos crimes materiais, apresentando dúvidas em número muito restrito de casos" (A reforma..., revista cit., 2/59). Por isso, Welzel observava que somente em poucos delitos, como o homicídio, lesões corporais e incêndio, o tema da causalidade oferece maiores interesses (*Derecho penal alemán, parte geral*, 11. ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 66).

A Comissão Revisora do Anteprojeto de Código Penal de 1969, de Nélson Hungria, atendendo às objeções que apareceram na época, suprimiu as disposições referentes à *imputatio facti*. O CP de 1969, porém, de acordo com o que informou a Exposição de Motivos, decidiu "manter, com pequenas correções, o que se refere à relação de causalidade, considerando que se trata de regra que jamais trouxe qualquer dificuldade na aplicação da lei penal, sendo de fácil compreensão pelos juízes. Suprimir esse dispositivo seria ensejar a reabertura de largo debate que ainda hoje divide a doutrina, entre as teorias fundamentais sobre o nexo causal, o que haveria de conduzir a incertezas e dificuldades na aplicação da lei" (n. 8). A reforma penal de 1984 seguiu essa orientação, mantendo a disciplina do nexo de causalidade no art. 13 do CP. Por isso, incidiu na crítica da doutrina (Alberto Silva Franco, op. e loc. cits.).

1.3 Responsabilidade penal e relação causal: nossa posição

Realmente, acatada a responsabilidade pessoal e subjetiva, que tem como centro a culpabilidade, só pode ser condenado, *v.g.*, por homicídio doloso, quem "matou alguém", o que pressupõe o nexo de causa-

lidade. Ausente este, não se pode considerar que o sujeito "matou alguém". De ver-se, contudo, que, adotada irrestritamente a teoria de que o Direito Penal da culpabilidade leva ao desprezo do nexo causal, por ser supérfluo, quando ausente este, opera-se a absolvição do agente por falta de censurabilidade, pressupondo-se, então, que cometeu um fato típico e antijurídico. Ora, se alguém, por exemplo, é acusado da prática de um crime de homicídio e se comprova que a morte não adveio de sua conduta, não se pode dizer que realizou um fato típico, tendo em vista que o resultado não foi causado pela ação. Absolvê-lo por ausência de culpabilidade é reconhecer que praticou um crime, quando, na verdade, nem fato típico lhe pode ser imputado. Não se identificam os efeitos da ausência de fato típico e de culpabilidade. Na primeira hipótese, o fato não ingressa no campo do Direito Penal, ficando impedidos o inquérito policial e a ação penal; no segundo, como há o cometimento de um delito, procede-se a persecução criminal, beneficiando-se o acusado pela absolvição somente no momento da análise do mérito da pretensão punitiva. Além disso, em muitos casos, como de causas antecedentes, concomitantes e supervenientes absolutamente independentes da conduta do sujeito, a exclusão do nexo de causalidade, afastando o fato típico e não a culpabilidade, constitui exigência de um Direito Penal garantidor. É certo que, inexistindo nexo objetivo entre a conduta e o resultado, o fato é atípico, pelo que se prescindiria da exigência da causalidade, substituída pela tipicidade. Nos crimes materiais e de ação, entretanto, a presença da regra de que o resultado só é imputável a quem lhe deu causa constitui uma garantia na solução dos casos que envolvem a autoria direta e material. Daí porque não concordamos com a tese da desnecessidade do nexo causal como elemento do fato típico nos casos de autoria direta e material, reconhecendo a conveniência de sua subsistência e a manutenção do art. 13 do CP, que disciplina o tema.

2. Concurso de pessoas

2.1 Autoria individual, autoria coletiva e participação

Em regra, os crimes são cometidos somente por um sujeito, hipóteses que podemos chamar de "autoria individual". O delito, entretanto, às vezes resulta da conduta de mais de uma pessoa, sendo que algumas têm participação meramente acessória na realização do fato, não podendo por isso ser denominadas "autoras", recebendo o nome de "partícipes". Se, em relação ao autor material direto, como vimos, convém incidir o requisito do nexo de causalidade, de se questionar sua exigência no tocante ao partícipe, o que passaremos a analisar.

2.2 O nexo de causalidade como requisito da autoria e da participação

No Brasil, o concurso de pessoas, seja co-autoria ou participação, sempre esteve sujeito ao requisito do nexo de causalidade (Nilo Batista, *Concurso de agentes*, Rio de Janeiro : Liber Juris, 1979, VII). Assim, a Exposição de Motivos do CP de 1940 já dizia que o antigo art. 25, que tratava do concurso de agentes, era "mero corolário" do art. 11, que disciplinava o nexo causal objetivo (n. 22). Em face disso, cuidando da participação, nossos penalistas, em sua quase unanimidade, seguindo a orientação da doutrina estrangeira, especialmente a italiana, e aplicando a teoria extensiva, sempre exigiram sua relevância causal. Como dizia José Frederico Marques, "sem um comportamento relevante, sob o aspecto causal, não se pode falar em participação. Não há participação no crime, relevante para o Direito Penal, sem ato exterior que se inclua na cadeia causal" (*Tratado de direito penal*, Campinas : Bookseller, 1997, I:407, n. 7, verbete "relevância causal das condutas"). No mesmo sentido, Heleno Cláudio Fragoso sentenciava: "se falta contribuição causal inexiste participação"

(*Lições de direito penal, a nova parte geral*, Rio de Janeiro : Forense, 1985, p. 268-269, n. 249). Da mesma forma: Bento de Faria, Nélson Hungria, Roberto Lyra, Costa e Silva, Magalhães Noronha, Basileu Garcia, Salgado Martins e Aníbal Bruno; modernamente, Evandro Lins e Silva, Celso Delmanto, Luiz Vicente Cernicchiaro, Mirabete e Cezar Bitencourt. Doutrina italiana da necessidade causal da participação seguida pelos autores brasileiros: Guarnieri, Ranieri, Frosali, Pedrazzi, Bettiol, Cavallo, Pisapia e Morelli (Relação de Antonio Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Milão, Dott. Giuffrè, 1993, p. 540, nota 13). *Vide* sobre essa tradicional exigência na doutrina italiana: Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, *Diritto penale, parte generale*, Roma: Zanichelli, 1995, p. 448. Isso significa que a doutrina, no Brasil, orienta-se no sentido de que é aplicável às formas de concurso de pessoas o art. 13, *caput*, do Código Penal, que adotou os princípios da equivalência dos antecedentes e da consideração da causa segundo o sistema da eliminação hipotética. A conduta do partícipe, de acordo com essa orientação, só é típica quando, sem ela, o delito não teria ocorrido. A jurisprudência não se aparta da doutrina, inserindo a causalidade material como condição da participação: *RT* 375/287, 432/319, 48/372, 524/346, 676/325; *RJTJSP* 10/477 e 22/493. Esse entendimento, entretanto, não convém que seja acatado, como procuraremos demonstrar.

Suponha-se um assalto cometido por diversos sujeitos. Um deles atua como sentinela. Aplicando-se o pressuposto da exigência da causalidade da conduta, se esta fosse causal, seria considerado partícipe e, portanto, responsável também pelo roubo; caso contrário, o evento não lhe seria imputado. Em outros termos, de acordo com a teoria da eliminação hipotética da eventual conduta relevante, para ser apreciada como indispensável ou não a contribuição, devemos excluí-la da cadeia causal: se eliminada, o assalto não se consumaria, seria causal, havendo responsabilidade pelo resultado; se retirada, ainda assim haveria roubo, não se mostraria causal, não se lhe podendo atribuir o evento. Admita-se que a participação do vigia tenha somente apressado a fuga dos meliantes. Excluída, haveria delito da mesma forma, somente retardada a retirada do local. Para a teoria tradicional, incidindo o art. 13, *caput*, do CP, não seria partícipe do roubo por ausência do nexo de causalidade. Tal solução não se sustenta. No caso, o sentinela deve responder pelo assalto, indispensável ou não sua conduta, desprezando-se o requisito da relação causal. Como dizia Novoa Monreal, "é possível prestar ajuda à realização de um delito mediante uma conduta que não seja indispensável para o resultado típico. Pode perfeitamente acontecer que alguém somente favoreça uma atuação do autor: por exemplo, acelerando a produção do resultado punível, que, sem essa ajuda, de todo modo, teria chegado a ocorrer, ou então facilitando uma atuação do autor, que, sem essa ajuda, sempre se teria produzido. Com isso está cooperando na atuação do delinqüente principal, porém mediante atos secundários, que não são decisivos para a produção do delito, mas que simplesmente tornam mais rápido e fácil o resultado típico. Temos que entender, em conseqüência, que a relação causal não é requisito indispensável para a atuação do auxiliar ou cúmplice" (Algumas considerações sobre o concurso de pessoas no fato punível, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* 16/17, Rio de Janeiro, 1967). Imagine-se uma hipótese de homicídio. Sabendo que *A* pretende matar a vítima *B*, o armeiro *C*, também seu inimigo, incentiva-o à prática do delito e melhora a mira de sua arma de fogo, aderindo objetiva e subjetivamente ao fato. *A* mata *B*. De acordo com a prova, ainda que a mira não fosse melhorada e ausente a instigação, *C*, com firme propósito, executaria a vítima. Aplicando-se a exigência causal, *C* não seria partícipe, não respondendo pelo crime. Essa conclusão não é convincente, restringindo indevidamente a área do concurso de pessoas (Giovanni

Fiandaca e Enzo Musco, *Diritto penale, parte generale*, Roma : Zanichelli, 1995, p. 448).

Nós, já em 1971, não obstante inserindo também a relevância causal como requisito do concurso de pessoas, dizíamos que a doutrina estava "exagerando na questão da influência do tema da causalidade no problema da co-delinqüência" (*Da co-delinqüência em face do novo Código Penal*, Prêmio Costa e Silva de 1971, São Paulo: RT, 1976, p. 9). Alertávamos sobre isso nas primeiras edições de nosso Direito Penal (São Paulo : Saraiva, 1978, Vol. I, p. 366) e nos Comentários ao Código Penal (São Paulo : Saraiva, 2. ed. 1986, II:519), crítica que permanece até hoje (*Direito penal*, São Paulo : Saraiva, 22. ed. 1999, Vol. I, p. 406, n. 5). Já tínhamos percebido que a aplicação irrestrita da causalidade na participação conduzia a soluções incorretas. Nesse sentido, analisando especificamente a participação, Esther de Figueiredo Ferraz afirmava que esse modo de encarar o concurso de pessoas "convidava a um comodismo funesto em conseqüências" (*A co-delinqüência no direito penal brasileiro*, São Paulo, 1976, p. 12). E, fulminando o dogma causal, Nilo Batista criticava a sua configuração como base conceitual do concurso de pessoas (op. cit., p. 30 *et seq.* e 149, VIII).

2.3 Nossa nova posição a respeito da exigência da relação de causalidade material na participação

Estamos abandonando a relevância causal como requisito da participação. Nesse sentido: Hippel, Engisch, Mayer, Sauer, Merkel, Wessels, Weber, Carnelutti, Grispigni, Padovani, Pagliaro e Novoa Monreal. *Vide* discussão sobre o tema *in* Jescheck, *Tratado de derecho penal, parte geral*. Trad. de Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona : Bosch, 1981, II/964 *et seq.*, e Antonio Pagliaro, op. cit., p. 541. Como entende Nilo Batista, "a causalidade não pode constituir um critério central para a imputação do fato em caso de concursos de agentes"; assim, "nem a instigação nem a cumplicidade devem ser necessariamente causais" (op. cit., p. 149, VIII e 154, XXX). Nesse sentido, considerando que "a participação se insere na cadeia causal, mas não é indispensável": Paulo José da Costa Júnior, *Curso de direito penal, parte geral*, São Paulo : Saraiva, 1991, I/113. No mesmo sentido, dispensando a causalidade na cumplicidade: Pierangelli, O concurso de pessoas e o novo Código Penal, *RT* 680/304, *b*; *Escritos jurídico-penais*, São Paulo : RT, 1992, p. 68; Wagner Brússolo Pacheco, Concurso de pessoas: notas e comentários, *RT* 720/387. Na verdade, o princípio do nexo causal só pode servir à consideração do fato cometido pelo autor material. Mas não se presta às outras formas do concurso de pessoas, que devem ser regidas pelo dogma da tipicidade. A participação não precisa ser causal. Tanto é que, entre nós, a contribuição de somenos importância conduz à redução da pena (CP, art. 29, § 1.º). Se é de "somenos importância", que significa de valor inferior, reles, vil (Dicionário Aurélio), não pode ser causal, necessária. Se fosse "necessária", por ser causal, não seria de "somenos importância". Nesse sentido: Antonio Pagliaro, op. cit., p. 542. De observar-se que em nenhum lugar os arts. 29 a 31 do CP, que disciplinam o concurso de pessoas, mencionam o nexo causal como requisito do instituto. Ao contrário, o art. 29, *caput* e § 2.º, recomendam a exigência do dolo na delimitação do resultado e a consideração da culpabilidade como critério informador da responsabilidade penal. Note-se que a participação apresenta natureza acessória: configura um comportamento que se agrega a uma conduta principal de autoria. Esta sim deve revestir-se do atributo do nexo de causalidade. Além disso, se a contribuição paralela necessitasse do requisito da causalidade entre a conduta e o resultado naturalístico não poderia haver participação nos delitos de mera conduta e na omissão imprópria (Antonio Pagliaro, op. cit., p. 541). Em suma, para nós, alterando posição anterior, o partícipe res-

ponde pelo fato ainda que sua contribuição não seja causal. Se causal, como veremos, detendo o domínio do fato, não é considerado partícipe, e sim co-autor.

A participação está ligada à tipicidade e não ao nexo de causalidade. Cuida-se de uma hipótese de adequação típica de subordinação mediata, por extensão ou ampliação. Na adequação típica de subordinação direta, como sabemos, o fato se amolda ao modelo legal de forma imediata, sem a interferência de outro dispositivo. Ex.: *A* mata *B*, agindo dolosamente. O fato se enquadra na figura do crime de homicídio (CP, art. 121, *caput*), não havendo necessidade de outra norma. Na adequação típica de subordinação mediata (ampliada ou por extensão), o fato não se enquadra imediatamente na norma penal incriminadora, exigindo-se para isso o concurso de outro dispositivo. É o que acontece na participação por induzimento, instigação e auxílio, uma vez que a conduta do partícipe não se ajusta de forma imediata ao tipo, exigindo o emprego de outra disposição para o perfeito enquadramento: "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas" (CP, art. 29, *caput*). Assim, na participação existe ampliação espacial e pessoal do tipo, pois a descrição delitiva, com o concurso da regra do art. 29, não abrange somente o comportamento que se amolda imediatamente em seu núcleo, estendendo-se também às condutas que, de qualquer modo, concorrem para a realização do crime. Vê-se que nas formas de contribuição moral e material, fora da autoria, há extensão do tipo incriminador. De maneira que a concorrência acede à ação do executor material. Esta, sim, não prescinde do nexo com o resultado.

A lei, para efeito de responsabilidade penal, equipara a conduta do partícipe à do autor material. De modo que a causalidade, na participação, apresenta natureza normativa e não objetiva. É a norma do art. 29, *caput*, que determina: responde pelo crime não só o executor físico, que produz o resultado, mas também o partícipe, que acede sua conduta à ação principal.

Em suma, nos crimes materiais exige-se nexo de causalidade entre a ação e o resultado. Logo, o art. 13, *caput*, só é aplicável ao autor direto (quem matou, lesionou etc.), tendo em vista que a relação ali disciplinada é a objetiva, material, entre a conduta e o resultado. Já o art. 29, *caput*, regula a extensão punitiva ao comportamento do partícipe, é de ordem normativa e não material.

3. Teorias sobre as formas de realização da conduta típica: autoria e participação

3.1 As teorias mais importantes sobre o conceito de autor

Existem várias teorias sobre o conceito de autor, que envolve o de partícipe:

1.ª – teoria extensiva;

2.ª – teoria restritiva, subdividida em:

a. teoria objetivo-formal;

b. teoria objetivo-material.

3.1.1 Teoria extensiva

Com fundamento na doutrina causal da equivalência das condições, conceitua autor como todo aquele que, de qualquer forma, produz o resultado. Adotando um critério objetivo, não distingue autor de partícipe. Assim, no homicídio, são autores mandante e executor. Autor não é só quem concretiza o comportamento típico, como também aquele que, mediante as formas de participação, realiza conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido. Reconhece, entretanto, haver diferença, no plano subjetivo, entre quem concretiza o núcleo do tipo e quem contribui para o delito por induzimento, instigação ou auxílio, preconizando, neste caso, tratamento punitivo mais suave. A pena abstrata, do ponto de vista objetivo, é a mesma para todos. Subjetivamente, contudo, quem não realiza a conduta típica deve receber pena menor. Daí socorrer-se esta

doutrina da "teoria subjetiva da participação", para a qual autor é quem age com dolo de autor (*animus auctoris*) e deseja o fato como próprio; partícipe, quem realiza o comportamento com dolo de partícipe (*animus socii*) e quer o fato como alheio (Günter Stratewerth, *Derecho penal, parte general*. Trad. de Gladys Romero, Madri : Edersa, 1982, p. 231; Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de direito penal, parte geral*, 4. ed. São Paulo : RT, 1997, p. 409). De modo que, tendo contribuído para o resultado mediante qualquer conduta, a consideração do sujeito como autor ou partícipe depende da direção e conteúdo de sua vontade (Jescheck, *Tratado de derecho penal*. Trad. de Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona : Bosch, 1978, II/894, n. IV). Daí também denominar-se "teoria subjetiva causal".

A teoria extensiva de autor, com seu complemento subjetivo de participação, foi refutada pela doutrina, uma vez que permitiria, segundo a vontade do sujeito, ser considerado autor quando, não tendo realizado a conduta típica, quisesse o fato como próprio, e partícipe, se, efetivando o comportamento do núcleo do tipo, desejasse o crime como alheio.

3.1.2 Teoria restritiva

Autor é quem realiza a conduta típica expressa no verbo. É o executor material do fato (Alberto Silva Franco, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo : RT, 1995, p. 344, n. 1.01): quem mata, ofende, subtrai, constrange etc. Esta teoria, em sua conceituação original, justamente por não poder ser aplicada a comportamentos que deveriam ser considerados de autor, é completada por uma teoria objetiva de participação, com duas facetas:

1.ª – *teoria objetivo-formal*: distingue autoria de participação, considerada esta na hipótese de o sujeito realizar uma ação ou omissão que não se enquadra no verbo central, concorrendo para o crime mediante induzimento, instigação ou auxílio. A conduta do partícipe, em princípio, é atípica, uma vez que não se amolda ao núcleo da figura penal, tornando-se típica em face de norma de ampliação temporal (CP, art. 29, *caput*). Aparecem nítidas e distintas as imagens do autor (ou executor) e do partícipe. Se *A* empresta a arma para *B* matar a vítima *C*, *A* é partícipe e *B*, autor ou executor. Era a doutrina que adotávamos, sem o auxílio da teoria do domínio do fato.

2.ª – *teoria objetivo-material*: distingue autor de partícipe pela maior contribuição do primeiro na causação do resultado.

A teoria restritiva recebeu críticas, tendo em vista que, não obstante reconhecer a diferença entre autor e partícipe, não resolve a questão da denominada autoria mediata ou "autoria de escritório", em que o sujeito serve-se de outra pessoa, como instrumento executório, para a prática delituosa (Muñoz Conde e Mercedes García Arán, *Derecho penal, parte general*, Valencia : Tirant Lo Blanch, 1996, p. 450). Além disso, sob o aspecto da teoria objetivo-formal, num delito de estupro, se um sujeito aponta a arma e outro mantém conjunção carnal com a vítima, o primeiro seria autor e o segundo, partícipe, uma vez que o verbo típico é "constranger" (Código Penal, art. 213); o chefe de uma quadrilha de assaltantes que não participasse materialmente dos roubos seria considerado mero partícipe. Nesses casos, o senso comum que informa o princípio da natureza das coisas indica o estuprador e o chefe da quadrilha como verdadeiros autores e não simples partícipes.

3.2 Posição do Código Penal brasileiro

Nosso Código Penal adotou a teoria restritiva, uma vez que os arts. 29 e 62 fazem distinção entre autor e partícipe. Assim, o art. 62, III, agrava a pena em relação ao agente que "*executa* o crime, ou nele *participa*, mediante paga ou pro-

messa de recompensa" (destaques nossos). Quem *executa* o crime é autor; quem induz, instiga ou auxilia considera-se partícipe. Isso, entretanto, não resolve certos problemas, como o da autoria mediata, em que o sujeito vale-se de outrem para cometer o delito. Daí a necessidade de a doutrina socorrer-se da teoria do domínio do fato, que, aliada à restritiva, conjugam-se para dar adequação apropriada aos casos concretos.

4. A teoria do domínio do fato

4.1 Introdução

Welzel, em 1939, ao mesmo tempo em que criou o finalismo, introduziu no concurso de pessoas a "teoria do domínio do fato", partindo da tese restritiva e empregando um critério objetivo-subjetivo: autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias ("se", "quando", "onde", "como" etc.). Agindo no exercício desse controle, distingue-se do partícipe, que não tem o domínio do fato, apenas cooperando, induzindo, incitando etc. (Nilo Batista, *Concurso de agentes*, Rio de Janeiro : Liber Juris, 1979, p. 77). Constitui tese restritiva, aplicando critério objetivo-subjetivo. Não é inteiramente objetiva e nem subjetiva. É mista. Por isso é denominada "objetivo-subjetiva". Além disso, exige apreciação caso a caso em face da descrição do crime. Apresentando a finalidade como fundamento, como na teoria finalista da ação, é amplamente adotada pela doutrina: Welzel, Stratenwerth, Maurach, Wessels, Roxin, Schröder, Jescheck, Gallas, Blei, Zaffaroni, Muñoz Conde, Córdoba Roda, Rodríguez Devesa, Mir Puig, Bacigalupo, Enrique Cury e Bockelman; no Brasil: Manoel Pedro Pimentel, Alberto Silva Franco, Nilo Batista, Luiz Régis Prado, Cezar Bitencourt, Pierangelli e Luiz Flávio Gomes. É a teoria que passamos a adotar. Em outras palavras, nossa posição adere à teoria do domínio do fato, que é uma tese que complementa a doutrina restritiva formal-objetiva, aplicando critério misto (objetivo-subjetiva). De notar-se, pois, que a teoria do domínio do fato não exclui a restritiva. É um complemento. Unem-se para dar solução adequada às questões que se apresentam envolvendo autores materiais e intelectuais, chefes de quadrilha, sentinelas, aprendizes, motoristas, auxiliadores, indutores, incentivadores etc. Sob rigor científico, é mais um requisito da autoria do que uma teoria do concurso de pessoas.

4.2 Espécies de autoria em face do domínio do fato

Na teoria do domínio do fato, a autoria abrange:

1.º – autoria propriamente dita (autoria direta individual e imediata);

2.º – autoria intelectual;

3.º – autoria mediata; e

4.º – co-autoria (reunião de autorias).

4.2.1 Autoria propriamente dita

Na autoria propriamente dita (autoria direta individual e imediata), o autor ou executor realiza materialmente a conduta típica (executor material individual), age sozinho, não havendo indutor, instigador ou auxiliar. Ele tem o domínio da conduta.

4.2.2 Autoria intelectual

Na autoria intelectual, o sujeito planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade. É o caso do chefe de quadrilha que, sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação conjunta (Enrique Cury, *Derecho penal, parte general*, Santiago do Chile, 1985, II:245; Alberto Silva Franco, op. cit., p. 345; Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal, a nova parte geral*, Rio de Janeiro : Forense, 1985, p. 264, n. 243).

A CF refere-se ao autor intelectual quando, determinando a inafiançabilidade dos crimes hediondos e assemelhados, emprega a expressão "mandante" (Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior, *Direito penal na constituição*, São Paulo : RT, 1990, p. 173-174, ns. 4.1 e 4.2). O CP agrava a pena do autor intelectual, referindo-se ao sujeito que "promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes" (art. 62, I).

4.2.3 Autoria mediata

Na autoria mediata, uma pessoa, o "sujeito de trás", serve-se de outrem para praticar o fato (Jescheck, op. cit., p. 898-899), podendo a ele ser atribuída a "propriedade" do crime (Santiago Mir Puig, *Derecho penal, parte general*, 3. ed. Barcelona : PPU, 1995, p. 396). Ele possui o domínio da vontade do executor, chamado de "instrumento". Exs.: o hipnotizador sugere ao hipnotizado a prática de um delito; o sujeito constrange alguém, mediante grave ameaça, a assinar um documento falso. Nesses casos, não há participação, uma vez que o autor mediato tem o domínio do comportamento e da vontade de seu executor material. É autor.

A autoria mediata inclui as seguintes hipóteses:

a) ausência de capacidade penal do instrumento por menoridade penal, embriaguez ou doença mental (CP, art. 62, III);

b) coação moral irresistível ou obediência hierárquica (CP, art. 22);

c) erro de tipo escusável determinado por terceiro, em que o instrumento age sem dolo (CP, art. 20, § 2.º);

d) erro de proibição invencível (CP, art. 21, *caput*).

No primeiro caso ("a"), o autor mediato determina a um inimputável por menoridade ou doença mental a prática de um crime. No segundo ("b"), incide sobre o "instrumento" coação moral irresistível ou ordem de superior hierárquico (CP, art. 22). Na terceira hipótese ("c"), o autor mediato conduz o instrumento humano a incidir em erro de tipo invencível. Exs.: o sujeito, mediante comunicação falsa de crime, provoca erro da autoridade policial, que efetua a prisão de um inocente; o caçador induz o companheiro a atirar naquilo que aponta como animal, sabendo que na verdade é uma pessoa. Nesses casos, o *innocent agent*, como é denominado o instrumento pelos autores de língua inglesa, é induzido a realizar uma conduta que supõe penalmente irrelevante, quando, na verdade, é criminalmente punida (Gianville Williams, Principals and acessories, *Criminal law, general part*, 2. ed. Londres, 1953, p. 350, § 120). Por fim, no erro de proibição ("d") o instrumento incide em erro sobre a ilicitude da conduta. Nesse tema, dá-se o nome de "instrumento" ao "executor imediato", que concretiza materialmente o crime sem dolo ou sem culpabilidade, não possuindo o domínio final do fato. De observar-se que a expressão "instrumento" é reservada à pessoa humana e não a animais ou coisas (José María Luzón Cuesta, *Compendio de derecho penal, parte geral*, Madri : Dykinson, 1998, p. 209). *Vide* sobre a autoria mediata: Emilio Moreno y Bravo, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo*, Madri : Dykinson, 1997, p. 73 *et seq.*; Estebam Juan Pérez Alonso, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada : Comares, 1998, p. 172 *et seq.*; Nilo Batista, op. cit., p. 103.

4.2.4 Co-autoria

Na co-autoria (reunião de autorias), que constitui forma de autoria, o co-autor realiza o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime, ainda que, no último caso, não seja típica a conduta perante o verbo, desde que esteja abarcada pela vontade comum de cometimento do fato. É a prática comunitária do crime, segundo Johannes Wessels (*Direito penal, parte*

geral. Trad. de Juarez Tavares, Porto Alegre : Sergio Fabris, 1976, p. 117, II, 1). Cada um dos integrantes possui o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem plano comum de distribuição de atividades (Juan Bustos Ramirez, *Manual de derecho penal español*, 1984, p. 331). Há divisão de tarefas, de maneira que o crime constitui conseqüência das condutas repartidas, produto final da vontade comum. E nenhum deles é simples instrumento dos outros. Não é necessário, portanto, que haja hierarquia ou subordinação de uma vontade a outra (Enrique Bacigalupo, *Principios de derecho penal, parte general*, 3. ed. Madri, 1994, p. 228).

4.3 Formas de co-autoria

A co-autoria pode ser:

1.º – direta; e

2.º – parcial ou funcional.

4.3.1 Co-autoria direta

Na co-autoria direta todos os sujeitos realizam a conduta típica. Ex.: diversas pessoas agridem a vítima produzindo-lhe lesões corporais.

4.3.2 Co-autoria parcial ou funcional

Há divisão de tarefas executórias do delito. Trata-se do chamado "domínio funcional do fato", assim denominado porque alude à repartição de atividades (funções) entre os sujeitos (Gomez Benitez, *Teoría jurídica del delito, derecho penal, parte general*, Madri, 1992, p. 128; Emilio Moreno y Bravo, op. cit., p. 57). Os atos executórios do "iter criminis" são distribuídos entre os diversos autores, de modo que cada um é responsável por um elo da cadeia causal, desde a execução até o momento consumativo. As colaborações são diferentes, constituindo partes e dados de união da ação coletiva, de modo que a ausência de uma faria frustrar-se o delito. É por isso que cada um mantém o domínio funcional do fato (Manoel Pedro Pimentel, A teoria do crime na reforma penal, *RT* 591/293; Wagner Brússolo Pacheco, Concurso de pessoas: notas e comentários, *RT* 720/383). Exs.: no roubo, são divididas as ações de apoderamento do dinheiro, constrangimento dos sujeitos passivos mediante ameaça, vigilância e direção do veículo; no homicídio, um sujeito segura a vítima e outro a esfaqueia (exemplo de Eugenio Raúl Zaffaroni e Pierangelli, *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*, São Paulo : RT, 1997, p. 675); no estupro, um a ameaça com emprego de arma e outro mantém com ela conjunção carnal.

Na co-autoria (parcial ou funcional), como ficou consignado, parte da doutrina exige que a contribuição seja causal, i.e., que a conduta de cada um dos autores seja de tal modo necessária que sem ela o crime não seria cometido. Nessas hipóteses, ensina Muñoz Conde, só pode haver co-autoria se, a par do acordo, a conduta constitui uma parte essencial da concreta realização do delito (op. cit., p. 455). Caso contrário, há participação. Assim, no exemplo do sentinela ("campana") do crime de roubo, será co-autor ou partícipe, segundo a sua contribuição causal. Se, caso estivesse ausente, não se consumaria o assalto, é co-autor; se a sua ação apenas permitiu fuga mais rápida, deve ser considerado partícipe (Zaffaroni, *Teoria del delito*, Buenos Aires : Ediar, 1973, p. 648; Zaffaroni e Pierangelli, op. cit., p. 675). Esse critério, entretanto, com base na teoria da relevância causal, não pode ser acatado pela nossa posição, como vimos, uma vez que só aceitamos o dogma da causalidade na autoria direta. No caso do vigia, como também nas hipóteses do motorista, do "aprendiz assistente" e do "informante", sua consideração como co-autor ou partícipe depende da presença do domínio final do fato e não do requisito da causalidade material. No sentido parcial

desse entendimento, afirmando que na cumplicidade não é necessário que a intervenção seja causal: Pierangelli, O concurso de pessoas e o novo Código Penal, *RT* 680/304, *b*. A contribuição do sentinela, *v.g.*, é penalmente relevante, ainda que não causal, desde que tenha facilitado "ou tornado mais expedita a execução do fato", mesmo "que pudesse ser dispensada pelo autor" (Pierangelli, O concurso de pessoas e o novo Código Penal, *RT* 680/304-305). No sentido de que é partícipe não só quem realiza conduta que tornou possível a prática delituosa como também quem facilita o cometimento do crime: Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, *Diritto penale, parte generale*, Roma : Zanichelli, 1995, p. 451. Assim, ainda que não causal, a contribuição do partícipe é criminalmente relevante se facilitou ou reforçou a consecução do objetivo final, características que se aproximam da teoria italiana da *causalità agevolatrice o di riforzo* (*vide* o tema *in* Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, *Diritto penale, parte generale*, Roma : Zanichelli, 1995, p. 448-449).

4.4 Co-autoria e co-autor sob outras formas

A co-autoria ainda pode ser:

1.º – simples. Ex.: dois executores da conduta típica;

2.º – complexa: um executor e outro co-autor intelectual ou funcional.

O co-autor pode ser:

1.º – direto: ele é um dos sujeitos que executa o verbo do tipo. A CF refere-se ao autor direto quando, determinando a inafiançabilidade dos crimes hediondos e assemelhados, emprega a expressão "executor" (Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José Da Costa Júnior, *Direito penal na constituição*, São Paulo : RT, 1990, p. 173-174, ns. 4.1 e 4.2);

2.º – intelectual: na repartição de tarefas, é autor da idéia delituosa ou lhe incumbe organizar o plano criminoso;

3.º – funcional: cabe-lhe, na missão criminosa, executar parte do comportamento típico.

5. Participação

Partícipe, na doutrina do domínio do fato, é quem efetiva um comportamento que não se adequa ao verbo do tipo e não tem poder de decisão sobre a execução ou consumação do crime. São, pois, características da participação: 1.ª – a conduta não se amolda ao núcleo da figura típica (o verbo); 2.ª – o partícipe não tem nenhum poder diretivo sobre o crime, i.e., não possui o domínio finalista do fato. Nesse sentido: Manoel Pedro Pimentel, A teoria do crime na reforma penal, *RT* 591/293; Nilo Batista, *Concurso de agentes*, Rio de Janeiro : Liber Juris, 1979, p. 77; Luiz Régis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, São Paulo : RT, 1999, p. 267; Wagner Brússolo Pacheco, Concurso de pessoas: notas e comentários, *RT* 720/387. Contribui, por intermédio de conduta acessória, para a concretização do comportamento típico.

Distinguem-se autor, co-autor e partícipe. O autor detém o domínio do fato; o co-autor, o domínio funcional do fato, tendo influência sobre o "se" e o "como" do crime; o partícipe só possui o domínio da *vontade* do fato, tratando-se de um "colaborador", uma figura lateral, não tendo o domínio finalista do crime. Nesse sentido: Manoel Pedro Pimentel, A teoria do crime na reforma penal, *RT* 591/293; Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, *Código penal anotado*, São Paulo : RT, 1997, p. 244, n. 3.

6. Extensão da teoria do domínio do fato

Só é aplicável aos crimes dolosos, sejam materiais, formais ou de mera conduta (José Ulises Hernández Plasencia, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada : Comares, 1996, p. 79, mencionando

crimes materiais e de mera conduta). Nos culposos, inexiste distinção entre autoria e participação: é autor todo aquele que, mediante qualquer conduta, produz um resultado típico deixando de observar o cuidado objetivo necessário.

7. O Código penal brasileiro e a teoria do domínio do fato

O Código Penal, na reforma de 1984, adotou a tese finalista, como pode ser demonstrado pela introdução do dolo na estrutura da conduta e na conceituação do erro de tipo e de proibição. Por coerência lógica, admitimos, como o faz Alberto Silva Franco, que nosso estatuto penal também acolheu a teoria do domínio do fato (op. cit., p. 345). No sentido de que o CP vigente adota a teoria do domínio do fato: Manoel Pedro Pimentel, A teoria do crime na reforma penal, *RT* 591/294; Nilo Batista, *Concurso de agentes*, Rio de Janeiro : Liber Juris, 1979, p. 56; Pierangelli, O concurso de pessoas e o novo Código Penal, *RT* 680/297; Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, *Código Penal anotado*, São Paulo : RT, 1997, p. 243-244, ns. 2 e 3; Wagner Brússolo Pacheco, Concurso de pessoas: notas e comentários, *RT* 720/381. Note-se que o art. 62, I, do CP, determina a agravação da pena daquele que "promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes", referindo-se, obviamente, ao sujeito que possui o domínio do fato. No mesmo sentido: Nilo Batista, *Concurso de agentes*, Rio de Janeiro : Liber Juris, 1979, p. 80.

Bibliografia nacional consultada pelo autor

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1979.

———. *Decisões criminais comentadas*. Rio de Janeiro : Liber-Juris, 1976, p. 20 (co-autoria).

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal*. Porto Alegre : Acadêmica, Cap. II, 1992.

———. *Manual de direito penal, parte geral*. 4. ed. São Paulo : RT, 1997.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo : RT, 1990, n, 4.1, p. 173.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo : Saraiva, 1986.

———. *Curso de direito penal, parte geral*. São Paulo : Saraiva, 1991, Vol. I.

DOTTI, René Ariel. *O concurso de pessoas, ciência penal*. Rio de Janeiro, I:129.

———. *O concurso de pessoas, ciência penal*. Rio de Janeiro, 1981, 1:79.

———. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro : Forense, 1988.

ELEUTÉRIO, Fernando. Concurso de pessoas na nova lei penal de 1984, *PJ* 29/221.

FABRÍCIO LEIRIA, Antônio José. *Autoria e participação criminal*. São Paulo : David.

FIGUEIREDO FERRAZ, Esther de. *A co-delinqüência no direito penal brasileiro*. São Paulo, 1976.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A reforma da legislação penal – I, *RBCDP* 2/70-3. Rio de Janeiro, 1963.

———. A reforma da legislação penal – I, *RBCDP* 2/59. Rio de Janeiro, 1963.

———. *Lições de direito penal, a nova parte geral*. Rio de Janeiro : Forense, 1985.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo : RT, 1995.

JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. São Paulo : Saraiva, 1999.

———. *Da co-delinqüência em face do futuro Código Penal* (Prêmio Costa e Silva 1971). São Paulo : RT, 1976.

———. *Direito penal, parte geral*. São Paulo : Saraiva, 1999, Vol. I.

———. *et al.*, *Curso sobre a reforma penal*. São Paulo : Saraiva, 1986.

———. *O novo sistema penal*. São Paulo : Saraiva, 1978.

KARAM, Munir. Os novos caminhos da reforma penal – A medida da culpabilidade no concurso de agentes, *RT* 585/278, jul. 1984.

LETTERIELLO, Rêmolo. Considerações sobre a parte geral do Código Penal, *RT* 572/438.

MARQUES, José Frederico. Co-autoria, *Revista Forense* 173/507.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal.* Campinas : Bookseller, 1997, Vol. I.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal, parte geral.* São Paulo : Atlas, 1999, Vol. I.

PACHECO, Wagner Brússolo. Concurso de pessoas: notas e comentários, *RT* 720/380.

PIERANGELLI, *Escritos jurídico-penais.* São Paulo : RT, 1992.

PIERANGELLI, O concurso de pessoas e o novo Código Penal, *RT* 680/304.

PIMENTEL, Manoel Pedro. A teoria do crime na reforma penal: do concurso de pessoas, *RT* 591/293, jan. 1985.

PRADO, Luiz Régis e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal anotado.* São Paulo : RT, 1997.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro.* São Paulo : RT, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria do crime.* São Paulo : Acadêmica, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, *Manual de direito penal brasileiro, parte geral.* São Paulo : RT, 1997.

Bibliografia estrangeira consultada pelo autor

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal, parte general.* 3. ed. Madri, 1994.

BENITEZ, Gomez. *Teoría jurídica del delito, derecho penal, parte general.* Madri, 1992.

CONDE, Muñoz e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general.* Valencia : Tirant Lo Blanch, 1996.

CURY, Enrique. *Derecho penal, parte general.* Santiago do Chile, 1985.

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto penale, parte generale.* Roma : Zanichelli Editore, 1995.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal.* Granada : Comares, 1996.

———. *Código penal tipo para Latinoamérica.* México : Academia Mexicana de Ciencias Penales, 1967.

JESCHECK, *Tratado de derecho penal.* Trad. de Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona : Bosch, 1978.

LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de derecho penal, parte geral.* Madri : Dykinson, 1998.

MAURACH, *Tratado de derecho penal.* Trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona, 1962.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general.* 3. ed. Barcelona : PPU, 1995.

MONREAL, Novoa. Algumas considerações sobre o concurso de pessoas no fato punível, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* 16/17. Rio de Janeiro, 1967.

MORENO, Emilio y BRAVO, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo.* Madri : Dykinson, 1997.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale.* Milão : Dott. Giuffrè, 1993.

PÉREZ ALONSO, Estebam Juan. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal.* Granada : Comares, 1998.

RAMIREZ, Bustos. *Manual de derecho penal español.* Madri, 1984.

ROXIN, Claus. *Sobre la autoría y la participación en el Derecho Penal, Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofia del Derecho en homenaje al Profesor Luíz Jiménez de Asúa.* Buenos Aires : Ediciones Pannedille, 1970, p. 55.

STRATEWERTH, Günter. *Derecho penal, parte general.* Trad. de Gladys Romero. Madri : Edersa, 1982.

WELZEL, *Derecho penal alemán, parte geral.* 11. ed. Jurídica de Chile, 1970.

WESSELS, Johannes. *Direito penal, parte geral.* Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1976.

WILLIAMS, Gianville. Principals and acessories. In: *Criminal law, general part.* 2. ed. Londres, 1953.

ZAFFARONI, *Teoria del delito.* Buenos Aires : Ediar, 1973.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.4

O *HABEAS CORPUS* NA PENA DE MULTA[1]

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Um breve histórico – 3. Em face da Lei 9.268/96, a pena de multa perdeu seu caráter de sanção penal? – 4. Reflexos de uma condenação à pena de multa no Código Penal – 5. Suspensão condicional do processo e transação penal – Lei 9.099/95 – 6. A jurisprudência antes da Lei 9.268/96 – 7. A jurisprudência depois da Lei 9.268/96 – 8. Últimas considerações.

Resumo: Com o advento da Lei 9.268/96, que revogou o art. 51 do Código Penal, afastando a conversão da pena de multa em privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal proferiu recentemente duas decisões unânimes não conhecedoras de ações de *habeas corpus* interpostas contra condenações à pena de multa, sob o argumento da *inexistência de ameaça à liberdade de ir e vir*. Após uma sinopse de sua evolução histórica, alegamos que hodiernamente o *habeas corpus* adquiriu uma abrangência ampla, onde as hipóteses de seu cabimento têm sido as mais variadas, respaldadas quase sempre na falta de justa causa. Contrariando aquelas decisões da Suprema Corte, procuramos demonstrar ser cabível o *mandamus* mesmo contra a pena de multa, pois esta constitui um cerceamento *potencial, possível ou provável* da liberdade de ir e vir. Trouxemos jurisprudência demonstrando que, em face da Lei 9.268/96, a pena de multa não perdeu seu caráter de sanção criminal, permanecendo todos os demais efeitos decorrentes de uma condenação. Quanto à aplicação dos institutos da Lei dos Juizados Especiais, compilamos decisões em vários sentidos, havendo entendimento de que a pena de multa impede a suspensão condicional do processo, fazendo surgir, portanto, a possibilidade de ser imposta, ao menos em tese, uma pena privativa de liberdade. Possíveis efeitos da pena de multa no oferecimento da transação penal também foram objeto de análise. Ao final, colacionamos ementas do próprio STF, e também do STJ, nas quais conheceu-se de *habeas corpus* para declarar extinta a punibilidade de condenações à pena de multa em razão da ocorrência da prescrição. Por mais este motivo, concluímos não haver razão para o não-conhecimento de *habeas corpus* contra a pena de multa, quando presente qualquer outra hipótese de constrangimento ilegal.

Palavras-chave: Habeas corpus; Pena de multa; Admissibilidade; Lei 9.268/96; Revogação do art. 51 do CP; Conversão da pena de multa em detenção; Afastamento; Ameaça à liberdade de locomoção; Configuração; Reflexos da pena de multa no CP; Lei 9.099/95; Transação penal; Suspensão condicional do processo; Impedimento; Precendentes.

1. Introdução

Com o advento da Lei 9.268/96, que deu nova redação ao *caput* do art. 51 do Código Penal e revogou os seus §§ 1.º e 2.º, afastando a conversão da pena de multa em detenção, surgiu recente jurisprudência no sentido da inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus* para impugnar condenações à pena de multa, sob o argumento de não mais existir ameaça à liberdade de locomoção.

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, por sua 1.ª Turma, no julgamento do HC 76.178-5/RJ, tendo como relator o Min. Ilmar Galvão, *verbis:*

(1) Este artigo contou com a valiosa colaboração do Juiz Lopes de Oliveira, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

"Ementa: *Habeas corpus*. Pena de multa. Inexistência de ameaça à liberdade de locomoção.

Parece efetivamente assentado nesta Corte que a pena de multa não comporta impugnação por via de *habeas corpus*. Entendimento agora reforçado com a edição da Lei 9.268, de 01.04.1996, que, dando nova redação ao art. 51 do Código Penal, afastou a conversão em prisão, ao preconizar a sua exigência em espécie, por meio de instauração de processo de execução forçada.

Habeas corpus não conhecido" (j. 31.03.1998, *v.u.*, *DJU* 27.05.1998, Ementário de Jurisprudência da RBCCrim 23).

Nesse mesmo sentido, manifestou-se ainda a 1.ª Turma da Suprema Corte em outro v. acórdão (HC 76.039-5/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 16.06.1998, *v.u.*, *DJU* 04.09.1998, p. 4, Ementário de Jurisprudência da RBCCrim 24).

Importa salientar que ambos os acórdãos supramencionados referem-se a condenações *originárias* à pena de multa, ou seja, quando esta é aplicada isoladamente, e não cumulativamente ou em substituição à pena detentiva.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, na mesma esteira, já se pronunciou: "a impetração de *habeas corpus* com vistas a trancar procedimento dos Juizados Especiais Criminais, instaurado por violação ao art. 32 da LCP, carece de interesse de agir, pois este delito é apenado exclusivamente com multa, sem possibilidade de conversão da pecuniária em qualquer restrição à liberdade do paciente, nem mesmo a restritiva de direitos" (3.ª Câmara, HC 320.778-0, São Paulo, Rel. Juiz Fábio Gouvêa, j. 12.05.1998, *v.u.*).

Sem afronta à sempre sábia e judiciosa manifestação do Supremo Tribunal Federal, bem como do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, propomo-nos no presente estudo a analisar a viabilidade da impetração de *habeas corpus* em face de condenação criminal ou mesmo em razão da instauração de inquérito policial ou de ação penal sem justa causa, sendo a pena de multa a única sanção imposta ou cominada ao autor do delito perseguido.

Como é cediço, a pena de multa pode ser imposta originariamente ou em substituição à pena privativa de liberdade. No primeiro caso, ela pode ser a única sanção cominada, como pode ser imposta alternativa ou cumulativamente com uma pena privativa de liberdade. Quanto à pena de multa substitutiva, ela pode substituir a pena privativa de liberdade não superior a 6 (seis) meses (art. 60, § 2.º, do CP), a condenação igual ou inferior a 1 (um) ano (art. 44, § 2.º, do CP, com redação dada pela Lei 9.714/98), ou ainda a condenação superior a 1 (um) ano, neste caso cumulativamente com uma pena restritiva de direitos (*idem*).

2. Um breve histórico

Como ensinam Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, o *habeas corpus* antigamente no Brasil era apenas liberatório. Foi com o passar do tempo, com a influência da jurisprudência e das modificações introduzidas pela Lei 2.033, de 20.09.1871, que surgiu o *habeas corpus* preventivo ("*Habeas corpus* e advocacia criminal: ordem liminar e âmbito de cognição". *Justiça Penal*, RT, 1997, v. 5, p. 132).

Com o advento da República e da Constituição de 1891, continuam as ilustres professoras, os limites do *habeas corpus* foram alargados, tendo sido erigido a garantia constitucional (*idem*, p. 133).

Diante do que dispõe a nossa atual Constituição da República em seu art. 5.º, inciso LXVIII ("conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"), e do que prevê o art. 647 do CPP ("dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou

coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar"), é inegável que a ação constitucional de *habeas corpus* visa tutelar exclusivamente a liberdade de locomoção ou a liberdade de ir e vir, quer esta já se encontre violada (*habeas corpus* liberatório), quer esteja na iminência de sê-lo (*habeas corpus* preventivo).

Não obstante o art. 648 do CPP disponha em sete incisos as hipóteses em que a coação considerar-se-á ilegal, dentre as quais está a falta de justa causa (inciso I), é pacífico que este rol não é taxativo, sendo, pois, exemplificativo (cf. Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, art. cit., p. 135).

Hodiernamente, é do conhecimento dos profissionais e estudiosos do Direito que o *habeas corpus* adquiriu uma abrangência ampla, onde as hipóteses de seu cabimento têm sido as mais variadas, respaldadas quase sempre na falta de justa causa.

Assim é que a falta de justa causa para a instauração de ação penal ou mesmo de inquérito policial tem dado ensejo à impetração do *mandamus*, objetivando o seu trancamento. Forçoso convir, desde já, que em hipóteses como essas a ameaça à liberdade é, muitas vezes, bastante remota ou até mesmo impossível de acontecer, mormente se analisado o caso concreto em face de todo o ordenamento jurídico. Com efeito, é de se lembrar a existência de disposições legais aptas a afastar a ameaça concreta da pena de prisão, a exemplo do *sursis*, da conversão da pena privativa de liberdade não superior a 6 (seis) meses em multa (art. 60, § 2.º do CP), das novas hipóteses de conversão da condenação em pena de multa e/ou restritiva de direitos (Lei 9.714/98) e dos diversos institutos da Lei dos Juizados Especiais Criminais, como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Não obstante a existência de todos esses institutos afastadores da pena de prisão, que podem ser aplicados no caso concreto, o *habeas corpus* tem sido conhecido e processado normalmente.

Sem a pretensão de nos adiantarmos em qualquer conclusão, arriscaríamos dizer, desde logo, que a mera existência de um procedimento criminal contra alguém, uma vez detectada a falta de justa causa, já dá ensejo à impetração de *habeas corpus*, independentemente até mesmo de uma aferição da real ameaça à liberdade de locomoção do acusado. Isto porque, se fôssemos exigir em toda impetração de *habeas corpus* essa real ameaça à liberdade de locomoção, estaríamos retrocedendo, e muito, no avanço jurisprudencial e doutrinário até aqui alcançado, para só se admitir o remédio heróico em caso de prisão já efetivada ou na iminência concreta de sê-lo (p. ex., com a expedição de mandado de prisão ou ameaça ilegal de prisão por qualquer autoridade), o que de fato, como visto, não ocorre.

3. Em face da Lei 9.268/96, a pena de multa perdeu seu caráter de sanção penal?

Para respondermos a essa indagação, importante se faz a análise cuidadosa dos efeitos da Lei 9.268/96 em nosso ordenamento jurídico.

A citada lei, ao conferir nova redação ao *caput* do art. 51 do CP, suprimindo os antigos parágrafos, gerou controvérsia acirrada na jurisprudência, uma vez que passou a dispor: "Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição".

A divergência em torno do novel artigo abrange, a nosso ver, duas questões: 1.ª – saber se a atribuição para a execução da pena de multa continua a ser do Ministério Público ou se passou a ser dos Procuradores da Fazenda Pública; 2.ª – se a pena de multa manteve seu caráter penal ou não.

No sentido de que a pena de multa *não perdeu a sua natureza sancionatória criminal*, decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "A redação dada ao art. 51 do CP pela Lei 9.268/96 *não autoriza concluir que a reprimenda pecuniária foi transformada em simples débito monetário, perdendo a sua natureza sancionatória*. Antes, leva ao entendimento que a expressão 'dívida de valor' foi empregada com o sentido de que a multa terá ou receberá o mesmo tratamento do crédito fiscal, aplicando-se à ação de execução o mesmo regime processual da execução fiscal, ou seja, o da Lei 6.830/80, de modo que resta inalterado o art. 164 da LEP, o qual confere legitimidade ao Ministério Público para promover, perante a Vara das Execuções Criminais, a cobrança do valor da multa (*m.v. – RJDTACr* 34/55)" (apud Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior, *Código Penal comentado*, 4. ed. Renovar, 1998, p. 87-88).

Em igual sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em duas manifestações recentes, entendeu que a Lei 9.268/96 *não alterou a natureza repressiva da pena de multa*, pois, não obstante tenha ela passado a ser considerada dívida de valor, obedecendo-se as disposições da Lei 6.830/80, no mais, foi mantida a sistemática do Código Penal.

A primeira dessas ementas, publicada no Boletim IBCCrim 55, entendeu que a Lei 9.268/96 *não retira a natureza penal da multa*, *verbis*: "a condenação, no juízo penal, ao pagamento da multa produzirá sempre, na esfera penal, os efeitos nesta estabelecidos. Sua cobrança, porém, é que foi alterada pela mencionada lei" (Agravo 219.169-3/3, São Paulo, 5.ª CCrim, Rel. Des. Celso Limongi, j. 06.02.1997, *v.u.*).

A outra decisão desta Alta Corte paulista, constante do Boletim IBCCrim 62, decidiu no mesmo sentido: "A reforma promovida pelo legislador *não alterou a substância jurídica ostentada pela multa que permanece na esfera repressiva penal*. O legislador procurou apenas esclarecer que a pena de multa deverá ser considerada como dívida de valor, obedecendo em conseqüência as disposições contidas na Lei 6.830/80" (Agravo 233.376-3, São Paulo, 2.ª CCrim, Rel. Des. Egydio de Carvalho, j. 01.09.1997, *v.u.*).

No Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em face do novo art. 51 do CP, surgiu grande divergência em torno da atribuição para promover a execução da pena de multa e da perda ou não de seu caráter penal, podendo ser elencadas duas posições: 1.ª – "a multa deve ser inscrita como dívida de valor em favor da Fazenda Pública, *deixando evidente que a multa perde o seu caráter penal e transforma-se em débito monetário*. Diante disso, deixa o Ministério Público de ser o titular da cobrança da multa" (Agravo em Execução 1.042.957/8, São Paulo, 13.ª Câm., Rel. Juiz Teixeira de Freitas, j. 21.01.1997, *v.u.*); 2.ª – "com o advento da novel legislação, *a multa não perdeu seu caráter eminentemente penal*. O legislador apenas conferiu à multa o tratamento comum e peculiar à dívida ativa da Fazenda Pública, sem contudo expungir-lhe o cunho intrínseco de sanção penal (...) Pelo que, embora considerada dívida de valor, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, *continua sendo pena* e, pois, deve ser executada, quer no Juízo da condenação, quando isoladamente aplicada, quer no Juízo da Vara das Execuções Criminais, quando cominada cumulativamente, e o Ministério Público Estadual é o detentor da legitimidade ativa para a propositura da ação de cobrança. (...) *Espécie de pena que é* (suposto com feição de dívida de valor), a multa haverá de executar-se no Juízo Criminal, cabendo ao Ministério Público propor a respectiva cobrança (Agravo em Execução 1.038. 253-7, São Paulo, 15.ª Câm., Rel. Juiz Carlos Biasotti, j. 06.03.1997, v.u.). No mesmo sentido, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo decidiu em duas outras oportunidades: Agravo em Execução 1.045.965-1, São Paulo, 11.ª Câm., Rel. Juiz Renato Nalini,

j. 31.03.1997, *v.u.*, in Boletim IBCCrim 56; Agravo em Execução 1.084.731/5, São Paulo, Rel. Juiz Walter Swensson, j. 11.03.1998, *v.u.*, in Boletim IBCCrim 67.

Na mesma esteira, o egrégio Tribunal de Alçada paulista, cuidando de hipótese em que a pena de multa fora imposta como sanção secundária no juízo criminal, decidiu que "*se mantêm íntegros os seus efeitos próprios, decorrentes da sentença penal condenatória,* sendo que o quantum estabelecido traduz dívida de valor (...)". Por fim, este v. aresto conclui: "a alteração do art. 51 do Código Penal imposta pela Lei 9.268/96 mostra coerência, pois, ao mesmo tempo em que o legislador vedou a conversão da pena pecuniária em privativa de liberdade, deu-lhe caráter de dívida de valor, *de natureza civil, embora com efeitos penais*, pois se o Código é um sistema conjugado de normas, a transformação de uma delas acarreta imediata repercussão nesse sistema" (Agravo em Execução 1.093.895/3, São Paulo, 13.ª Câm., Rel. Juiz Rui Stoco, j. 14.04.1998, *m.v.*).

Diante da jurisprudência acima citada, parece ser majoritário o entendimento de que, apesar da pena pecuniária ter passado a ser considerada dívida de valor, que, não paga, deverá ser inscrita como dívida ativa e executada pelas normas da legislação relativa à execução fiscal (Lei 6.830/80), *a pena de multa não perdeu seu caráter penal*, mantendo-se íntegros todos os efeitos decorrentes da condenação.

Assim sendo, é de se indagar: como não se admitir *habeas corpus* contra condenação à pena de multa, se esta, apesar de não poder mais ser convertida em pena privativa de liberdade, *continua com o seu caráter de pena* decorrente de sentença penal condenatória? Não haveria *mesmo* qualquer ameaça ao direito de ir e vir?

Inegável que a pena de multa, quando aplicada isoladamente em condenação criminal, ou ainda em substituição à pena privativa de liberdade não superior a 6 (seis) meses (art. 60, § 2.º, do CP), não constitui ameaça *direta* à liberdade de locomoção, até porque não mais conversível em pena de prisão, nos moldes do novo art. 51 do Código Penal. Por outro lado, como veremos, a pena de multa *constitui ameaça indireta e possível de ocorrer*, podendo acarretar inúmeras conseqüências jurídicas, com reflexos indiscutíveis na liberdade de ir e vir.

Esse mesmo entendimento, a nosso ver, deve ser aplicado também às hipóteses em que a pena de multa seja imposta em substituição da condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, ou ainda quando, cumulativamente com uma pena restritiva de direitos, vier a substituir a condenação superior a 1 (um) ano, conforme a nova redação dada ao art. 44, § 2.º do CP, pela Lei 9.714/98. Cremos ser igualmente possível o ingresso do *mandamus* quando imposta, em substituição à pena privativa de liberdade, uma ou duas penas restritivas de direitos. E isto se afirma não pelo fato de ter sido prevista a conversão das penas restritivas em privativa de liberdade (art. 44, § 4.º, do CP), mas pelos próprios reflexos que esta pena, a exemplo da multa, ocasiona na liberdade de locomoção.

4. Reflexos de uma condenação à pena de multa no Código Penal

Analisando a Parte Geral do Código Penal, nota-se que o legislador da reforma de 1984 optou por conferir à condenação à pena de multa os efeitos jurídicos mínimos possíveis. Assim é que a pena de multa: 1. não constitui óbice à concessão do *sursis* (art. 77, § 1.º); 2. não gera revogação obrigatória do *sursis* (art. 81), *pois ela sequer é óbice à sua concessão* (art. 77, § 1.º), encontrando-se tacitamente revogada pela Lei 9.268/96 a primeira parte do inciso II do art. 81, que previa a revogação obrigatória do *sursis* quando o beneficiário, embora solvente, frustrasse a execução da pena de multa; 3. não gera revogação facultativa do *sursis* (art. 81, § 1.º) nem prorrogação do período de prova (TJSP, *RJTJSP* 124/551, *apud* Celso

Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior, op. cit., p. 141); 4. não deve interferir na concessão do livramento condicional (art. 83); 5. não gera revogação obrigatória do livramento condicional (art. 86, *caput*); 6. quanto à reincidência, apesar de hoje parecer pacífico o entendimento de que a condenação à pena de multa não a gera (*vide* Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior, *in* op. cit., p. 108 e 109), o Superior Tribunal de Justiça recentemente decidiu em sentido contrário, inviabilizando ainda, em face da não primariedade e dos maus antecedentes, o direito de apelar em liberdade (5.ª Turma, REsp. 85.322/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 17.03.1998, *DJU* 13.04.1998, *v.u.*, *in Tribuna do Direito* Dez/98).

Apesar dos *efeitos mínimos* gerados pela pena de multa acima elencados, é de se lembrar o disposto no art. 87 do CP, ou seja, a *condenação irrecorrível à pena de multa dá ensejo à revogação facultativa do livramento condicional:* "O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, *a pena que não seja privativa de liberdade*".

Ressalte-se, todavia, que a vigência deste dispositivo é duvidosa, pois o novo art. 51 do CP aboliu a conversão da pena de multa em privativa de liberdade, o que nos leva a crer que a pena de multa não poderá mais levar ao restabelecimento da pena privativa de liberdade. E o art. 77, § 1.º do CP, ao dizer que *a condenação anterior à pena de multa não impede a concessão do sursis*, dá a entender que o juiz também não poderá revogar o livramento condicional em face de condenação irrecorrível à pena de multa. De qualquer modo, caberá ao intérprete analisar sobre a eventual revogação tácita deste art. 87 do CP, o qual, para todos os efeitos, permanece em nosso Código Penal.

Afora essa possível revogação facultativa do livramento condicional e não descartada configuração da reincidência (conforme recente acórdão do STJ supracitado), a condenação à pena de multa gerará maus antecedentes, e acarretará, além da própria multa, *os efeitos extrapenais genéricos* previstos no art. 91 do Código Penal, como *tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime* (inciso I), e a *perda em favor da União dos instrumentos e do produto do crime* (inciso II, *a* e *b*).

Mas não é só. A condenação à pena de multa poderá acarretar outras conseqüências jurídicas, com reflexos significativos na liberdade de locomoção.

5. Suspensão condicional do processo e transação penal – Lei 9.099/95

Como é cediço, a Lei dos Juizados Especiais Criminais trouxe para o ordenamento jurídico diversos institutos que, orientados pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscam sempre a conciliação e a transação. Almeja-se, assim, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a não-aplicação de pena privativa de liberdade.

Inegável que a transação penal e a suspensão condicional do processo, uma vez aplicadas, afastam a imposição da pena de prisão. Assim, importante se faz para o presente estudo saber se a anterior condenação à pena de multa, ou mesmo a existência de procedimento criminal contra alguém por delito apenado com multa, *constitui óbice ou não à aplicação desses institutos.*

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, a respeito, tem proferido algumas decisões divergentes: 1.ª) *não impede a suspensão*: "a condenação anterior por crime doloso a pena de multa não obsta a concessão da suspensão do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, devendo este dispositivo ser interpretado em consonância com o art. 76 da referida lei, que só impede a transação penal se a condena-

ção anterior redundou na aplicação de pena privativa de liberdade, e aplicando-se, a teor do art. 92 do mesmo diploma, subsidiariamente, o art. 77, § 1.º, do Código Penal, que deixou claro que o *sursis* da pena não é obstado por condenação anterior à multa" (8.ª Câmara, Ap. 1.010.103, Rel. Juiz Ericson Maranho, j. 25.07.1996, *v.u.*, rolo/flash 1.050/037, apud Caetano Lagrasta Neto, Enéas Costa Garcia, Ricardo Cunha Chimenti e Waldemar Nogueira, *A lei dos juizados especiais criminais na jurisprudência*, Oliveira Mendes, p. 184); no mesmo sentido: 6.ª Câmara, Ap. 1.042.037, Rel. Juiz Almeida Braga, j. 26.03.1997, *v.u.*, rolo/flash 1.100/065; 8.ª Câmara, Ap. 1.030.259, Rel. Juiz Lopes de Oliveira, j. 26.09.1996, *v.u.*, rolo/flash 1.063/414; 6.ª Câmara, Ap. 1.055.503, Rel. Juiz A. C. Mathias Coltro, j. 04.06.1997, *v.u.*, rolo/flash 1.109/399; "a condenação definitiva por ilícito contravencional, cujo apenamento é exclusivamente pecuniário, não é óbice ao exercício da transação penal e da suspensão do processo" (8.ª Câmara, Ap. 1.013.093, Rel. Juiz S.C. Garcia, j. 11.07.1996, *v.u.*, rolo/flash 1.047/316, idem, ibidem); 2.ª) *impede a suspensão*: *"é impossível a suspensão condicional do processo ao acusado com condenação anterior definitiva, ainda que imposta unicamente sanção pecuniária"* (10.ª Câmara, Ap. 1.052.721, Rel. Juiz Vico Mañas, j. 04.06.1997, *v.u.*, rolo/flash 1.108/342, op. cit., p. 186 *et seq.*); na mesma esteira, decidiu ainda o TACrSP sob o fundamento da "ausência de requisito subjetivo específico, próprio da legislação especial (Lei 9.099/95) e que não se confunde com os outros, também exigidos, previstos para o benefício menos amplo da suspensão da pena" (5.ª Câmara, Ap. 1.032.077, Rel. Juíza Angélica de Almeida, j. 19.02.1997, *m.v.*, rolo/flash 1.094/023, *idem, ibidem*).

No sentido de que a condenação à pena de multa *impede a suspensão pelo prazo de cinco anos*, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais decidiu: "No caso de anterior condenação à pena pecuniária, só é viável a concessão de novo benefício depois de passados cinco anos do trânsito em julgado da condenação" (Ap 240.287-3, Rel. Juiz Hyparco Immesi, j. 30.09.1997, *in Boletim Informativo* 12, TJMG, Comissão Supervisora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, 1997, p. 5, *apud* Caetano Lagrasta Neto e outros, op. cit., p. 184).

Pelo exposto, é de se concluir que, não obstante seja majoritário o entendimento de que a condenação anterior à pena de multa não impede a suspensão condicional do processo, caso seja adotada a corrente jurisprudencial desfavorável supracitada, tal condenação implicará o não-oferecimento do benefício. Não oferecida a suspensão, o processo terá seu curso, fazendo surgir, então, a possibilidade de ser imposta uma pena privativa de liberdade.

Quanto à transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95), apesar de previsto no inciso I do § 2.ª que não se admitirá proposta ao condenado à pena privativa de liberdade pela prática de *crime* – o que ensejaria a sua admissibilidade ao condenado à pena de multa –, este mesmo artigo de lei prevê situações em que a condenação à pena de multa poderia levar ao não oferecimento da transação penal. Assim é que o inciso II do § 2.º impede a transação se o agente tiver sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou *multa*, nos termos do próprio art. 76; e o inciso III impede também a proposta se não indicarem os *antecedentes*, a conduta social e a personalidade do agente (...) ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Assim, se o agente tiver sido beneficiado pela transação penal nos últimos cinco anos, recebendo pena de multa ou restritiva de direitos, e praticar outro delito da competência dos Juizados Especiais Criminais, ele estaria impedido de receber o mesmo benefício (art. 76, § 2.º, inciso II).

E a não-aplicação deste benefício implicará o oferecimento de denúncia, surgindo a ameaça da pena de prisão. A subjetividade do inciso III também poderia levar o intérprete a entender que a condenação à pena de multa impede o oferecimento de proposta de transação penal, apesar de a jurisprudência, via de regra, estar admitindo o oferecimento do benefício nessa hipótese.

Como visto, a pena de multa imposta originariamente ou em substituição à pena privativa de liberdade, apesar de não mais poder ser convertida em detenção, é apta a afetar, ainda que indireta e possivelmente, a liberdade de locomoção. Assim, constatada a ilegalidade da coação, a ação de *habeas corpus* é perfeitamente cabível, devendo ser conhecida e processada.

6. A jurisprudência antes da Lei 9.268/96

Anteriormente à edição da Lei 9.268/96, que alterou o art. 51 do Código Penal, a jurisprudência era majoritária no sentido do cabimento do *writ* quando ilegal o constrangimento advindo de condenação à pena de multa, principalmente diante da possível conversão da mesma em pena detentiva prevista no revogado art. 51.

Data venia, cremos que a supressão do antigo art. 51, por si só, não pode afastar a viabilidade do ingresso de *habeas corpus*, sob pena de gerar um verdadeiro sofisma. Com efeito, o referido art. 51 trazia uma possibilidade de conversão da pena pecuniária em pena detentiva *bastante remota de acontecer*, já que só ocorria *quando o condenado solvente deixasse de pagá-la ou frustrasse a sua execução*. Por outro lado, aplicando-se as regras da pena de multa disciplinadas na Lei de Execuções Penais (arts. 164 e segs.) em conjunto com o antigo art. 51, o condenado deveria ser citado para pagar a multa ou nomear bens à penhora; se assim ele não fizesse, procedia-se à penhora de seus bens; caso ele frustrasse, porém, a execução, é que a multa havia de ser convertida em detenção (Celso Delmanto e Roberto Delmanto, *Código Penal Comentado*, 3. ed. Renovar, 1991, p. 82). Baseados, então, nessa *mera hipótese de conversão* é que os Tribunais, em sua maioria, justificavam o conhecimento do *mandamus, sem perquirir, muitas vezes, da real possibilidade da ocorrência dessa conversão.*

Assim foi que o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no julgamento do HC 244.572/4, ocorrido em 22.06.1993, decidiu no sentido de que "o *habeas corpus* não se presta tão-somente à proteção do *jus libertatis* quando desde logo cerceada a liberdade física, mas sim, também, quando sem justa causa ocorre a instauração de processo, de qualquer natureza, que possa acarretar condenação, ainda que exclusivamente à pena de multa, com possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade, de modo que *havendo previsão de ser atingida a liberdade de locomoção, mesmo que potencialmente, é cabível o remédio heróico*" (Rel. Juiz Carlos Bueno, in *RJDTACrim* 19/178). Em outra oportunidade, esse mesmo Tribunal, ao conceder *habeas corpus* de ofício para reformar o *quantum* da pena de multa imposta, entendeu que "o *habeas corpus* representa remédio contra qualquer constrangimento que implique ilegal cerceamento ao direito de ir e vir do cidadão, *mesmo que se trate de cerceamento potencial, possível ou provável*" (8.ª Câmara, Ap. 429.055-1, j. 29.05.1986, Rel. Juiz Canguçu de Almeida, in *RT* 611/373).

O Supremo Tribunal Federal, também em momento anterior à alteração do art. 51 do Código Penal, já se pronunciou, por votação majoritária, no sentido da admissibilidade do *habeas corpus* contra condenação à pena de multa, estando o judicioso voto do Min. Carlos Velloso assim redigido: "*Sr. Presidente, encaro com largueza a disposição constitucional que, ao instituir o habeas corpus, estabelece que protegerá ele a liberdade de locomo-*

ção. Repito, é com a maior largueza que interpreto o texto constitucional. É que se tem, no caso, uma garantia constitucional. As garantias constitucionais, recomendam os hermeneutas de Direito Constitucional, devem ser interpretadas com a maior largueza, conferindo-lhes a maior eficácia. Essa é uma regra de hermenêutica constitucional.

De modo que, quando se tem um habeas corpus *atacando uma pena de multa que, em princípio, não diz respeito à liberdade de locomoção, tenho para mim que o* habeas corpus *deve ser conhecido, porque de modo indireto, de forma indireta a liberdade de locomoção poderá ser atingida.*

Ora, o condenado a uma pena de multa, se é solvente e não paga, pode ter decretada a sua prisão, pode ser a pena de multa convertida em pena de detenção.

Temos que decidir a questão em termos genéricos; a questão é posta em tese: cabe ou não habeas corpus *quando a causa de pedir ataca a pena de multa? Penso que cabe, dadas as suas implicações de modo reflexo, de modo indireto, com a liberdade de locomoção*" (2.ª T., HC 71.732-2/SP, j. 14.03.1995, Rel. Min. Maurício Corrêa – vencido, *RT* 719/545)

Ainda a Suprema Corte, em decisão publicada três dias antes da entrada em vigor do novo art. 51 do Código Penal, por unanimidade, proclamou: "Cabimento de *habeas corpus* para impugnar pena de multa, porque, de forma indireta, poderá ser atingida a liberdade de locomoção: a possibilidade de transformação da pena de multa em detenção (CP, art. 51)" (2.ª T., HC 73.216/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.02.1996, *DJU* 29.03.1996, p. 9.346).

No mesmo sentido, Julio Fabbrini Mirabete, em momento anterior à edição da Lei 9.268/96, doutrina: "*Havendo, porém, qualquer possibilidade de ser atingida a liberdade de locomoção do paciente, é admissível o habeas corpus, cabível contra cerceamento potencial, possível ou provável. Assim, uma ação penal por contravenção a que se comina somente pena de multa, ou uma condenação exclusiva a pena pecuniária, por resultar na possibilidade, em tese, de ser ela convertida em prisão, podem ser atacadas pelo remédio heróico*" (*Processo penal*, 5. ed. Atlas, 1996, p. 705).

Pelo exposto, depreende-se que o *habeas corpus*, quando ainda vigente o antigo art. 51 do Código Penal, era cabível para fazer cessar o constrangimento ilegal advindo de uma condenação à pena de multa, mesmo quando muito remota fosse a possibilidade de sua conversão em pena detentiva. Nesses casos, é de se observar que os Tribunais em sua maioria, ao conhecer do *habeas corpus*, limitavam-se a mencionar essa mera possibilidade de conversão, sem procurar saber da real viabilidade de sua ocorrência. Assim, havendo cerceamento *potencial, possível ou provável* da liberdade de locomoção, cabível já se fazia o *habeas corpus*.

Ocorre que, mesmo com a alteração do art. 51 do Código Penal pela Lei 9.268/96, a pena de multa imposta em condenação criminal, além de gerar maus antecedentes e configurar possível reincidência (com o que não concordamos), *poderá* dar causa à revogação facultativa do livramento condicional (art. 87). Além disso, poderá ser óbice à aplicação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo previstos na Lei 9.099/95, existindo inclusive jurisprudência nesse sentido. É de concluir, assim, que a condenação à pena pecuniária continua apta a afetar a liberdade de locomoção, ainda que indiretamente, constituindo-se, sem dúvida, em *cerceamento potencial, possível ou provável* da liberdade de ir e vir. Constatada a ilegalidade desse cerceamento, cremos existir total interesse de agir e possibilidade jurídica no ingresso da ação de *habeas corpus* contra a pena de multa no âmbito criminal.

7. A jurisprudência depois da Lei 9.268/96

Como demonstrado no início deste artigo, após a alteração do art. 51 do Código Penal, o Supremo Tribunal Federal passou a decidir pelo *não-conhecimento* de *habeas corpus* contra condenações à pena de multa, sob o fundamento de não mais existir a possibilidade de sua conversão em pena detentiva, encontrando-se, assim, afastada qualquer ameaça à liberdade de locomoção.

Todavia, o próprio Supremo Tribunal Federal há pouco *conheceu* e deferiu ordem de *habeas corpus* para declarar extinta a punibilidade pela prescrição de paciente que, condenado à pena de detenção, teve a mesma *substituída por multa*, *verbis:*

"*Habeas corpus.* Condenação de advogado por crime contra a honra de magistrado. Código Penal, arts. 138 e 140. *Pena de detenção substituída por multa.* Sentença condenatória de 26.04.1994 que transitou em julgado para o Ministério Público. Acórdão confirmatório da sentença, de 25.10.1995, que, segundo se depreende dos 11 volumes vindos a exame do STF, ainda não transitara em julgado para a defesa a 25.10.1997, pendente que se encontrava o processamento de agravos de instrumentos contra despachos inadmitindo recursos especial e extraordinário. *Habeas corpus concedido*, nos termos do parecer da Procuradoria Geral da República, *para declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva*" (2.ª T., HC 75.710/SP, Rel. Min. Neri da Silveira, j. 10.02.1998, *v.u.*, *DJU* 13.03.1998, p. 3).

E o Superior Tribunal de Justiça, em quatro decisões recentes, concedeu de ofício três *habeas corpus* e deu provimento a um RHC, decretando extinta a punibilidade pelo decurso do prazo prescricional, *em casos em que a pena de multa foi a única sanção imposta* (6.ª Turma, REsp. 58.457/RN, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 23.09.1997, *v.u.*, *DJU* 30.03.1998, p. 00143; 6.ª Turma, REsp. 82.683/RS, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 22.09.1997, *v.u.*, *DJU* 17.11.1997, p. 59.616; 6.ª Turma, REsp. 118.540/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 28.05.1998, *v.u.*, *DJU* 29.06.1998, p. 00.337; 5.ª Turma, RHC 6.934/RJ, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, j. 10.02. 1998, *v.u.*, *DJU* 13.04.1998, p. 00133).

Fazendo uma comparação entre as decisões supra-referidas e as duas decisões do STF citadas no início deste artigo (que não conheceram da impetração de *habeas corpus* contra a pena de multa), surgem algumas indagações: 1. o *habeas corpus* só não é cabível quando a pena de multa for originária e isoladamente imposta, sendo perfeitamente possível o seu conhecimento em casos em que ela for imposta em substituição à pena privativa de liberdade (multa substitutiva)? 2. Em se tratando de condenação à pena de multa, o *mandamus* só será possível se já estiver extinta a punibilidade, não sendo viável em nenhuma outra hipótese de constrangimento ilegal?

Pensamos que nenhuma das questões merece resposta positiva. Na primeira delas, não se pode admitir no Direito a existência de duas situações idênticas (duas penas de multa, uma originária e outra substitutiva, sendo viável o *habeas* corpus *somente* para uma delas (substitutiva), e não para a outra (originária), sob pena de ferir os direitos constitucionais a tratamento igualitário e ao devido processo legal (CF/88, art. 5.º, *caput* e inciso LIV). Quanto à segunda questão, se o remédio heróico for possível sempre que estiver extinta a punibilidade (art. 648, inciso VII, do CPP), mesmo em se tratando de pena de multa, ele deverá sê-lo também, em respeito àquelas garantias constitucionais, quando presente qualquer das outras hipóteses em que a coação for considerada ilegal, elencadas no mesmo art. 648,

como, por exemplo, *quando não houver justa causa* (inciso I).

Assim, em se admitindo o *habeas corpus* contra condenação à pena de multa por estar extinta a punibilidade (inciso VII do art. 648 do CPP), esta mesma ação constitucional deverá ser também conhecida e processada, desde que presente qualquer outra situação de ilegalidade, prevista ou não no art. 648 do CPP, já que o rol deste dispositivo, como visto, não é taxativo.

Por mais esses argumentos, cremos não ser possível admitir-se *habeas corpus* tão-somente nos casos de pena de multa substitutiva ou quando estiver extinta a punibilidade, como pretendem os supracitados acórdãos, sob pena de se conferir tratamento diferente a situações juridicamente *idênticas*, o que é inadmissível em nosso Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Em pioneiro e v. acórdão, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo decidiu, a nosso ver com total acerto, pela admissibilidade da impetração de *habeas corpus* a fim de se trancar ação penal instaurada para apuração de contravenção penal apenada exclusivamente com multa, sob a alegação de falta de justa causa. A ementa merece ser transcrita:

"*Habeas corpus*. Impetração relacionada a ação penal que tem como objeto contravenção para a qual é cominada somente a pena de multa. Admissibilidade.

É admissível a impetração de habeas corpus *relacionado a ação penal que tem como objeto contravenção penal para qual é cominada somente a pena de multa,* pois, apesar da inexistência de imediata ameaça ou violação da liberdade de ir e vir, *o writ constitui remédio idôneo ante os reflexos do procedimento criminal, sobretudo na eventual concessão ou não dos benefícios da Lei 9.099/95 em outro processo*" (3.ª Turma, HC 326.692-8, Rel. Juiz Lagrasta Neto, j. 18.08.1998, *DJU* 29.09.1998, rolo/flash 1.186/155).

8. Últimas considerações

Diante de todas as conseqüências que a pena de multa pode efetivamente gerar na liberdade de locomoção da pessoa, não há como se sustentar que a condenação à pena de multa, ou mesmo a existência de processo por delito apenado com multa, não está a ameaçar a liberdade de ir e vir, ainda que de forma *potencial, possível ou provável.*

Justifica-se, ainda, *habeas corpus*, uma vez que o *status dignitatis* do cidadão, será profundamente abalado quando condenado à pena de multa ou mesmo acusado por delito apenado com a mesma sanção, em processo ou inquérito em que se fizer presente a ilegalidade.

Como bem lembrou o Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus,* como instrumento constitucionalmente garantidor da liberdade de locomoção, deve ser aplicado da maneira mais larga e abrangente possível. Demonstrada, assim, a ilegalidade da coação, é remédio perfeitamente viável quando a pena de multa houver sido imposta em condenação criminal, quer origininária, quer em substituição à pena privativa de liberdade, ou ainda no caso em que houver instauração ilegal de inquérito policial ou de ação penal por delito apenado com multa.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.5

O INJUSTO PENAL E A CULPABILIDADE COMO MAGNITUDES GRADUÁVEIS

LUIZ REGIS PRADO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Circunstâncias judiciais – 3. Circunstâncias legais – 4. Causas de aumento e de diminuição de pena – 5. Qualificadoras.

1. Introdução

De primeiro, convém distinguir os conceitos de ilicitude e de injusto: a primeira diz respeito a uma relação de oposição da conduta do autor com a norma jurídica (ilicitude *formal*).[1] Trata-se de um predicado, de uma qualidade de determinado comportamento. Por sua vez, o injusto é a própria ação ou omissão típica valorada como antijurídica. Este último é *específico* e *mensurável*, em qualidade e quantidade (*v.g.*, furto e roubo).[2]

Ademais, a ilicitude não possui um conteúdo puramente negativo – ausência de causas de justificação –, mas pode compreender elementos alheios ao injusto específico de uma certa conduta delitiva.

Assim como o injusto, também a culpabilidade, enquanto elemento material do delito, vem a ser um conceito *graduável* ou *calibrável*.[3]

Nessa trilha, tem-se, portanto, que o desvalor da ação e o desvalor do resultado nos delitos dolosos e culposos podem revestir-se de maior ou menor gravidade. As circunstâncias agravantes e atenuantes agravam ou atenuam a pena em razão da maior ou menor gravidade do injusto.

De outro lado, é possível que a pena seja aumentada ou diminuída por ser maior ou menor a culpabilidade do agente – ou seja, a reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e ilícita – ou por considerações político-criminais.

Circunstância é, pois, todo fato, relação ou dado concreto, determinado, que é considerado pela lei para medir a gravidade do injusto ou da culpabilidade.[4] Tal conceito de circunstância abarca não apenas

(1) Em sentido material, a conduta ilícita é aquela que lesiona bens jurídicos. No dizer de Von Liszt, o ato humano é formalmente contrário ao direito enquanto transgressão de uma norma (mandato ou proibição) e materialmente ilícito enquanto conduta contrária à sociedade – socialmente danosa ou antisocial (*Tratado de derecho penal*. Trad. de Luís Jiménez de Asúa. Madrid : Reus, Vol. II, p. 336,).

(2) Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo : RT, 1999, p. 201 *et seq.*

(3) Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Trad. de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona : Bosch, 1981. Vol. II, p. 1.207.

(4) Cf. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Madrid : Tecnos, 1998, Vol. II, p. 350. Para Mantovani, as circunstâncias (do latim, *circum-stare*) são elementos acessórios, acidentais, do delito. Não são, assim, necessários para a sua existência, mas incidem sobre sua gravidade ou apresentam-se como indícios da capacidade de delinqüir do agente, comportando uma modificação, quantitativa

as agravantes e atenuantes comuns ou genéricas, aplicáveis a todos os delitos (arts. 61, 62 e 65, CP), mas também, sob uma perspectiva ampla, aquelas que constituem tipos penais atenuados (privilegiados) ou agravados (qualificados).

O elenco das circunstâncias agravantes encontra-se taxativamente fixado em lei (*numerus clausus*), com o escopo de atender a exigências de segurança jurídica. Todavia, admite-se a atenuação da pena pela concorrência de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (art. 66, CP).

As circunstâncias atenuantes diminuem a pena por ser menor a culpabilidade do agente (*v.g.*, art. 65, I, III, *c*, CP) ou por razões de política criminal (*v.g.*, art. 65, III, *b*, 2.ª parte, *d*, CP).[5] A quase totalidade das circunstâncias agravantes arroladas nos arts. 61 e 62 implica maior gravidade do injusto, já que é maior o desvalor da ação (*v.g.*, art. 61, II, *c*, *d*, *f*, CP); de outra parte, certas agravantes influem somente na medida da culpabilidade (*v.g.*, arts. 61, I, II, *a*, e 62, IV, CP); por fim, circunstâncias há que apresentam natureza mista, influindo diretamente não só na magnitude do injusto, como também na culpabilidade[6] (*v.g.*, art. 61, II, *d*, CP).

Conclui-se, de conseguinte, que as circunstâncias agravantes e atenuantes exasperam ou atenuam a pena em virtude da maior ou menor gravidade do injusto ou da culpabilidade,[7] ou, simplesmente, por considerações político-criminais (exigências de prevenção especial, favorecimento da eficiência da administração da justiça, proteção à pessoa da vítima etc.). Tal assertiva, porém, não conduz à necessidade de inserir a análise dessas circunstâncias no estudo das conseqüências jurídicas do delito.[8]

A orientação aqui agasalhada encontra supedâneo na legislação comparada, que fornece proposta ordenatória mais rigorosa na disciplina das circunstâncias agravantes e atenuantes – que operam na graduação da medida do injusto ou da culpabilidade, conforme a hipótese em exame.

Desse modo, andou bem o legislador espanhol de 1995, que, demonstrando coerência e técnica apuradas, aprecia a questão no Título I (Da infração penal), Capítulos III (Das circunstâncias que atenuam a responsabilidade criminal) e IV (Das circunstâncias que agravam a responsabilidade criminal).

ou qualitativa, da pena (*Diritto penale*. Milano: Cedam, 1992, p. 397). Ora, isso ocorre exatamente porque incidem elas, *prima facie*, sobre a medida do injusto ou da culpabilidade.

(5) Circunstâncias atenuantes que diminuem a gravidade do injusto são as causas de justificação incompletas e as atenuantes análogas a essas causas, previstas no Direito Penal espanhol (arts. 21.1.ª e 6.ª, CP).

(6) Já que, como bem destaca Cerezo Mir, "toda circunstância que determine uma maior ou menor gravidade do injusto influi mediatamente na medida da culpabilidade, a partir do momento em que a culpabilidade é a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica" (Op. cit., p. 353, n. 18).

(7) Mir Puig assinala que todas as circunstâncias agravantes implicam maior gravidade do injusto penal do fato (*Derecho penal, parte general*. Barcelona : PPU, 1996, p. 570). Diversamente, Cuello Calón e Camargo Hernandez destacam que as circunstâncias atenuantes determinam uma menor gravidade da culpabilidade, pois "consistem em estados ou situações que diminuem a inteligência ou a vontade do agente impulsionando-o para o delito, ou em fatos que manifestam uma menor perversidade do delinqüente (*Derecho penal, parte general*. Barcelona: Bosch, 1981, t. I, Vol. II, p. 564); as circunstâncias agravantes, por sua vez, representam "uma maior perversidade do delinqüente, à qual corresponde uma maior culpabilidade" (op. cit., p. 589). Assim, também, Luís Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Losada, 1962, Vol. V, p. 177.

(8) Não obstante ter sido exatamente essa a opção feita pelo legislador brasileiro.

Por derradeiro, resta dizer que, de acordo com a moderna concepção do injusto aqui perfilhada, resulta totalmente inadequada qualquer tentativa de classificar as circunstâncias agravantes e atenuantes – influentes na magnitude do injusto ou da culpabilidade – com lastro no contraste objetivo/subjetivo, [9] distinção essa inspirada na sistemática adotada pelo Código Penal italiano.[10]

2. Circunstâncias judiciais

As denominadas "circunstâncias judiciais" são, em verdade, fatores legais de medição da pena, ou seja, elementos que o magistrado aprecia quando da determinação judicial da sanção penal. O artigo 59, *caput*, do Código Penal refere-se à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima. Tais circunstâncias nortearão a individualização judicial da pena, com vistas à fixação da pena-base.

A *culpabilidade* corresponde à censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, funcionando aqui como limite máximo da pena; os *antecedentes* são os fatos anteriores da vida do agente, positivos ou negativos; a *conduta social* compreende o comportamento do réu em seu meio familiar e laboral; a *personalidade* é a índole, o caráter do indivíduo; os *motivos* são "toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja ideomotricidade tem o poder de fazer convergir para uma só direção dinâmica todas as nossas forças psíquicas";[11] as *circunstâncias do crime* são os fatores de tempo, lugar, modo de execução, excluindo-se aqueles previstos como circunstâncias legais; as *conseqüências do crime* são os desdobramentos advindos da conduta do agente; por fim, é imperiosa a análise do *comportamento da vítima*, que poderá aumentar ou diminuir a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita.

3. Circunstâncias legais

As circunstâncias legais podem ser *genéricas* (ou comuns) e *especiais* (ou específicas), constantes da Parte Geral ou da Parte Especial do Código Penal, respectivamente. As circunstâncias legais genéricas compreendem as circunstâncias agravantes e atenuantes, além de causas de

(9) Em sentido oposto, arraigados à distinção entre circunstâncias objetivas e subjetivas, por exemplo, Heleno Fragoso. *Lições de direito penal, parte geral.* Rio de Janeiro : Forense, 1985, p. 328; Celso Delmanto. *Código penal comentado.* Rio de Janeiro : Renovar, p. 96, 106 e 109; Paulo José da Costa Jr. *Comentários ao Código Penal.* São Paulo : Saraiva, 1996, Vol. I, p. 230; Damásio E. de Jesus. *Direito penal.* São Paulo : Saraiva, 1992, Vol. I, p. 482; Júlio F. Mirabete. *Manual de direito penal.* São Paulo : Atlas, 1995, Vol. I, p. 288-289; Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal.* São Paulo : RT, 1997, p. 533; Álvaro Mayrink da Costa. *Direito penal.* Rio de Janeiro : Forense, 1982, Vol. I, t. II, p. 503-504, entre outros.

(10) "Art. 70. Circunstâncias objetivas e subjetivas – para efeitos da lei penal: 1. são circunstâncias objetivas as que dizem respeito à natureza, à espécie, aos meios, ao objeto, ao tempo, ao lugar, e a todas as outras modalidades da ação, à gravidade do dano e do perigo, ou às condições e qualidades pessoais do ofendido; 2. são circunstâncias subjetivas as que dizem respeito à intensidade do dolo ou ao grau da culpa, ou às condições e qualidades pessoais do culpado, ou às relações entre o culpado e o ofendido, ou que são inerentes à pessoa do culpado. As circunstâncias inerentes à pessoa do culpado referem-se à imputabilidade e à reincidência". As circunstâncias objetivas e as circunstâncias subjetivas não inerentes à pessoa do culpado comunicam-se a todos aqueles que concorrem para a prática delitiva (arts. 59 e 118, CP).

(11) VERGARA, Pedro. *Dos motivos determinantes no direito penal.* Rio de Janeiro : Forense, 1982, p. 563-564.

aumento ou de diminuição de pena; as circunstâncias legais especiais abarcam as qualificadoras e as causas de aumento ou de diminuição de pena.

3.1 Circunstâncias agravantes

Apenas recentemente as circunstâncias agravantes[12] alcançaram precisa sistematização, posto que durante largo tempo predominou o excessivo arbítrio judicial na agravação das sanções penais. Na atualidade, consagra-se a fixação taxativa das circunstâncias agravantes, vedando-se ao juiz a apreciação, como fator de exasperação da pena imposta, de circunstância não expressamente elencada nos textos legais.[13]

Alguns diplomas penais apresentam na parte geral rol relativamente casuístico das circunstâncias agravantes (art. 22, Código Penal espanhol; art. 61, Código Penal italiano – *circostanze aggravanti comuni*). Outros, ao contrário, optam por consignálas na parte especial, junto às figuras delitivas sujeitas à agravação, acompanhadas ou não, na parte geral, por fórmula de caráter amplo (*v.g.*, Código Penal português, art. 71; Código Penal francês).[14]

No que concerne ao Direito Penal brasileiro, previam o Código Criminal do Império de 1830 (arts. 16, 17 e 19) e o Código Penal de 1890 (arts. 39 e 41) elenco minuncioso das circunstâncias agravantes admissíveis.[15] O Código Penal de 1940, redação pretérita, listou as circunstâncias agravantes em seu artigo 44 e a nova redação conferida à Parte Geral em 1984 pouco alterou aquele tratamento. Cancelou-se redundante referência à "asfixia", de caráter meramente exemplificativo, já que é tida por insidiosa ou cruel essa espécie de meio, na execução do delito, e deu-se melhor redação ao disposto no artigo 44, II, *c*, ora assim enunciado no artigo 61, II, *e*: "em estado de embriaguez preordenada"; demais disso, no artigo 62, reproduz-se o texto do Código Penal de 1940, acrescentando-lhe, porém, como agravante, a ação de induzir outrem à execução material do crime (cf. Exposição de Motivos da Lei 7.209/84, itens 52 e 53).

As circunstâncias agravantes, quando presentes, devem ser obrigatoriamente

(12) No que tange à natureza jurídica das agravantes, a doutrina costuma apresentar as teorias que se seguem: a) teoria clássica ou objetiva: não leva em conta o estado anímico do autor, tendo a circunstância agravante caráter puramente real, material ou objetivo; b) teoria moderna ou subjetiva: defende o caráter subjetivo da circunstância agravante, que passa a ser tão-somente pessoal; e c) teoria eclética ou intermadiária: de acordo com essa orientação, não é possível estabelecer-se um critério geral, pois algumas circunstâncias têm matiz subjetivo e outras objetivo.

(13) Cf. VIDAL, G. & MAGNOL, J. *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*. Paris : Rousseau, 1928, p. 371.

(14) O Código Penal francês de 1994 não contém rol taxativo das circunstâncias agravantes, optando por consigná-las apenas na descrição de algumas infrações penais (*v.g.* arts. 222-3-9.º, 222-24, 311-4-6.º, CP). Todavia, disciplina na sua parte geral certas circunstâncias que importam maior agravação da pena imposta – reincidência (art. 132-8 a 132-11) – o que não exclui a apreciação pelo juiz de determinadas causas suscetíveis de alterar o *quantum* daquela, quando de sua individualização (*v.g.* reiteração de infrações penais).

(15) Ambos os estatutos previam a premeditação como circunstância agravante genérica (art. 16, § 8.º, Código Criminal do Império; art. 39, § 2.º, Código Penal de 1890) ou qualificadora no delito de homicídio (art. 294, § 1.º, CP de 1890), diversamente da disciplina adotada pelo Código Penal de 1940, que se abstém de qualquer referência àquela circunstância. O Código Penal italiano acolhe a premeditação como circunstância agravante especial do delito de homicídio (art. 577, n. 2.º); de semelhante, o Código Penal português designa a premeditação como qualificadora no delito de homicídio (art. 132, n. 2, al. g); o Código Penal francês, porém, além de agasalhar a premeditação como circunstância agravante genérica (art. 132-72), define como "assassinato" o homicídio qualificado praticado com premeditação (art. 221-3).

apreciadas pelo magistrado na segunda fase de aplicação da pena, salvo se constituírem ou qualificarem o crime – o contrário implicaria manifesto *bis in idem*. Dessa forma, por exemplo, não se aplicam as circunstâncias agravantes genéricas do artigo 61, II, alíneas *d* (com emprego de explosivo), *e* (contra descendente) *h* (contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida), aos delitos previstos nos artigos 251 (explosão), 125 (aborto provocado por terceiro) e 246 (abandono intelectual), respectivamente, por integrarem sua estrutura (elementares). De igual modo, também não se aplica a circunstância ínsita no art. 61, II, alínea *c* (à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido), ao crime gizado no artigo 121, § 2.º, IV, do CP (homicídio qualificado).

Passa-se, a seguir, ao exame das circunstâncias agravantes genéricas (art. 61) e das agravantes no caso de concurso de pessoas (art. 62) previstas no Código Penal.

3.1.1 Reincidência

O Código Criminal do Império de 1830 (art. 16, § 3.º) e o Código Penal de 1890 (art. 40) consagravam como circunstância agravante tão-somente a reincidência específica, ou seja, a prática de novo delito da mesma natureza do precedente.[16] O Código Penal de 1940 – redação pretérita – acolhia, ao lado da reincidência específica, a reincidência genérica (arts. 46 e 47), perfilhando ainda o sistema da perpetuidade da reincidência.

Com o advento da Lei 6.416/77 alterou-se a disciplina da reincidência, extinguindo a reincidência específica e limitando no tempo os efeitos da condenação anterior, a fim de não estigmatizar para sempre o condenado. Adotou-se o sistema da temporariedade ou da transitoriedade, de forma que a partir desse diploma deixou de prevalecer a condenação anterior, para efeito de reincidência, se decorrido período superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a da infração posterior.

De conformidade com o ordenamento jurídico-penal brasileiro, a reincidência perfaz-se pela prática de novo crime pelo agente, depois de transitada em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art. 63, CP). Não se exige o efetivo cumprimento da sanção penal imposta pelo delito precedente (reincidência ficta), bastando a condenação irrevogável. Para fins de reincidência, não prevalece a condenação anterior se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. Ademais, não se consideram os crimes militares próprios (art. 9.º, CPM) e políticos (art. 64, I e II, CP).

A reincidência, enquanto circunstância agravante, influi na medida da culpabilidade, em razão da maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e ilícita. Além de preponderar no concurso de circunstâncias agravantes (art. 67, CP), a reincidência impede a concessão da suspensão condicional da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou multa, na hipótese de crime doloso (cf. arts. 44, II; 60,

(16) Todavia, enquanto o Código Penal de 1830 não definia a expressão *delito da mesma natureza* (art. 16, § 3.º), o diploma de 1890 o fez em termos excessivamente restritos – "como tal entende-se, para os effeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo" (art. 40). Alvo de severas críticas doutrinárias, esse dispositivo sofreu substancial alteração com o advento do Código Penal de 1940, que no § 2.º do art. 46 conceituava os crimes da mesma natureza como "os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns".

§ 2.º e 77, I, CP); aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional, se dolosa (art. 83, II); obsta que o regime inicial de cumprimento da pena seja aberto ou semi-aberto, salvo em se tratando de pena detentiva (art. 33, § 2.º, *b* e *c*); produz a revogação obrigatória do *sursis* em condenação por crime doloso (art. 81, I) e a revogação facultativa, na hipótese de condenação por crime culposo ou por contravenção (art. 81, § 1.º); acarreta a revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade (art. 86), ou a revogação facultativa daquele benefício, em caso de crime ou contravenção, se não imposta pena privativa de liberdade (art. 87); revoga a reabilitação, quando sobrevier condenação a pena que não seja de multa (art. 95); aumenta de um terço o prazo prescricional da pretensão executória (art. 110, *caput*); interrompe a prescrição (art. 117, VI) e impede o reconhecimento de algumas causas de diminuição de pena (*v.g.* arts. 155, § 2.º; 170 e 171, § 1.º, CP) e a prestação de fiança, em caso de condenação por delito doloso (art. 323, III, CPP).

3.1.2 Motivo fútil e torpe

Tanto o Código Criminal do Império de 1830 (art. 16, § 4.º) como o Código Penal de 1890 (art. 39, § 4.º) consignavam como agravantes o motivo frívolo e o motivo reprovado. Tais expressões foram alteradas pelo Código Penal de 1940 – redação primitiva –, que acolhia como agravante a prática delitiva por motivo fútil ou torpe (art. 44, II, *a*). A nova Parte Geral do Código Penal não modificou os termos do dispositivo precedente (art. 61, II, *a*).

O motivo fútil e o motivo torpe são circunstâncias agravantes que determinam maior grau de culpabilidade. Figuram também como circunstâncias qualificadoras do delito de homicídio (art. 121, § 2.º, I e II, CP). *Motivo fútil* é aquele insignificante, flagrantemente desproporcional ou inadequado, se cotejado com a ação ou a omissão do agente. *Torpe* é o motivo abjeto, indigno e desprezível, que repugna ao mais elementar sentimento ético.[17] Exemplo emblemático é o homicídio praticado com o propósito de receber herança ou por vingança.

3.1.3 Conexão

Constitui circunstância agravante genérica a prática de um delito para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (art. 61, II, *b*), ainda que este não se realize. Também é prevista como circunstância qualificadora no delito de homicídio (art. 121, § 2.º, V, CP).

Pressupõe a existência de dois crimes, entre os quais há *conexão teleológica* (meio/fim) ou *conseqüencial* (causa/efeito).[18] A prática delitiva para facilitar ou assegurar a execução de outro crime (conexão teleológica) ou sua ocultação, impunidade ou vantagem (conexão conseqüencial) agrava a pena por ser maior a medida da culpabilidade.

3.1.4 Traição, emboscada, dissimulação

A traição pressupõe perfídia e deslealdade,[19] enquanto a emboscada correspon-

(17) Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, Vol. V, p. 164; SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal, parte geral*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950, t. II, p. 678; BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 109.

(18) Cf., entre outros, Carlo Fiore. *Diritto penale*. Torino: Utet, 1996, Vol. II, p. 28; G. Maggiore. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1971, Vol. II, p. 21; A. J. da Costa e Silva. *Código Penal*. São Paulo: Contasa, 1967, Vol. I, p. 251.

(19) A propósito, cabe dizer que as Ordenações Filipinas (Livro V, Título XXXVII) consignavam ser a aleivosia "huma maldade commettida atraiçoeiramente sob mostrança de

de ao ocultamento do agente, que clandestinamente aguarda a vítima com o propósito de surpreendê-la e agredi-la; por fim, a dissimulação é o "encobrimento dos próprios desígnios".[20]

A traição, a emboscada e a dissimulação são recursos que podem dificultar ou tornar impossível a defesa do ofendido, justificando a exasperação da pena por influírem diretamente na magnitude do injusto.[21] O fundamento dessa circunstância agravante reside na idéia de garantir a execução do delito, afastando eventual defesa da vítima, o que demonstra maior gravidade do desvalor da ação. Como hipóteses nas quais é possível a aplicação da agravante insculpida no art. 61, II, *c*, do CP – também arrolada como qualificadora (art. 121, § 2.º, IV, CP) –, mencionem-se o uso de disfarce, o ataque de surpresa, inesperado, sorrateiro, que colhe a vítima de costas ou dormindo, obstando sua pronta reação.[22]

3.1.5 Meio insidioso ou cruel

Configura agravante genérica (art. 61, II, *d*) – além de qualificadora prevista no artigo 121, § 2.º, III, Código Penal – a prática de delito com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum. A agravante em análise já constava da legislação pretérita,[23] sendo que a nova Parte Geral do Código Penal procedeu à supressão do termo "asfixia", por entender, acertadamente, que este se encontra englobado na expressão "ou outro meio insidioso ou cruel".

O *meio insidioso* é aquele dissimulado em sua eficiência maléfica; o *meio cruel*, o que aumenta inutilmente o sofrimento da vítima, ou revela uma brutalidade fora do comum, em contraste com o mais elementar sentimento de piedade (cf. Exposição de Motivos do Decreto-lei 2.848/40, item 38). Trata-se de circunstância agravante de natureza mista, que influi diretamente na medida do injusto e da culpabilidade, já que é maior o desvalor da ação, pelo modo ou forma de sua realização, desta e também maior a gravidade da culpabilidade, pois implica a disposição de ânimo cruel ou insidiosa.

3.1.6 Crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge

Consiste em circunstância agravante a prática do delito contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge (art. 61, II, *e*).[24] O parentesco em questão compreen-

amizade, e commette-se, quando alguma pessoa sob mostrança de amizade mata, ou fere, ou faz alguma offensa ao seu amigo, sem com elle ter rixa, nem contenda...", acrescentando que nos casos "em que se commetter esta maldade atraiçoada e aleivosamente, a pena corporal será muito mais grave e maior, do que se daria em outro semelhante maleficio, em que tal qualidade de aleivosia não houvesse". O Código Criminal de 1830 listava como agravantes a prática do delito mediante emboscada, surpresa e disfarce (art. 16, §§ 12, 15 e 16), enquanto o Código Penal de 1890 aduzia àquelas circunstâncias a traição (art. 39, §§ 7.º e 8.º).

(20) LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1958, Vol. II, p. 297.

(21) No sentido do texto, Cerezo Mir, op. cit., p. 352 e 377; Mir Puig, op. cit., p. 571-572.

(22) Vide HUNGRIA, op. cit., p. 168-169; LYRA, R., op. cit., p. 297-298; BRUNO, Aníbal, op. cit., p. 111.

(23) De fato, refere-se o Código Criminal de 1830 à prática do delito "com veneno, incendio ou inundação" (art. 16, § 2.º); o Código Penal de 1890 elenca como agravante "ter o delinquente commettido o crime por meio de veneno, substancias anesthesicas, incendio, asphyxia ou inundação" (art. 39, § 3.º) e o Código Penal de 1940 – redação anterior – reporta-se ao "emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum (art. 44, II, *e*).

(24) O Código Criminal do Império agravava a pena pelo fato de "haver no offendido a qualidade de ascendente, mestre ou superior do

de o legítimo (resultante do casamento) e o ilegítimo (união livre ou extralegal), o natural (consangüíneo) e o civil (adoção).

A circunstância agravante de parentesco determina maior gravidade do injusto, do desvalor da ação, por transgressão dos deveres inerentes à relação de parentesco ou por sua simples ignorância.[25]

3.1.7 Abuso nas relações de dependência, intimidade ou hospitalidade

É prevista como circunstância agravante a prática do delito com abuso de autoridade, ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade (art. 61, II, *f*).[26] O abuso de autoridade ocorre quando o agente excede ou faz uso ilegítimo do poder de fiscalização, assistência, instrução, educação ou custódia derivado de relações familiares, de tutela, de curatela ou mesmo de hierarquia eclesiástica. *Relações domésticas* são aquelas que se travam entre os membros de uma mesma família, freqüentadores habituais da casa, amigos, assalariados; a *coabitação* é um estado de fato, pelo qual duas ou mais pessoas convivem no mesmo lugar; a *hospitalidade* é a coabitação temporária, mediante consentimento tácito ou expresso do hospedante (*v.g.*, pernoite, visitas, convites para refeição).[27]

Tal hipótese implica maior gravidade do injusto, particularmente do desvalor da ação, se o aproveitamento, pelo agente, das relações de dependência, intimidade ou hospitalidade visa a debilitar a defesa da vítima. Ademais, essa agravante baseia-se em considerações político-criminais, pois o sujeito ativo pode prevalecer-se consciente e voluntariamente das referidas relações também – ou unicamente – para favorecer sua impunidade.[28]

delinquente, ou qualquer outra que o constitua a respeito deste em razão de pai" (art. 16, § 7.º), circunstância essa que integrava a descrição da conduta típica no delito de homicídio (art. 192). O Código Penal de 1890, de modo mais amplo, arrola como agravante a prática do delito "contra ascendente, descendente, cônjuge, irmão, mestre, discipulo, tutor, tutelado, amo, domestico, ou de qualquer maneira legitimo superior ou inferior do agente" (art. 39, § 9.º), também contida na descrição do delito de homicídio (art. 294, § 1.º). A fórmula atual procede do Código Penal de 1940 – redação pretérita – que exclui do crime de homicídio qualquer referência à relação de parentesco, sequer como qualificadora. O parricídio é agasalhado pelo Código Penal italiano, sendo apenado com pena de morte ou prisão perpétua (ergástulo) – arts. 576, n. 2, e 577, n. 1, respectivamente; pelo Código Penal português (art. 132, n. 2, al.a) e pelo Código Penal francês (art. 221-4, n. 2).

(25) O parentesco, pelo Código Penal espanhol, constitui circunstância de caráter misto, ou seja, pode atenuar ou agravar a responsabilidade segundo a natureza, os motivos e os efeitos do delito, sendo a vítima cônjuge ou pessoa a quem se encontre ligado de forma estável por análoga relação de afetividade, ascendente, descendente ou irmão por natureza, por adoção ou por afinidade nos mesmos graus do ofensor (art. 23). Quando apreciado como agravante, o parentesco implica maior gravidade do injusto; de outra parte, se considerado como atenuante, implica menor culpabilidade. Nesse caso, o maior desvalor da ação se vê não apenas compensado, mas também superado pela mais intensa culpabilidade.

(26) Esse dispositivo tem por fonte inspiradora o art. 61.11 do Código Penal italiano de 1930, que preceitua: "Agravam o delito, quando não são elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes especiais, as circunstâncias seguintes: (...) 11. ter cometido o fato com abuso de autoridade ou de relações domésticas, ou com abuso de relações de ofício, de prestação de serviço, de coabitação ou de hospitalidade".

(27) Cf. LYRA, R., op. cit., p. 304-306; SIQUEIRA, Galdino, op. cit., p. 697-699.

(28) Argumenta Aníbal Bruno que "o que fundamenta a exasperação da pena, nessas circunstâncias, é, desde logo, que o agente transforma em agressão o que cumpria ser apoio e assistência. E, como aquela atitude de solidariedade e auxílio era o que devia haver nessas situações, o agente viola a confiança natural em que se encontra a vítima, o que lhe diminui a defesa, facilitando a execução da ação cri-

3.1.8 Abuso de poder ou violação de dever

A agravante prevista no artigo 61, II, *g*, do Código Penal refere-se ao fato de ter o agente cometido o crime com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério (exercício de atividades religiosas) ou profissão (atividade especializada, remunerada, intelectual ou técnica).[29]

Cuida-se de circunstância que opera sobre a medida do injusto, demonstrando maior desvalor da ação. Exige um elemento objetivo – maior facilidade ou menor risco para a prática do delito – e um elemento subjetivo – uso (consciente e voluntário) ilegítimo ou além dos limites legais do poder inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.

3.1.9 Crime contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida

Acolhida em termos mais restritos pela legislação pretérita,[30] a agravante insculpida no artigo 61, II, *h*, do Código Penal refere-se ao delito perpetrado contra criança, velho, enfermo ou "mulher grávida". A Lei 9.318/96 ampliou o antigo rol, acrescendo-lhe de modo imediato a "mulher grávida" e, de modo mediato, o ser em gestação.

Trata-se de circunstância que atua sobre a magnitude do injusto, implicando maior desvalor da ação, já que a qualidade da vítima afasta a possibilidade de uma efetiva reação à ação criminosa e, conseqüentemente, aumenta a probabilidade de produção do resultado delitivo. Assim, o aumento do desvalor da ação está calcado não apenas na presumida vulnerabilidade da vítima, na desproporção de forças entre sujeito ativo e passivo e no prevalecimento voluntário e consciente pelo agente de tal superioridade, mas também na maior periculosidade da ação.

3.1.10 Ofendido sob proteção da autoridade

De acordo com o disposto no artigo 61, II, *i*, do Código Penal agrava-se a pena imposta pelo crime cometido quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade.[31] Tal circunstância agravante demonstra, de modo inequívoco, o desrespeito do agente para com a autoridade a quem estava confiada a vítima. Estão sob imediata proteção da autoridade, por exemplo, o preso, o doente mental recolhido a estabelecimento oficial, o estudante que atravessa a rua após interrom-

minosa e favorecendo a segurança do seu autor" (*Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. III, p. 128-129).

(29) A exemplo da agravante anterior, também essa colheu inspiração no Código Penal italiano, art. 61.9, que dispõe: "Agravam o delito, quando não são elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes especiais, as circunstâncias seguintes: (...) 9. ter cometido o fato com abuso de poderes, ou com violação dos deveres inerentes a uma função pública ou a um serviço público, ou na qualidade de ministro de um culto".

(30) Com efeito, o Código Criminal do Império consignava como agravante "ter o delinquente faltado ao respeito devido á idade do offendido, quando este fôr mais velho, tanto que possa ser seu pai" (art. 16, § 5.º); o Código Penal de 1890, a seu turno, listava entre as circunstâncias agravantes o fato de "ter sido o crime commettido faltando o delinquente ao respeito devido á idade, ou á enfermidade do offendido" (art. 39, § 15). Somente com o advento do Código Penal de 1940 – redação anterior – tal cláusula foi devidamente esclarecida e ampliada, passando a abranger os delitos praticados "contra criança, velho ou enfermo" (art. 44, II, *i*).

(31) Essa circunstância foi introduzida no ordenamento jurídico-penal pátrio pelo Código Penal de 1890 (art. 39, § 16) e agasalhada pelos estatutos subseqüentes (art. 44, II, *j*, CP de 1940, texto anterior).

pido o tráfego pelo guarda de trânsito para esse fim.[32]

A agravante em tela influi na medida da culpabilidade, por ser maior a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita perpetrada contra vítima que se encontra em particular situação de garantia.

3.1.11 Calamidade pública ou desgraça particular

Conduz à exasperação da pena imposta a prática criminosa em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido (art. 61, II, *j*).[33]

Essa circunstância implica maior gravidade do injusto, de modo a agravar o desvalor da ação, dado que a produção do resultado delituoso revela-se mais provável. Faz-se necessário que o agente tenha se aproveitado, de modo consciente e voluntário, da ocasião ou do momento particularmente difícil em que se encontra a vítima, com o fim de dificultar sua defesa. Tal agravante também se fundamenta em razões político-criminais, pois o agente pode prevalecer-se das circunstâncias não apenas para debilitar a defesa da vítima, mas também para facilitar sua impunidade. Como bem se assevera, quando o crime "é praticado em uma ocasião calamitosa, é mais fácil sua execução e mais difícil a intervenção oportuna dos membros das forças ou corpos de segurança. A defesa da vítima é debilitada e a impunidade do delinqüente também é favorecida, pois é mais custosa sua identificação e detenção".[34]

3.1.12 Embriaguez pré-ordenada

Há a agravante prevista no artigo 61, II, *l*, quando o agente pratica o delito em estado de embriaguez pré-ordenada. A embriaguez pré-ordenada é a embriaguez voluntária, espécie de embriaguez não acidental. Tal circunstância denota maior reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, atuando assim sobre a medida da culpabilidade.[35]

3.1.13 Agravantes no concurso de pessoas

Dispõe o artigo 62 do Código Penal[36] que a pena será ainda agravada em relação ao agente que:

a) promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;[37]

(32) LYRA, R., op. cit., p. 312. Ainda nesse diapasão, acrescenta Costa e Silva que "o linchamento de um indivíduo que vai sendo conduzido por agentes da força pública é um exemplo típico de homicídio perpetrado com essa circunstância" (op. cit., p. 257).

(33) A circunstância agravante em questão já constava do Código Penal de 1890 (art. 39, § 18), não sofrendo nenhuma alteração pelas leis posteriores.

(34) CEREZO MIR, op. cit., p. 388. De fato, "em geral, é mais fácil encontrar desprevenida a vítima. A perfídia do agente avulta: a apuração do fato é mais difícil, a prova é precária, pois que as atenções não se prendem aos dramas individuais, quando toda uma coletividade padece" (GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo : Max Limonad, 1975, Vol. I, t. II, p. 551).

(35) A agravante em exame – tipo clássico da *actio libera in causa* – perfaz-se quando o agente "deliberadamente se embriaga para criar condições psíquicas favoráveis ao crime, animando-se de coragem ou sufocando os resíduos de resistência ao impulso criminoso, ou para acobertar-se com uma atenuante ou dirimente" (Aníbal Bruno, op. cit., p. 126).

(36) O art. 62 reproduz, em linhas gerais, o outrora disposto no art. 45 da Parte Geral do Código Penal de 1940. Todavia, a participação de menor importância, antes prevista como circunstância atenuante genérica (art. 48, II), passou a constar como causa especial redutora obrigatória de pena (art. 29, § 1.º, CP).

(37) A promoção deve ser interpretada de modo amplo, isto é, "o que move a favor de sua

b) coage (coação irresistível ou resistível) ou induz (insinua, inspira) outrem à execução material do crime;

c) instiga (reforça a idéia delituosa) ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

d) executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.[38]

Todas as circunstâncias agravantes acima relacionadas importam maior reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, ou seja, operam sobre a medida da culpabilidade, agravando-a.

3.2 Circunstâncias atenuantes

A exemplo das circunstâncias agravantes, o reconhecimento das circunstâncias atenuantes foi inicialmente dominado pelo desmedido arbítrio judicial na dosimetria da pena. Com o Código Penal francês de 1791, porém, houve substancial circunscrição dos poderes conferidos aos magistrados na aplicação da sanção penal.

O sistema implantado por aquela codificação consagrava uma exagerada rigidez na imposição das penas – previamente fixadas e insuscetíveis de aumento ou diminuição por parte do julgador. Com o propósito de mitigar o excesso de legalismo então vigente, o Código Penal francês de 1810 atribuiu maior relevo à idéia de individualização judicial da pena, permitindo sua atenuação ou agravação. Assim, estavam previstas naquele estatuto escusas e circunstâncias atenuantes. As *escusas* – legalmente previstas (*pas d'excuse sans texte*) – ora ensejavam a redução da pena (escusas atenuantes), ora importavam sua completa supressão (escusas absolutórias); as *circunstâncias atenuantes*, por sua vez, eram legalmente descritas apenas quanto aos seus efeitos, já que as hipóteses de aplicação restavam a critério do juiz.

Já o Código Penal francês de 1994 suprimiu as circunstâncias atenuantes. Subsiste apenas a indulgência do juiz (art. 132-18, CP). As antigas escusas (causas de indulgência do legislador) deram lugar às causas legais de isenção de pena (*v.g.* arts. 414-2, 422-1, 442-9, CP) e às causas legais de diminuição de pena (*v.g.*, arts. 222-43, 422-2, 442-10, CP). A menoridade é causa geral de diminuição de pena, correspondendo no sistema francês a uma presunção de responsabilidade atenuada (cf. Ordonnance de 02.02.1945, arts. 20-2 e 20-3).[39]

O tratamento conferido às circunstâncias atenuantes varia segundo as diversas legislações. De conseguinte, se o sistema francês confere ao magistrado amplos poderes na determinação da pena, alguns códigos adotam as denominadas atenuantes específicas, por vezes sujeitas a ampliação em razão de uma fórmula de caráter geral, que permite a admissão de circunstâncias outras não previstas na lei (*v.g.*, art. 72, Código Penal português; arts. 62 e 62-bis, Código Penal espanhol; art. 21, Código Penal italiano).

No que respeita à disciplina perfilhada pelo Direito Penal brasileiro, tem-se que do Código Criminal do Império de 1830 (arts. 18 e 19) e do Código Penal de 1890

finalidade uma idéia, traça um plano, convida parceiros, chama alguém, ajusta com terceiros, dá conselhos ou exorta a quem deva praticar o delito, atribui a alguém o mandato, para a sua prática, todas essas situações são perfeitamente adequadas àquele que promove a cooperação" (Pedro Vergara. *Das penas principais e sua aplicação*. Rio de Janeiro : Editec, 1948, p. 358).

(38) O Código Criminal do Império assinalava como agravante "ter o delinquente commettido o crime por paga ou esperança de alguma recompensa" (art. 16, § 11); o Código Penal de 1890, por sua vez, listava como agravante o fato de "ter o delinquente commettido o crime por paga ou promessa de recompensa" (art. 39, § 10).

(39) Cf. PRADEL, Jean. *Droit pénal général*. Paris : Cujas, 1995, p. 714 *et seq.*

(art. 42) constavam listas taxativas das circunstâncias atenuantes passíveis de reconhecimento. De semelhante, também o Código Penal de 1940 fixava o elenco das circunstâncias atenuantes (art. 48), posteriormente modificado pela nova redação dada à Parte Geral do Código Penal em 1984. Assim, a fim de afastar dúvidas, tornou-se expresso que a atenuante da menoridade será aferida na data do fato e a da velhice, na data da sentença; incluiu-se no rol o "desconhecimento da lei" e, na letra *c*, a hipótese de quem age em cumprimento de ordem superior; beneficia-se, como estímulo à verdade processual, o agente que confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, sem a exigência outrora constante do Código Penal de 1940 (redação primitiva) de ser a autoria "ignorada ou imputada a outrem"; por fim, instituiu-se, no art. 66, circunstância atenuante genérica e facultativa,[40] que permite ao juiz considerar circunstância relevante ocorrida antes, durante ou após o crime, para fixação da pena (cf. Exposição de Motivos da Lei 7.209/84, item 55).

As circunstâncias atenuantes, embora de aplicação obrigatória, não incidem quando já presentes como causas especiais de diminuição de pena. Logo, inaplicável a atenuante prevista no artigo 65, III, *a* (ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral), ao delito do artigo 121, § 1.º, do Código Penal (homicídio privilegiado), por exemplo.

(40) Ante dispositivo semelhante contido no art. 62-bis do Código Penal italiano, observa-se que o mesmo encontra justificativa "no reconhecimento, por parte do direito positivo, da impossibilidade de prever com antecipação sob a forma de lei, vale dizer, de maneira geral e abstrata, as infinitas situações nas quais uma circunstância, vinculada ao caso concreto, revela um valor atenuante que não pode escapar ao direito sem comprometer sua função de norma adequada e proporcionada à realidade da vida" (Michele Massa. *Le attenuanti generiche*. Napoli : Jovene, 1959, p. 15).

Nesse passo, procede-se à análise das circunstâncias atenuantes genéricas constantes do Código Penal brasileiro.

3.2.1 Menoridade

O artigo 65, I, do Código Penal prevê como circunstância atenuante genérica o fato de ser o agente menor de 21, na data do fato, ou maior de 70 anos, na data da sentença. Prevalece a menoridade, ainda que tenha se operado a cessação da incapacidade pela emancipação (art. 9.º, § 1.º, CC). A atenuante em tela atua sobre a medida da culpabilidade, por ser menor a censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita.

3.2.2 Desconhecimento da lei

Embora seja inescusável o desconhecimento da lei (art. 21, *caput*, CP), o erro de vigência (*ignorantia legis*) – sobretudo em razão do vasto número de diplomas legais existentes – conduz à atenuação da pena, por ser menor a magnitude da culpabilidade (art. 65, II).

3.2.3 Motivo de relevante valor social ou moral

O fato de ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral constitui circunstância atenuante genérica, insculpida no artigo 65, III, *a*, do CP. [41] O *motivo de relevante valor*

(41) Inspirou-se o legislador pátrio no Código Penal italiano, que estatui, em seu art. 62.1: "Atenuam o delito, quando não são elementos constitutivos ou circunstâncias atenuantes especiais, as circunstâncias seguintes: 1. ter agido por motivos de particular valor moral ou social". Ao tecer comentários sobre o dispositivo, esclarece Maggiore que "a lei se limita a fixar o paradigma desses motivos, evitando descer a uma casuística perigosa. Cabe ao juiz – expressão da consciência histórica – reconhecer, com prudente arbítrio, o particular valor moral dos motivos para delinqüir, aplicando-lhes a atenuante" (op. cit., p. 35).

social ou moral significa "o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria etc." (Exposição de Motivos do Decreto-lei 2.848/40, item 39).[42]

A motivação de relevante valor social ou moral atenua a pena, em virtude da menor reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita.

3.2.4 Arrependimento

Duas são as hipóteses de arrependimento ativo previstas como circunstância atenuante no artigo 65, III, *b*, do Código Penal, a saber:

a) ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências: a eficiência, *in casu*, refere-se ao esforço feito pelo agente para reduzir as conseqüências da conduta delituosa, e não ao resultado efetivo de seu intento. Diversamente do arrependimento eficaz (art. 15, 2.ª parte, CP) – causa pessoal de exclusão de pena –, a configuração da atenuante em análise não exige o sobrestamento da produção do resultado pelo agente. Também não se confunde com o arrependimento posterior – causa obrigatória de diminuição da pena –, aplicável antes do recebimento da denúncia ou da queixa (art. 16, CP);

b) ter o agente, antes do julgamento, reparado o dano.

Em ambos os casos, a atenuante em questão influi na medida da culpabilidade, determinando sua redução. Demais disso, baseia-se em considerações de política criminal (exigências de prevenção especial, favorecimento da administração da justiça e proteção à vítima do delito).

3.2.5 Coação resistível, cumprimento de ordem de autoridade superior ou influência de violenta emoção

A coação irresistível, quando física (*vis absoluta*), exclui a ação, e quando moral (*vis compulsiva*), a culpabilidade (art. 22, 1.ª parte, CP). Todavia, se resistível a coação – física ou moral –, haverá atenuação da pena (art. 65, III, *c*). De semelhante, o estrito cumprimento de ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, afasta a culpabilidade por inexigibilidade de outra conduta (art. 22, 2.ª parte, CP). Sendo a ordem manifestamente legal, o agente será beneficiado pela atenuante em análise. Por fim, embora a emoção ou a paixão não excluam a imputabilidade (art. 28, I, CP), atenua-se a pena na hipótese de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

Em todos os casos previstos nessa alínea, a pena sofrerá redução por ser menor a medida da culpabilidade, ou seja, o grau de censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita.

3.2.6 Confissão espontânea

Está estabelecido, como circunstância atenuante genérica, o fato de ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime (art. 65, III, *d*).

Tal circunstância baseia-se fundamentalmente em considerações político-cri-

(42) Agregue-se, a propósito, que o "motivo humanitário ou de compaixão, característica altruísta e solidária geralmente comum a todas as variedades de eutanásia analisadas" (eutanásia pura ou genuína, indireta, passiva e ativa, salvo na hipótese de eutanásia eugenésica e socioeconômica) "faz com que o fato seja penalmente menos reprovável ao seu autor, sempre que resulte plenamente comprovado, independentemente de ter ou não mediado o requerimento da vítima" (Carlos María Romeo Casabona. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana.* Madrid: Centro de Estudios Ramóm Areces, 1994, p. 472).

minais (*v.g.* exigências da prevenção especial, favorecimento da administração da justiça); quando movido o agente pelo arrependimento, sua conduta será também indício de menor gravidade da culpabilidade.

3.2.7 Influência de multidão em tumulto

Tem-se epigrafada no artigo 65, III, *e*, do Código Penal, como agravante, a prática de crime sob a influência de multidão em tumulto, se não provocado pelo próprio agente.[43] Também aqui haverá nítida influência sobre a medida da culpabilidade, atenuada pela menor reprovabilidade da conduta.

Por último, resta destacar que, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art. 67, CP). Isso significa que se confere maior relevo às circunstâncias que influem na medida da culpabilidade, agravando ou atenuando a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita (*v.g.* menoridade, reincidência, motivo fútil, torpe, de relevante valor social ou moral). Todavia, na hipótese de concurso de circunstâncias agravantes ou atenuantes que atuem sobre a magnitude da culpabilidade, essa preponderância deverá ser aferida mediante cuidadosa análise do caso concreto.[44]

(43) O Código Penal de 1940, redação primitiva, sob a influência do art. 62.3 do Código Penal italiano, exigia para o reconhecimento dessa atenuante dois requisitos suplementares: a licitude da reunião e a não-reincidência do réu (art. 48, IV, *e*).

(44) Em se tratando de circunstâncias – agravantes ou atenuantes – manifestamente incompatíveis, tem-se "uma situação similar à do concurso de leis: uma das circunstâncias abarca a totalidade dos aspectos que determinam uma maior ou menor gravidade do injusto ou da culpabilidade" (Cerezo Mir, op. cit., p. 356, nota 37).

4. Causas de aumento e de diminuição de pena

As causas de aumento e de diminuição de pena são circunstâncias legais genéricas (*v.g.*, arts. 14, parágrafo único; 26, parágrafo único; 70; 71, CP) ou específicas (*v.g.*, arts. 121, § 1.º; 127; 146, § 1.º, CP), conforme estejam descritas na Parte Geral ou na Parte Especial do Código Penal.

As majorantes e minorantes podem ser definidas como fatores de aumento ou de redução da pena que ora se apresentam em quantidades fixas (*v.g.*, arts. 168, § 1.º; 258; 333, par.ún. 339, § 2.º, CP), ora variáveis (*v.g.*, arts. 14, par.ún.; 24 § 2.º; 265, par.ún., CP). Distinguem-se das circunstâncias agravantes e atenuantes, já que se localizam tanto na Parte Geral como na Parte Especial do Código Penal e estabelecem o *quantum* de exasperação ou redução da pena, permitindo-se como regra geral o aumento ou diminuição desta para além ou aquém dos limites máximo e mínimo abstratamente previstos.

5. Qualificadoras

As qualificadoras são circunstâncias legais presentes na Parte Especial do Código Penal, que não se confundem com as agravantes. Estas se encontram na Parte Geral do Código Penal e não estipulam o *quantum* do aumento, que fica a critério do prudente arbítrio judicial; as circunstâncias qualificadoras, ao contrário, modificam as margens penais previstas no tipo básico (*v.g.*, arts. 121, § 2.º; 129, §§ 1.º e 2.º; 155, § 4.º; 289, § 3.º; 342, § 1.º, CP). De outro lado, cumpre distinguir as qualificadoras das causas de aumento de pena, gerais ou especiais: nestas não são previstos limites penais (mínimo e máxi-

mo), mas um determinado *quantum* de aumento da pena, fixo ou variável; naquelas, porém, há a cominação de nova pena – tipo derivado – com limites mínimo e/ou máximo distintos do tipo básico ou fundamental.

Além disso, enquanto as qualificadoras estabelecem os marcos penais para o cálculo da pena-base, as causas de aumento e de diminuição, quando presentes, atuam na terceira fase de determinação judicial da pena.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.6

A JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR NA OBRA DE LUIGI FERRAJOLI: ALGUMAS OBSERVAÇÕES CRÍTICAS

PAULO QUEIROZ

"O abolicionismo penal, muito além de suas intenções libertárias e humanitárias, se configura, por tudo isso, como uma utopia regressiva que, sob pressupostos ilusórios de uma sociedade boa e de um Estado bom, apresenta modelos em realidade desregulados ou autorregulados de vigilâncias e/ou castigos face aos quais é o direito penal – com seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – é ele que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista" (Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 341).

SUMÁRIO: 1. Fundamento do direito de punir – 2. O modelo de direito penal mínimo e garantista – 3. Crítica – Anexo.

Resumo: Crítica à obra "Derecho y Razón" de Luigi Ferrajoli, questionando especialmente a eficácia preventiva do Direito Penal. Segue resposta do autor italiano às críticas feitas.

Palavras-chave: Garantismo penal; Prevenção geral; Direito de punir; Repressão penal.

1. Fundamento do direito de punir

Para Ferrajoli, que define o direito penal como uma *técnica de definição, comprovação e repressão da desviação*,[1] o único fim que pode e deve perseguir, legitimamente, o Estado, por meio da pena, é a prevenção geral negativa. Mas não apenas a prevenção de futuros delitos, como sói enfatizar as doutrinas utilitárias tradicionais. Em seu "utilitarismo reformado", com efeito, Ferrajoli dá especial ênfase à prevenção de penas informais, isto é, à prevenção de possíveis reações públicas ou privadas arbitrárias, que podem resultar da ausência ou omissão do sistema penal.

Assinala, assim, que a pena não serve só para prevenir os injustos delitos, senão também os castigos injustos; que não se ameaça com ela e se a impõe só *ne peccetur*, senão também *ne punietur*, que não tutela só a pessoa ofendida pelo delito, e sim também ao delinqüente, frente às reações informais, públicas ou privadas.[2]

Confere-se-lhe (ao direito penal), portanto, uma dupla função preventiva, ambas de signo negativo: prevenção de futuros delitos e prevenção de reações arbitrárias, partam do particular ou do próprio Estado. Privilegia, porém, seu modelo de justificação do direito penal, essa segunda função, que considera como "fim fundamental" da pena. E isso porque, primeiro, Ferrajoli duvida,[3] por um lado, da efetiva

(1) *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Ibáñez e outros. Madrid : Trotta, 1995, p. 209.

(2) Idem, p. 332.

(3) Escreve, com efeito, textualmente: "Em rigor, qualquer delito cometido demonstra que a pena prevista para ele não foi suficiente para preveni-lo e que para tal fim seria necessário

idoneidade do direito penal para prevenir delitos futuros; duvida, enfim, da eficácia dissuasória da intervenção penal; e, por outro, acredita que seja a norma penal mais eficaz ou mais adequada para cumprir essa segunda tarefa (de prevenção de reações informais), "ainda quando com penas modestas ou pouco mais que simbólicas";[4] segundo, porque só esse segundo fim é, ao seu ver, necessário e suficiente para fundamentar um modelo de direito penal mínimo e garantista; finalmente, porque só a tutela do inocente e a minimização da reação ao delito servem para distinguir o direito penal de outros sistemas de controle social – policial, disciplinário, terrorista etc.

Considera, por outro lado, que enquanto a prevenção geral de delitos determina o "limite mínimo" das penas, a prevenção de penas arbitrárias ou desproporcionadas – vinganças, abusos de poder etc. – determina o "limite máximo" da pena. Com efeito, uma, a prevenção geral de crimes, reflete o interesse da maioria não-desviada; a outra, a prevenção de reações sem controle, o interesse do réu e de todo aquele que é suspeito ou acusado como tal. E esses fins e interesses, é certo, entram em conflito, e são seus portadores as partes no processo penal contraditório: a acusação, interessada na defesa social e, por conseguinte, em maximizar a prevenção e o castigo aos delitos; e a defesa, interessada na defesa individual e, portanto, em maximizar a prevenção das penas arbitrárias.[5] E o direito penal nasce, assim, da necessidade política e social de administrar esse conflito de interesse, objetivando controlar a violência (minimizá-la) e coibir o arbítrio.[6]

Ferrajoli – que propugna pela abolição gradual das penas privativas de liberdade, por lhe parecerem excessiva e inutilmente aflitivas – se opõe, doutra parte, à idéia de ressocialização ou reeducação por meio da pena. Porque o Estado – afirma – que não tem o direito de forçar os cidadãos a não serem malvados, senão só o de impedir que se danem entre si, tampouco tem o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar ou outras idéias semelhantes – a personalidade dos réus. E o cidadão, embora tenha o dever jurídico de não cometer fatos delitivos, tem, no entanto, o direito de ser interiormente malvado e de seguir sendo o que é. As penas, por conseguinte, conclui ele, não devem perseguir fins pedagógicos ou correcionais, senão que devem consistir em sanções taxativamente predeterminadas, e não agraváveis com tratamentos diferenciados e personalizados do tipo ético ou terapêutico.[7]

Em conclusão: a lei penal representa, no seu sentir, a "lei do mais débil (ou mais fraco)" – débil, quando ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como débil, quando ofendido ou ameaçado pela vingança –, lei do mais débil que se dirige, assim, à proteção dos direitos fundamentais destes contra a violência arbitrária do mais forte. Portanto, fim geral do direito penal é, segundo Ferrajoli, impedir que os indivíduos façam justiça por suas próprias mãos, ou, ainda, minimizar ou controlar a violência.

Dito mais claramente: ao monopolizar a força, delimitar seus pressupostos e modalidades e excluir seu exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados, a proibição e a ameaça penais protegem as

uma maior" (...). É duvidosa a idoneidade do direito penal para satisfazer eficazmente a primeira (a prevenção geral de delitos) – não se podendo ignorar as complexas razões sociais, psicológicas e culturais dos delitos, certamente não neutralizáveis mediante o mero temor das penas". Ibidem, p. 332-334.

(4) Ibidem, p. 334.

(5) Ibidem, p. 334.

(6) O direito penal, ressalta Ferrajoli, nasce precisamente no momento em que a relação bilateral parte ofendida/ofensor é substituída por uma relação trilateral em que se situa numa posição de terceiro e imparcial uma autoridade judicial. Ibidem, p. 332-333.

(7) Ibidem, p. 223-224.

possíveis partes ofendidas contra os delitos, enquanto que a imposição da pena protege os réus e inocentes suspeitos de crime, contra vinganças ou reações arbitrárias públicas ou privadas. As duas finalidades preventivas – prevenção de delitos e de penas arbitrárias – estão assim conectadas entre si sobre esta base: legitimam conjuntamente a "necessidade política" do direito penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais.[8]

2. O modelo de direito penal mínimo e garantista

No entanto, semelhante discurso não é capaz de impedir, por si só, um modelo máximo de direito penal.

Não é isso que pretende o "minimalista" Ferrajoli, evidentemente; antes, se insurge enfaticamente contra tal tendência. Para ele, o direito penal *ideal,* por assim dizer, em face da exigência de *certeza* e *razão* que devem presidir a intervenção do Estado, é necessariamente um modelo de direito penal que represente a um tempo o máximo de bem-estar possível para os não-desviados (os não-delinqüentes) e o mínimo de mal-estar para os desviados (os delinqüentes),[9] modelo que corresponde, assim, a um meio termo entre um modelo máximo de direito penal e o abolicionismo penal: um modelo de direito penal mínimo, enfim.

Por "direito penal mínimo" considera um direito penal maximamente condicionado e maximamente limitado, isto é, limitado às situações de absoluta necessidade – "pena mínima necessária" –, que corresponda, assim, não só ao máximo grau de tutela de liberdade dos cidadãos frente à potestade punitiva do Estado, senão também a um ideal de racionalidade e de certeza, razão pela qual não terá lugar a intervenção penal sempre que sejam incertos ou indeterminados os seus pressupostos.[10] E, por "garantismo", a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda que contra interesses da maioria, é o fim justificador do direito penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade, das proibições e dos castigos, a defesa dos débeis mediante regras iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, garantia de sua liberdade mediante o respeito de sua verdade.[11] Esse sistema assim mínimo de garantias do cidadão frente ao poder punitivo do Estado é representado pela adoção (ou manutenção ou aperfeiçoamento) de 10 garantias – garantias clássicas – penais fundamentais.

Ei-las: 1. princípio de retributividade ou da sucessividade da pena frente ao delito; 2. princípio da legalidade; 3. princípio da necessidade ou de economia do direito penal; 4. princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; 5. princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6. princípio de culpabilidade ou de responsabilidade pessoal; 7. princípio da jurisdição; 8. princípio acusatório; 9. princípio de verificação; 10. princípio do contraditório ou ampla defesa.[12] Por esse modelo garantista, exige-se, como pressuposto necessário de toda e qualquer punição, o prévio cometimento de um delito, sua previsão por lei como tal, necessidade estrita de sua proibição e punição, efeitos lesivos para terceiros, o caráter exterior ou material da ação criminosa, a imputabilidade e culpabilidade do autor, e, ainda, sua prova empírica levada por uma acusação ante um juiz imparcial em processo público e

(8) Ibidem, p. 335.

(9) Ibidem, p. 332.

(10) Ibidem, p. 104.

(11) Ibidem, p. 336.

(12) Ibidem, p. 93. Respectivamente: *1. Nulla poena sine crimine; 2. Nullum crimen sine lege; 3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate; 4. Nulla necessitas sine iniuria; 5. Nulla iniuria sine actione; 6. Nulla actio sine culpa; 7. Nulla culpa sine iudicio; 8. Nullum indicium sine accusatione; 9. Nulla accusatio sine probatione; 10. Nulla probatio sine defensione.* Ibidem.

contraditória com a defesa e mediante um procedimento preestabelecido.[13]

Importa consignar, finalmente, que se, de um lado, o modelo garantista de Ferrajoli se presta, como se vê, à relegitimação do direito penal, é certo que, de outro, presta-se, também, à deslegitimação de sistemas penais concretos que, total ou parcialmente, violem o modelo de direito penal mínimo proposto. E, seguramente, todos os sistemas penais o violam, ainda quando consagrem, em linhas gerais, tais princípios. Não é sem razão, aliás, a sua "confissão" no sentido de que talvez a verdadeira utopia não seja hoje a alternativa ao direito penal, senão o direito penal mesmo e suas garantias; não o abolicionismo penal, por ele combatido, senão o garantismo mesmo, que ele próprio prega, de fato inevitavelmente parcial e imperfeito.[14]

3. Crítica

Em que pese a coerência lógica do pensamento de Ferrajoli, pode-se fazer algumas objeções à sua formulação teórica.

Em primeiro lugar, a idéia da prevenção geral de delitos por meio do direito penal parte de um pressuposto empírico indemonstrado – e dificilmente demonstrável – do qual o próprio Ferrajoli muito desconfia: a idoneidade da ameaça penal para dissuadir comportamentos delituosos; não se podendo desconhecer, como ele próprio reconhece, as complexas causas sociais, psicológicas e culturais dos delitos, certamente não neutralizáveis mediante o mero temor das penas.[15] E, se inexiste relação de adequação lógica entre *meio* (pena) e *fim* (prevenir crimes), faltam, evidentemente, os pressupostos de *certeza* e *razão* pretendidos.

Por outro lado, não faz muito sentido proclamar-se que o direito penal seja mais eficaz para prevenir reações informais arbitrárias. Porque, como se sabe, tais reações – vinganças, execuções sem processo (execuções sumárias), abusos de poder etc. – não são senão crimes também (genocídio, homicídio, lesões corporais, abuso de autoridade, violação de domicílio etc.) ou, no mínimo, exercício arbitrário das próprias razões, fato definido na maioria das legislações penais também como crime (entre nós, o art. 345 do Código Penal). Prevenir reações arbitrárias e prevenir delitos são, em última análise, pois, uma só e mesma coisa. Seja como for, se o direito penal não é útil à prevenção de delitos – ou muito se desconfia da sua capacidade dissuasória –, não há por que se acreditar que, diferentemente, seja idôneo para essa segunda tarefa que se lhe credita pronunciadamente: prevenir reações informais. Nada justifica, enfim, essa crença de que um mesmo remédio – comprovadamente ineficaz – possa funcionar para um mal e não para o outro, embora idênticas as suas causas.

É certo, doutra parte, que semelhante fim de prevenção de reações informais violentas não é uma exclusividade do direito penal. Em verdade, essa é uma função declarada, não do direito penal propriamente, mas do próprio Direito. Ao pretender justificar o direito penal, Ferrajoli acaba por justificar o Direito mesmo, absolutizando, na pena, o Direito como um todo. E, se assim é, não se compreende por que não se possa alcançar tais fins por meio de uma intervenção jurídica não-penal: civil, administrativa, trabalhista, processual. Ou por que se deva apelar ao direito penal necessariamente.

A par disso, ordinariamente reações informais arbitrárias estão relacionados a fatos dos quais não se ocupa, em princípio, o direito penal: suspeitas de infidelidade conjugal, cobrança de dívidas, disputas possessórias, atos de prostituição etc.

Convém também redargüir que, no mundo dos fatos, inexiste esta equação inexorável: *crime + falta de repressão penal* =

(13) Ibidem, p. 103-104.

(14) Ibidem, p. 342.

(15) Ibidem, p. 332-334.

reação arbitrária. Pois, de um lado, a vítima ou pessoas de alguma forma atingidas pelo crime buscam as formas mais díspares de superação da agressão sofrida – resignação, esquecimento, perdão, crença na implacabilidade da "justiça divina", reparação, composição, terapia etc. –, de outro, mesmo ocorrendo a efetiva incidência da intervenção penal, por vezes se consumam reações informais arbitrárias, casos, por exemplo, em que, mesmo preso, processado ou sentenciado (condenado ou absolvido), ocorrem atos de linchamento ao réu ou se perpetram atos de represália à sua pessoa ou a pessoas ligadas a ele. Vale dizer, reações arbitrárias podem ocorrer, "a despeito de", ou mesmo "a pretexto da" intervenção do sistema de justiça penal (prisões ilegais, tortura, execuções etc.).

Não poucas vezes, ainda, reações informais arbitrárias, paradoxalmente, resultam exatamente da "ingerência criminógena" do sistema penal em domínios comprovadamente rebeldes a este modo cirúrgico de intervenção estatal. É o que ocorre, por exemplo, em relação à repressão arbitrária ao tráfico ilícito de entorpecentes, em que a "guerra" pelo monopólio do comércio clandestino – e clandestino precisamente por força da atuação (criminalização) do sistema penal – tem sistematicamente dizimado vidas humanas. Como observa Hassemer, a prevenção também se realiza quando o direito penal deixa, em certas circunstâncias, de intervir.[16] Enfim, em muitos casos, diferentemente, prevenir significa descriminalizar (ou despenalizar), isto é, *abolir o direito penal.*

Não se pode, ademais, perder de vista que a efetiva intervenção do sistema penal é excepcional, já que a maior parte dos comportamentos erigidos à categoria de delituosos como regra passa ao largo do conhecimento ou da atuação do sistema penal,[17] razão por que é muito questionável, também por isso, a necessidade do direito penal para realizar tais cometimentos. Como assinala Zaffaroni, no plano real ou social, a experiência já indicaria que já parece estar bem demonstrada a desnecessidade do exercício do poder do sistema penal para evitar a generalização da vingança, porque o sistema penal só atua num reduzidíssimo número de casos e por onde a imensa maioria dos supostos impunes não generaliza vinganças ilimitadas. Ademais, na América Latina se tem cometido cruéis genocídios que têm ficado praticamente impunes, sem que tenham havido episódios de vingança massiva.[18]

É conhecida, finalmente, a sistemática violação das garantias do direito e processo penais, apesar de formalmente consagradas, como reconhece o próprio Ferrajoli, pela realidade operativa do sistema penal, um sistema de dificílimo e delicadíssimo controle. Se bem, que com um certo exagero, tem razão, no particular, Steinert, quando afirma que a lei penal conflita com sua função liberal e resulta, assim, irreal, posto que, ao invés de restringir a intervenção do Estado, se converte, em realidade, em uma autorização para que essa intervenção se legitime.[19]

Em face disso, pois, o direito penal passa a atuar ordinariamente à margem da legalidade – prisões provisórias forçadas e sem amparo legal, prisões além do prazo legal, tortura, execuções sumárias –, a revelar que, em boa parte, o poder real do sistema penal não é repressivo propriamen-

(16) *Fundamentos del derecho penal.* Trad. Muñoz Conde y Zapatero. Barcelona: Temis, 1984, p. 396.

(17) Além das "cifras negras" da criminalidade, que prefere denominar "cifras da ineficácia", é o próprio Ferrajoli que destaca o que chama de "cifras da injustiça", que correspondem ao número de inocentes processados e às vezes condenados. Ibidem, p. 210.

(18) *En busca de las penas perdidas.* Bogota : Temis, 1990, p. 83.

(19) Mas alla del delito y de la pena. In: *Abolicionismo penal.* Trad. Mariano Ciafardini e outros. Buenos Aires : Ediar, 1989, p. 45.

te, mas "configurador disciplinário" (positivo e não negativo), arbitrário e seletivo.[20] O garantismo jurídico-penal é sistematicamente negado.

Por tudo isso, resulta que, sem negar o brilho da extraordinária obra de Ferrajoli (Derecho y rázon), o problema da legitimação e/ou deslegitimação do sistema penal segue sendo um questionamento aberto e carente de uma melhor e mais convincente fundamentação, a exigir o aprofundamento das investigações criminológicas e político-criminais, bem como o aprofundamento e consideração das múltiplas variáveis que envolvem semelhante questionamento.

Anexo

Roma, 04 de janeiro de 1999.

Egrégio Dr. Queiroz:

Desculpe-me se somente agora respondo a sua gentil carta de 30 de junho de 1998. Por um desagradável extravio, sua carta perdeu-se entre outras cartas minhas e só agora eu a reencontro.

Agradeço também pelo ensaio que você me enviou sobre meu modelo de justificação do direito penal. E lhe agradeço também pelas críticas.

Sua primeira crítica – aquela segundo a qual não é verificável empiricamente a capacidade do direito penal de prevenir os delitos e as reações informais aos delitos – pode ser assim rebatida: não é tampouco verificável a incapacidade do direito penal de prevenir os delitos e as reações informais aos delitos. Obviamente, delitos e reações informais aos delitos existem também na presença do direito penal. Mas podemos facilmente imaginar a sociedade selvagem – governada pela lei do mais forte – que se produziria na ausência do direito penal. Um exemplo da ausência ou, se se prefere, da pesada inefetividade (*ineffettivitá*) do direito penal é infelizmente oferecido exatamente pela própria impunidade da criminalidade do poder (em particular através das formas de justiça sumária e de reações informais arbitrárias aos delitos praticadas pela polícia) nas grandes metrópoles do Brasil e em vários outros países da América Latina, aos quais você mesmo faz referência.

Sua segunda crítica, segundo a qual a prevenção das reações informais é uma função de todo o direito e não só do direito penal, que ademais eu considerei, por outro lado, "como um todo", parece-me não corresponda ao quanto eu tenho repetidamente escrito: antes de tudo, que o direito penal é só um meio e, por certo, não o único meio, de prevenção dos delitos, justificável só se "mínimo", ou seja, como extrema ratio, com base nos princípios de economia e de necessidade, onde não são suficientes os meios civis ou administrativos e, sobretudo, medidas sociais; em segundo lugar, aquilo que proponho é um modelo de justificação e, conjuntamente, de deslegitimação não do direito penal enquanto tal, mas deste ou daquele setor singular ou norma ou pena ou instituto específico de cada direito penal concreto.

Serei grato se me enviar cópia do seu texto quando for publicado. Autorizo, se lhe interessar, a publicação em margem, inclusive, desta minha brevíssima réplica. Luigi Ferrajoli.

(20) ZAFFARONI, op. cit., p. 12-13.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.7

CONCEITO DE MÉRITO, NO ANDAMENTO DOS REGIMES PRISIONAIS

SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO

Não fareis injustiça no juízo
(Levítico 19:15)

SUMÁRIO: 1. Individualização penal – 2. Regime prisional – 3. Idéia de mérito, na execução – 4. Conceito de merecimento – 5. Desfunção do sistema.

Resumo: Cuida-se da individualização da pena privativa de liberdade, identificando as formas de individualização – cognitiva e a executória, sem esquecer da legislativa. A partir da idéia geral de mérito, conceitua-se o merecimento e o demérito no caminhar da execução. Busca mostrar o modo de aferir o mérito do condenado. Enfoca-se, ainda, os regimes de cumprimento de pena e a limitação à progressão, inserida na lei dos crimes denominados hediondos e de combate ao crime organizado.

Palavras-chave: Regime prisional; Sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade; Progressão prisional; Mérito do condenado; Individualização das sanções; Regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade.

1. Individualização penal

A individualização penal consiste na justa adequação, ou medida, da pena a certo comportamento ilícito e típico; ainda, à pessoa do acusado; e, também, na conformidade do regime ao condenado. Pensa-se, nesse lanço, na reprimenda privativa de liberdade.

Desponta a *individualização*, primeiro, como preceito constitucional, assim: "a lei regulará a *individualização* da pena" (art. 5.º, inc. XLVI).[1] Além disso, ao se recordar de que as penalidades de reclusão e de detenção atendem-se – ou deveriam

(1) Assere Alberto Silva Franco: "O art. 5.º, XLVI, da CF, inclui entre os direitos e garantias fundamentais em matéria penal, o princípio da 'individualização das penas'. Pouco importa que o texto constitucional tenha remetido à lei ordinária a tarefa de regulá-lo. Isto não pode, à evidencia, representar uma autorização, ao legislador comum, para a feitura de lei que fira o princípio constitucional, que tenha eficácia imediata. Como observou Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, 1983, p. 489), 'hoje, não são mais os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas é a lei que se deve manter no âmbito dos direitos fundamentais (assim se explica, designadamente, a força vinculativa imediata dos direitos fundamentais em relação ao próprio poder legislativo)'. A vinculação aos direitos e garantias fundamentais constitui, portanto, uma obrigação do legislador ordinário que não poderá, a pretexto de formular uma lei clarificadora ou caracterizadora desses direitos, cair 'na legalidade dos direitos fundamentais e substituir a força normativa imediata dos direitos fundamentais pelo impulso do normativo-legal' (Gomes Canotilho. Op. cit., p. 491). Nenhuma lei intermediadora poderá, portanto, fazer vista grossa aos direitos e garantias fundamentais. Se a Constituição Federal, nesse capítulo, consagrou o princípio da individualização da pena, não terá o legislador ordinário possibilidade de tangenciá-lo, estruturando uma lei que não deixe ao

executar-se[2] – em estabelecimentos penais apropriados; nota-se a Lei Maior, também, asserindo que a pena privativa de liberdade "(...) será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" (art. 5.º, inc. XLVIII).

A Constituição da República, portanto, refere duas individualizações. A encontrada no processo de conhecimento, de essência condenatória, dita sentencial, ou cognitiva; e a operante no processo de execução, denominada executória. A individualização legislativa – adequação prévia de certa pena a determinada conduta típica – não aparece na Lei Magna; embora ninguém lhe ponha em dúvida a existência, até para a sanidade do sistema punitivo.

Convém deixar assente que, cognitiva ou executória, a individualização é judicial e nascente no processo penal. Obra final, pois, é do juiz. Antes de tudo porque, precisando ser fiel aos "princípios fundamentais", indicados pela Lei Maior, vela pela "dignidade da pessoa humana" (art. 1.º, inc. III). Ainda, por motivo de que surge, no direito constitucional, como guardião da legalidade – "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5.º, inc. II) –; e à vista da garantia constitucional de não dever a lei excluir "da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" individual (art. 5.º, inc. XXXV).

Em síntese, a individualização abriga duas espécies: legislativa e judicial. A última admite duas subespécies: cognitiva e executória.

2. Regime prisional

O juiz, na sentença condenatória – segundo o direito material –, ao aplicar a reprimenda, ajustada à culpa, necessita, ainda individualizando, determinar o regime inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade. Não se descuidando da prevenção (art. 33, § 3.º c/c art. 59, inc. III, do Código Penal; e, também, art. 110, da Lei de Execução Penal). Consoante o direito processual, a definição jurídico-penal – ou julgamento penal – surge positiva, enquanto afirma o encontro da infração, bem como sua autoria, co-autoria ou participação; e, em conseqüência, resultada na condenação motivada. Exprime o poder-dever concreto de o Estado punir o infrator, ou sancionar o sujeito agente, na qualidade, quantidade e na intensidade inicial da aludida pena (art. 93, inc. IX da CF, e arts. 381, incs. I a VI, e 387, do CPP).

juiz nenhum espaço para o processo individualizador da pena." *Crimes hediondos: notas sobre a lei 8.072/90.* 3. ed. São Paulo : RT, 1994, § 2. 01, p. 343-4.

(2) A Administração Pública, com alguma ajuda do Poder Judiciário, quebrantou o sistema de penas. O *sursis* simples, ou comum, na prática, quase não existe, por motivo das dificuldades no executar a prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana. O regime aberto quase não há, pela ausência de Casas do Albergado. E, em algumas unidades federativas, principiou o desmonte do regime semi-aberto, com a transformação da saída temporária em trivialidade. Agora, o Poder Legislativo nos deu a Lei 9.714, de 25.11.1998, que – não obstante arreada de boas intenções –, ao ampliar as sanções restritivas de direitos – que substituem as privativas de liberdade – e ao alargar-lhes a aplicação, acabou principiando a romper, de vez, o aludido sistema. Extraiu-lhe parte da congruência interna e externa. Na seqüência, menos de um mês depois, aflorou o Decreto Federal 2.856, de 03.12.1998, criando "Comissão de Acompanhamento e Avaliação do Regime de Penas Restritivas de Direitos". Os trabalhos da Comissão dirigem-se para no "prazo mínimo de dois anos" ofertar "manifestação conclusiva sobre a conveniência de eventual alteração da Lei 9.714, de 1998" (art. 3.º). Debilitou-se, portanto, a eficácia das penalidades restritivas, conferindo-lhes um caráter experimental, cuja moralidade é nenhuma. Inadmissível experiência, em direito penal. O passar do tempo fazia esperar regras de calibração do sistema de penas; ou, quiçá, outro sistema melhor. Vieram, contudo, normas de desregulagem, de desajustamento.

Exige-se que as penalidades executem-se de forma progressiva e consoante o mérito do condenado[3] (arts. 33, § 2.º; 69, 2.ª parte; e 76, do CP). A individualização, por isso, completa-se, "no curso do procedimento executório" (item 50, in fine, da Exposição de Motivos 211/83, do CP; e arts. 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 112 e 118, da Lei de Execução Penal).

Regime, entenda-se o estado em que se coloca, de início, o sentenciado e depois – tanto que firme a decisão definitiva –, o condenado, no que pertine à intensidade modulada de redução da liberdade. É pouco dizer-se que o regime irrompe no conjunto de normas, que tenha por destinatário o recluso.

A pena privativa de liberdade, a mais da qualidade e da quantidade, há de mostrar escala de padecimento. Grau de força e de efeito com que a reprimenda deve, pois, se tornar efetiva (art. 1.º, da Lei de Execução Penal).

Tal intensidade, no sistema adotado, não deve permanecer estática, em regra, como visto (arts. 33 § 2.º e 76, do CP e arts. 5.º, 6.º, 8.º, 112 e 118, da Lei de Execução Penal). Daí, a transição, ou passagem de regime mais rigoroso, para outro menos severo – do fechado para o semi-aberto, ou desse para o aberto (art. 33, *caput*, do CP) –, ou às avessas, modulando-se, ao empuxo do mérito e do demérito do condenado, no andar da execução penal.

Assentou-se, primeiro, que "o mérito do sentenciado – leia-se condenado – é o critério que comanda a execução progressiva" (item 29, da Exposição de Motivos 213/83, da Lei de Execução Penal, o grifo é nosso). Depois, anotou-se que a progressão "deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito e pressupõe o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime inicial ou anterior" (item 119, da Exposição de Motivos 213/83, o grifo é nosso). Afirmou-se, na seqüência, que o vocábulo "mérito" haveria de compreender-se "como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrado no curso da execução" (item 120, da Exposição de Motivos 213/83). O demérito, então, emergiria na ausência dessas qualidades, tangendo à regressão. Merecimento e desmerecimento não se resumem na existência, ou inexistência de aptidão, do condenado à pena privativa de liberdade, para avançar, de regime a regime prisional, na direção da liberdade. Nem se rematam na capacidade provável, de ele se adaptar ao regime seguinte, ou não. Convém, pois, aprofundar o tema.

(3) O sistema progressivo, ou irlandês, não se constitui em novidade. No princípio do século, já era objeto de preleção acadêmica. Veja-se como, então, o explicava Lima Drummond: "Walter Crofton, tendo em vista que o ideal de todo regime penitenciário é preparar o delinqüente para assumir o seu lugar na sociedade, demonstrou que o regime da servidão penal inglesa é inaceitável, por ser muito rápida a passagem do segundo (segregação celular para dormir e comer e vida em comum nas oficinas, porém, em silêncio) para o terceiro período (liberdade condicional). Daí o sistema progressivo ou irlandês, geralmente preconizado como preferível ao da servidão penal inglesa, ao qual se acrescentou um outro período – o da aprendizagem da liberdade –, para os delinqüentes que, vivendo na penitenciária, iam passar a viver em sociedade. Por isto, no sistema progressivo deparam-se quatro períodos: a) período de segregação noturna e diurna contínua; b) período de segregação celular noturna e trabalho em comum durante o dia; c) período intermédio em penitenciárias agrícolas ou industriais; d) período de liberdade condicional ou condicionada. Este último período pode dar margens a inconvenientes, não só em relação ao condenado, como à sociedade, se não forem tomadas precauções, pois que, embora solto, o condenado terá de trabalhar para viver; mas terá de lutar com sérias dificuldades para obter trabalho, por toda parte encontrará prevenções e desconfianças. Daí a instituição dos chamados patronatos dos libertados adultos..." (Paulo Domingues Vianna. *Regime penitenciário*, segundo as prelações do Dr. Lima Drummond, Rio de Janeiro : Jacinto, 1914, p. 14-5).

3. Idéia de mérito, na execução

A idéia de "mérito" liga-se à sanção jurídica, em senso amplo. Vale afirmar, em sentido negativo – castigo – e no positivo – prêmio. A sanção, portanto, corresponde ao mérito, consoante ao valor que se dê à conduta do condenado.[4] Merecer é agir de tal maneira que a obtenção do merecimento – castigo ou prêmio – tenha-se por justa.

É mérito, em palavras simples, o valor positivo, ou negativo, que se atribui a certo comportamento, para sancioná-lo. Assim, quem age, dentro de determinado sistema normativo, consoante o direito, pode merecer prêmio ou recompensa. Quem age torto, passa a merecer reprimenda. O valor expulsa o arbítrio e vice-versa.

A sanção deve corresponder ao mérito, o que implica em conhecê-lo, tal como se revela: negativo e positivo.

Na execução penal, tal rígido esquema não guarda muita cabência. O proceder, qual Jano, mostra a dupla face, ao mesmo tempo, ou não. Mérito e demérito apresentam-se, assim. O positivo e o negativo despontam, no correr da vivência prisional do condenado. Cuidam-se, portanto, de valores do comportamento; porém, não se resumindo na disciplina, jamais.

Ora, o regime – repita-se – é o estado em que se põe o condenado, no tocante à intensidade da restrição à liberdade, que se modula, no movimento da execução. A pena, assim, hoje, guarda os três aludidos parâmetros: qualidade, quantidade e intensidade de sofrimento.

Execução penal justa – em sentido material – é a precisa e exata, nascente no ato decisório definitivo, válido e firme, ao menos para a acusação; caminhando de modo medido. A individualização executória não se afasta, pois, do critério do necessário e do suficiente à reprovação e à prevenção da infração penal (arts. 59 e 70, par.ún., do CP). O que se apura é a aludida intensidade, visto como a qualidade e a quantidade o *decisum* condenatório marcou.

Em face do sistema progressivo, a intensidade da pena diz com o mérito, ou com o valor da conduta do condenado, durante a execução penal. Daí, progride, regride, ou estaciona, guardando como ponto de partida o regime inicial, estabelecido no ato decisório definitivo.[5]

(4) Diz Roque Cabral: "A palavra 'sanção' é aqui tomada em sentido amplo, que abrange tanto o significado negativo (castigo) em que é mais freqüentemente usada, como o positivo (prêmio). A sanção corresponde ao *mérito*: segundo o valor das ações, as pessoas merecem prêmio ou castigo, merecem a correspondente sanção. Uma vez admitida a realidade do mérito – por sua vez correspondente ao valor, positivo ou negativo, das ações – não pode a razão humana deixar de reconhecer que deve haver sanção proporcionada". In: Polis – enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado. Verbete sanção, Lisboa: Verbo, 1987, v. 5, coluna 597.

(5) Interessa analisar a nomenclatura, na dinâmica da execução das penas privativas de liberdade. O verbo latino *gradior-eris, gressus sum, gradi*, de modo prevalente, significa caminhar, andar e marchar. Tais vozes, entrando em composição com as preposições *in, pro, re* e *ex*, sofriam abrandamento da primeira vogal, redundando em outros tantos verbos: *ingredi; progredi* ou *progredere; regredi* ou *regredere;* e *egredi*. Cada qual e na ordem correspondendo a um de quatro movimentos, assim: começar, entrar em ou ingressar; avançar, adiantar-se ou progredir; voltar, retroceder ou regredir; e, afinal, retirar-se, afastar-se ou sair. Daí resultando os substantivos latinos *ingressione, progressione, regressione* e *egressione*. Vale dizer e em vernáculo: ingressão, progressão, regressão e egressão; contendo as idéias respectivas dos atos de entrar em; caminhar avante; caminhar de volta; e de sair para. No tocante às penas privativas de liberdade, quem começa a cumpri-las em quaisquer dos três regimes existentes é o ingresso. Quem termina de sofrê-las, ou condicionalmente sai para a liberdade chama-se egresso. O condenado, face ao sistema progressivo adotado, sujeita-se a

O mérito apura-se, em resumo, mediante: a) parecer da Comissão Técnica de Classificação; b) exame criminológico; c) comprovação de comportamento satisfatório, ou não, do condenado, no andar da execução; d) bom, ou não, desempenho no trabalho, que lhe foi atribuído; e) verificação de condições pessoais, compatíveis ou não com o novo regime: semi-aberto, ou aberto (arts. 5.º, 6.º, 7.º, 8.º e par.ún., 28, 31, 36, 39, incs. I e V, 44, 48 e pár.ún., 112 e pár.ún., 118, incs. I e II, ainda, §§ 1.º e 2.º, da Lei de Execução Penal).[6]

Não se deve examinar, de modo parcelar, os diversos elementos formais, que compõem o mérito. O objetivo de apurar o mérito positivo, ou negativo, atinge-se pela análise do conjunto. Um só elemento não pode prejudicar a eficácia de outros – em regra –; se assim fosse possível, estaríamos em face de diverso conceito e prevalente, sobre a imprescindível conjugação. Solitário, nenhum elemento emerge decisivo, salvo quando surge tão grandemente negativo, que se sobrepõe a todos os demais favoráveis. A perquirição, nem por isso, deixa de despontar exauriente dos referidos elementos.

Cumpre perguntar: ausência de mérito é igual a demérito, ou mérito negativo? Parece que não. O desmerecimento deve levar à regressão possível. A simples falta de mérito conduz ao estancamento, na situação ocupada. Assim, nem progressão, nem regressão irrompem cabentes. O condenado estaciona.

Não surge simples, nem cômodo, viver em harmonia nas instituições fechadas ou semi-abertas. O entendimento do que seja mérito, assim, depende do conhecimento da ambiência, onde se espera que ele se ostente. Mesmo que se admita não serem os estabelecimentos prisionais microcosmos, mas, desnatural coletividade, não se há de negar algum domínio pessoal, na busca do merecimento positivo. Jamais, contudo, algo semelhante à comunhão

progredir e a regredir nos aludidos regimes, consoante exiba mérito ou demérito, durante o efetivar da pena. Caminha em direção à vida livre, de regime a regime, em progressão; ou ainda, dela se distancia, temporalmente, em regressão, para outro mais rigoroso. Não é tudo. Imagine-se que o sancionado principiou a pagar a pena em regime fechado. No andamento da execução mostra intensa rebeldia e convicta falta de mérito. Não deve adiantar-se, por evidente, mas não pode regredir pela ausência de estado legal mais severo. Assim, porque necessário e suficiente, estaciona, pára, resta agregado ao regime fechado, sem possibilidade de regressão ou progressão, até exibir merecimento. Suponha-se, de outra sorte, que o condenado encontra-se no regime semi-aberto e ostente conduta sem valor. O desmerecimento, porém, lhe não surge bastante, para conduzi-lo a recuar a regime de mais constrição pessoal. Não há de progredir, mas não precisa regredir. Ele, também, estanca. Não avança para a maior liberdade; estancia no regime, até quando lhe aflorar o mérito impulsionador. Nada vale a antigüidade, no regime prisional. Que nome se dará a tal situação arrítmica e a seu ocupante? Parece que o executado, nas hipóteses, fez estação no regime em que se acha posto e se tornou um estacionário penal. "Estação", aqui, na acepção de *statio-onis*, estado de imobilidade, situação de permanência, que se contrapõe à progressão e à regressão penal. Estacionário, de *stationarius-ii*, é, então, o executado, tanto que fixo no regime prisional. Três são os regimes. Cinco, entretanto, emergem as situações, no correr da execução das penas privativas de liberdade, em sua dinâmica individualizadora. Ao juiz da execução cabe, conforme a guia de recolhimento, concretizar a ingressão, marcada pelo juiz da sentença. A ele, por igual, compete – baixo o critério do necessário e suficiente, iluminado pela valoração do mérito do condenado – modular a justa intensidade da pena, na progressão, regressão e na estação. Não esquecendo a egressão, em dupla modalidade: condicional, que consiste em fase do sistema progressivo, e incondicional, que caracteriza a punibilidade extinta.

(6) Sobre os denominados requisitos formais, ver, dentre todos, Júlio Fabbrini Mirabete. *Execução penal – comentários à Lei 7.210, de 11.07.1984*. 8. ed. *rev. atual* 265-8, São Paulo : Atlas, 1997, § 5.30.

social, além muros, ou cercas, onde alguma virtude é mais fácil.

Desútil imaginar que a penitenciária, colônia, casa do albergado, centro de observação e a cadeia pública foram, ou venham a ser, lugares de purificação. Não se aguarda do condenado catarse, no sentido religioso dos pitagóricos. Os comunheiros forçados são pessoas que precisam pôr-se em sintonia com a ordem prisional, nos diversos níveis, assumindo papéis diferentes, sem muita escolha. Tudo tem pouco, por exemplo, com o bom comportamento carcerário e muito com a capacidade individual de suportar, com relativo equilíbrio, o meio, por natureza, hostil. O máximo esperável acha-se na objetiva disposição para o mérito positivo, enquanto qualidade, mostrada no razoável atendimento dos deveres inerentes ao *status poenalis* (arts. 38 e 39 da Lei de Execução Penal).[7] A verificação existencial do mérito desponta global e implica, enquanto prognóstico, em aceitável confiança, na conduta futura do condenado.

O conceito de mérito, na execução penal, é limite.[8] O analisável são as características pessoais e a capacidade de aproximação do inatingível: mérito ou demérito totais, ou absolutos.

As vozes "reeducando", "recuperando" e "ressocializando" mostram-se, de algum modo, cínicas. A pena privativa de liberdade jamais reeducou; não recupera e muito menos ressocializa o indivíduo. No máximo, pode amestrá-lo, quando não o piora.[9] Daí, se falar em "mal necessário",

(7) Heleno Cláudio Fragoso conceituou: "preso é quem está privado da liberdade, submetido ao poder estatal que resulta do direito de executar a sanção aplicada (*ius punitionis*)". Direitos dos presos: os problemas de um mundo sem lei. In: *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 3. Tal não significa que a relação de direito material, nascente na sentença condenatória trânsita em julgado, não faça emergir, também, direitos subjetivos do condenado.

(8) Limite, dentre outros sentidos, é ponto que não se pode atingir, ou transpor. Na *Crítica da razão pura*, Kant, ao cuidar da "Analítica dos princípios", no capítulo III, "Do princípio da distinção de todos os objetos em geral em fenômenos e números", trouxe a idéia de *conceito-limite*: "O conceito de um número é, pois, um *conceito-limite* para cercear a pretensão da sensibilidade e, portanto, para uso simplesmente negativo. Mas nem por isso é uma ficção arbitrária, pelo contrário, encadeia-se com a limitação da sensibilidade, sem todavia poder estabelecer algo de positivo fora do âmbito desta" (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, 4. ed. Lisboa: C. Gulbenkian, 1997, p. 270). A expressão *conceito-limite*, aqui, se utilizou para indicar tendência – esforço ou desejo – maior ou menor. Assim, potência que não se atualiza, por inteiro, jamais. O pleno mérito e o completo demérito inexistem, seja o ser humano livre, ou prisioneiro.

(9) Rogério Lauria Tucci, tratando do sistema penitenciário desumano, existente no Brasil, observou: "Outro fator que, por igual, deve ser, necessariamente colacionado (aliás, como um dos mais expressivos, determinantes da violação dos *direitos humanos* e ínsito à concretização da sanção especificada ao final do processo penal de conhecimento, pela sentença condenatória transitada em julgado) é o referente à proclamada e inescondível *crise do sistema penitenciário brasileiro*... como facilmente verificável, e salvo raríssimas exceções, tais estabelecimentos, afastando-se, quase sempre, das preceituações legais inspiradoras e disciplinadoras da execução penal, primam por degradarem o condenado, tratando-o de maneira impiedosa, e até cruel, vezes sem conta como verdadeiro animal... Como consta de *relatório* referente às *condições das prisões no Brasil*, num tópico também digno de transcrição (e em tudo diferentemente do preceituado no ordenamento jurídico nacional...), os 'presos brasileiros estão freqüentemente apinhados em celas pequenas, escuras, úmidas e sujas, construídas para comportar a metade, um terço, ou ainda menor número de detentos do que efetivamente estão nelas confinados. As celas estão infestadas de ratos e baratas, e em muitos locais os detentos geralmente não têm nada a fazer o dia todo, exceto jogar baralho ou abusar uns dos

ou "infeliz necessidade do encarceramento". O adestrado, consoante as condições mínimas, que se lhe ofereceram, talvez consiga a proporcional integração, na sociedade, já mencionada (art. 1.º, da Lei de Execução Penal). Nada se há de esperar do preso residual, porém.

O indispensável está em verificar se os elementos meritórios positivos excedem, ou não, eventuais faltas e omissões, para se admitir acesso a regime prisional mais brando. Observar, também, se o condenado preferiu não ostentar mérito, ou demérito, devendo, assim, restar onde se encontra. Sem cabida fazê-lo retrogradar.

O sistema progressivo tem de mostrar execução prática – diga-se: ética e racional. Com efeito: o condenado possuidor de induvidoso direito de avançar, se, porém, não o concretiza, por simples mora na decisão judicial, falta de vaga em estabelecimento ou outro motivo injusto, deve ter computado o tempo de encarceramento indevido. A falha na individualização, na transferência para o regime imediato, há de operar, na execução, de modo virtual. Assim, como se fora a pena atendida, no regime mais brando e para todos os fins.

Inaceitável, em qualquer hipótese, a banalização da injustiça.

4. Conceito de merecimento

É tempo de conceituar *mérito*. Toda escolha implica valorar. Há situações jurídicas em que exsurge forçado eleger; outras existem em que se pode fazê-lo, ou não. Ao juiz da execução determinou-se que estimasse o comportamento do condenado e de modo objetivo, imprimindo vigor ao sistema progressivo. O poder-dever de escolha contém o juízo de valor, sobre as qualidades pessoais; estabelecendo a possibilidade de tríplice solução: progride, regride ou estaciona.

Mérito, no andamento dos regimes prisionais, consiste no juízo objetivo, que se ultima no processo de execução, do proceder do condenado; assim valorando-o, em base de vários elementos, postos em relacionalidade, e ostentado em ato decisório motivado.

5. Desfunção do sistema

Estabeleceu-se, nos idos de 1990, que as reprimendas aplicadas, por crimes hediondos – homicídio, quando praticado em atividade de grupo de extermínio, ou qualificado; latrocínio; extorsão, qualificada pela morte; extorsão, mediante seqüestro e na forma qualificada; estupro;

outros. Eles dormem em toalhas ou lençóis sobre o chão de concreto úmido. A violência está amplamente difundida, tanto por parte dos guardas quanto dos detentos. É comum a tortura para obter confissões e, segundo informações, os guardas espancam freqüentemente os presos. Os detentos agridem e violentam outros detentos e, como forma de protesto contra as condições carcerárias, às vezes os assassinam; o número de guardas, muito reduzido em relação ao número de presos que devem vigiar, parece incapaz de prevenir isto. As rebeliões são freqüentes e os custos em mortos e feridos, elevados. Segundo informações, os guardas praticam retaliações, espancando os líderes e porta-vozes dos presos e, de acordo com alguns observadores, até com assassinatos. Também nos foram relatados casos de corrupção e outros abusos. Devido a um controle deficiente do cumprimento das penas, alguns presos permanecem detidos além do prazo de suas sentenças. Da mesma forma o atendimento médico é muito pobre. Mesmo sendo a Aids no Brasil e nos presídios brasileiros um problema grave, não há evidências de que as autoridades carcerárias tenham sequer começado a enfrentar este problema'... Ilicitudes à parte – sejam elas quais forem, provenham de quem provierem – a situação da grande maioria dos condenados, nos presídios brasileiros, continua (e continuará, *ad infinitum*...), salvo raríssimas exceções, degradantemente cruel e desumana..." Em: *Processo penal e direitos humanos no Brasil*. RT, 755, p. 478-81, set. 1998.

atentado violento ao pudor; epidemia, com resultado morte; mais o crime de genocídio; e, agora, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais – mais os delitos de prática da tortura; tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; bem como de terrorismo, todas seriam cumpridas, integralmente, em regime fechado (arts. 1.º e seu par.ún. e 2.º, ainda, seu § 1.º, da Lei 8.072, de 25.07.1990; e art. 1.º, da Lei 9.695, de 20.08.1998, que acrescentou, ao art. 1.º, da Lei 8.072/90, o inc. VII-B).

Afirmou-se, desde logo, que se quebrava a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5.º, inc. XLVI, da Lei Maior). Lembrou-se, também, de que tal preceito tomava da execução penal a igualdade de todos perante a lei (art. 5.º, *caput*, da CF).

A lei, que cuidou da utilização de meios operacionais, para prevenção e repressão de "ações praticadas por organizações criminosas", estipulou, contudo: "Os condenados, por crimes, decorrentes de organização criminosa *iniciarão* o cumprimento da pena em regime fechado." (art. 10, da Lei 9.034, de 03.05.1995, o grifo é nosso). Vedou, tão-só, incoasse o condenado, pelo comentimento do delito de quadrilha ou bando, qual invocado, o cumprimento da penalidade em regime semi-aberto, ou aberto.

Depois, veio o diploma, que definiu os crimes de tortura, assentando que o condenado deve iniciar o atendimento da pena, em regime fechado, salvo se, tendo o dever de evitar, ou de apurar as condutas típicas, restou omisso (art. 1.º, § 7.º, da Lei 9.455, de 07.04.1997). Entendeu-se, em conseqüência, que permitira a progressão, ao marcar, tão-só, o regime incoador, ou inicial. Além disso, se a Constituição da República lança a prática da tortura; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; o terrorismo; e os crimes definidos como hediondos, em igual plano (art. 5.º, inc. XLIII); o mesmo fazendo a lei ordinária de 1990 (art. 2.º, da Lei 8.072/90), então, admitida irrompeu a progressão, para todos os mencionados delitos.

Lavrou, contudo, o dissenso, na doutrina e nos julgados.[10] Propagou-se a divergência, por motivo das leis insanas, produzidas por néscios e a toque de imprensa.[11]

A malfadada lei, sob enfoque do condenado, extermina-lhe a esperança: pena finita, determinada; porém, grau de encarceramento indefinido, a contar de um sexto cumprido, em etapa inicial, ou anterior; mais o mérito positivo. Tudo isso desaparece. Tem-se, pois, a recusa do valor da conduta do apenado.[12] Aferrado

(10) Sobre o dissídio jurisprudencial, ver, por exemplo, Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior em *Código Penal Comentado*. 4 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, notas aos artigos 32, 33, 107 e 121; p. 63, 65-6, 67-8, 177 e 217-8.

(11) Roberto Delmanto, depois de lembrar os significados da palavra "hediondo" – "sortido", "imundo", "repelente", "repulsivo" e "horrendo", dentre outros – e de referir a divergência na doutrina e nos julgados, termina: "Diante desse quadro, verifica-se que nossas leis, ao negarem a liberdade provisória para os acusados de crimes hediondos e a progressão de regime para os por eles condenados, têm, lamentavelmente, a pretexto de coibir os delitos hediondos, adotado práticas processuais e de execução que, descendo ao mesmo nível moral daqueles delitos, são igualmente hediondas, na acepção que nos dão os léxicos, com a agravante de seu autor ser o próprio Estado" (*Hediondos*, em Folha de S. Paulo, 23.01.1999, p. 3-2).

(12) A respeito do cumprimento integral da pena, em regime fechado, assegura Alberto Silva Franco: "O § 1.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90 estabelece que a pena aplicada, pela prática de crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins e de terrorismo, será cumprida integralmente, em regime fechado. Esta afirmação incisiva, embora suavizada, em seguida, pelo disposto no art. 5.º, do mesmo diploma legal, que torna possível a concessão de livramento condicional ao condenado que tenha cumprindo dois terços da pena, desde que não seja reincidente

ao crime, estacionário torna-se, mas, por força da legislação, suportando pena de máxima intensidade.[13]

Baixo o ângulo do condenante, criou-se o preso residual: indiferente, intolerante e indisciplinado. A ocupar, por largo período, vaga em estabelecimento penal de segurança máxima ou média: penitenciária (arts. 33 § 1.º, *a* e 34, do CP c/c art. 87, da Lei de Execução Penal). Custo sem benefício e evidente infringência do sistema, que, conjugando tempo e movimento, pretende, ao menos, "proporcionar *condições* para harmônica integração social do *condenado*" (art. 1.º, da Lei de Execução Penal, o grifo é nosso).

Falha, em conseqüência, toda a política criminal, com sério atentado à justiça. As penas cominadas, tanto que aplicadas e, ulteriormente, postas em execução, precisam exibir, sempre, certa totalidade ordenada. Devem, também, ostentar coerência entre si. Os preceitos incompatíveis com o sistema de penalidades, por isso, hão de ser reconhecidos como inválidos, mediante interpretação que os rebata, por violadores, assim desviando a injustiça.[14]

Sem refusar os argumentos, que deram pela inconstitucionalidade da lei consagrante da penalidade segregadora, pode-se adicionar mais um.

A progressão – direito subjetivo do condenado[15] –, resultado da individualização

específico, constitui um pesado gravame para o apenado que apresentar tal qualificação subjetiva já que, nessa hipótese, terá de cumprir a pena privativa de liberdade num único regime penitenciário, ou seja, o fechado. O dispositivo legal em exame, além de representar um desestímulo ao processo ressocializador do condenado (e nisto se opõe aos fins da pena especificados no Código Penal e na Lei de Execução Penal), contribui também para diminuir a rotatividade dos presos recolhidos nos equipamentos penitenciários que já se encontram, no presente momento, em fase máxima de saturação. Além disso, a formação de um grupo numeroso de condenados, que deverá ser mantido nos presídios por largo espaço temporal, sem nenhuma esperança de obter a liberdade ou um tratamento penitenciário mais benevolente, criará dificuldades crescentes ou mesmo condições explosivas para as administrações prisionais. A opção feita pelo legislador no sentido de agravar a execução da penal foi, no mínimo, desarrazoada, infeliz. Nada pior, num estabelecimento penitenciário, do que um condenado sem nenhuma perspectiva de ser libertado ou, ao menos, receber regime penitenciário mais favorável, antes do término de uma pena privativa de liberdade, de longa duração". (*Crimes hediondos*. Op. cit., § 2.00, p. 149). O autor invoca, na nota 9, Francisco de Assis Toledo, em Crimes hediondos, estudo publicado, em *Fascículos de Ciências Criminais*. Porto Alegre : Fabris, n. 2, 1992.

(13) Ver nota anterior, sobre a nomenclatura, na dinâmica da execução, onde se oferece conceito de estacionário penal.

(14) Tércio Sampaio Ferraz Júnior, cuidando da interpretação gramatical, lógica e sistemática, pondera: "Por fim, quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, fala-se em *interpretação sistemática* (*stricto sensu*). A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento. Há aqui um paralelo entre a teoria das fontes e a teoria da interpretação. Correspondentemente à organização hierárquica das fontes emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a Constituição. Para as identificações desta relação são nucleares as noções supradiscutidas de validade, vigência, eficácia e vigor ou força (4.3.2). A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema para que se preserve a coerência do todo. Portanto, nunca se deve isolar o preceito nem no seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil etc.) e muito menos na sua concatenação imediata (nunca leia só um artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos)". (*Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1994, § 5.2.1.1, p. 288-9).

(15) Sobre a "progressão concebida como direito subjetivo do condenado", ver Rogério Lauria

executória, concedida ou negada, exige decisão judicial fundamentada (art. 93, inc. IX, da CF c/c arts. 66, inc. III, *b*; 112, par.ún.; e 118, da Lei de Execução Penal).

O mandamento constitucional assere: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" individual (art. 5.º, inc. XXXV). Foi, entretanto, o que se fez, arrancando do Poder Judiciário a análise, o juízo sobre a progressão do condenado, em determinados crimes. Importa afirmar: retirou-lhe o poder-dever de individualizar a pena, no processo de execução (art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90). Transgrediu-se garantia, pertinente ao cânone de legalidade, silenciando o juiz da execução (art. 66, inc. III, *b*, da Lei de Execução Penal).

Houve nítida interferência do Legislativo sobre o Judiciário, mutilando-o, a dano da independência e harmonia dos Poderes da República (arts. 2.º e 60 § 4.º, inc. III, da CF).

Pode-se criticar o sistema vigorante. Pretender que a modulação da pena não se mostre, sempre, a mesma para todas as infrações, por exemplo. Trocá-la, porém, pelo mero automatismo, determinante da prisionalização, é insustentável transfiguração.

Note-se: a Lei Maior, assentando que, ao legislador ordinário, cabe regular a individualização da pena, jamais permitiu pudesse ele extingui-la (art. 5.º, inc. XLVI). Lembre-se de que direito individual não se suprime, nem sequer por via de emenda constitucional[16] (arts. 5.º, inc. XLVI c/c 60, § 4.º, inc. IV, da CF). No plano de tal fautor de referidos diplomas atécnicos, jamais ingressou a "dignidade da pessoa humana", que termina, assim, comprometida[17] (art. 1.º inc. III, da Lei Magna).

O contravalor intolerável tornou-se inconstitucionalidade enorme. E não pode prevalecer, na doutrina e nos julgados.

Tucci. Progressão na execução das penas privativas de liberdade. Breve estudo sistemático. Em *RT* 630/269-78, abr. 1988.

(16) Mediante comunicação verbal, Rogério Lauria Tucci tem entendimento semelhante.

(17) Afirma José Afonso da Silva: "(...) a *dignidade da pessoa humana* não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito". A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, in *Revista de Direito Administrativo* 212/91, abr./jun. de 1998. Tal princípio constitucional geral, à evidência, não foi tomado em conta pelos legisladores.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

DIREITO PENAL ELEITORAL: LINEAMENTOS DE UMA TEORIA GERAL

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Lineamentos de uma teoria geral do Direito Penal Eleitoral: 2.1 Da natureza e da objetividade jurídica; 2.2 Da classificação; 2.3 Do tipo penal eleitoral: 2.3.1 Do sujeito ativo; 2.3.2 Excepcionalidade e temporariedade. Tipos penais da Lei 9.100/95; 2.3.3 Tipos penais da Lei 9.504/97; 2.3.4 Do objeto material; 2.4 Da antijuridicidade nos delitos eleitorais; 2.5 Da culpabilidade nos delitos eleitorais; 2.6 Da punibilidade nos delitos eleitorais; 2.7 Do conflito aparente de normas; 2.8 Crimes eleitorais e abuso de poder – 3. Conclusão.

Resumo: Os delitos eleitorais não se confundem com os de ordem política. A objetividade jurídica daqueles gira em torno de i) regular procedimento eleitoral; ii) prerrogativas eleitorais. Não obstante suas peculiaridades, elas não chegam a justificar que estes tipos de crime devam ser apartados do direito penal. A concepção material da ilicitude é destacada, na medida em que o autor refere-se à importância do princípio da insignificância, o qual, por sua vez, determina a necessidade de que a objetividade jurídica venha a ser, efetivamente, vulnerada. O magistrado deve levar em consideração que, em sua maioria, os ilícitos eleitorais decorrem de disciplina técnica, que recrimina ações não retiradas dos valores éticos da sociedade, o que propicia a existência do erro sobre a ilicitude. Há uma estreita ligação entre o Direito Penal Econômico e o Direito Penal Eleitoral, o que torna necessário que se utilizem de instrumentos comuns, a fim de que se possa coibir, eficientemente, o abuso do poder econômico e de autoridade no plano eleitoral.

Palavras-chave: Direito penal eleitoral; Crimes eleitorais; Leis Especiais. Direito penal especial. Lei 9.100/95; Lei 9.504/97.

1. Introdução

O Brasil é, por definição constitucional, um Estado Democrático de Direito[1] (art. 1.º da Constituição Federal de 1988). Por essa razão, o constituinte erigiu como fundamento da República Federativa do Brasil o *pluralismo político* que, na

(1) "Desencadeia-se, então, um processo de democratização do Estado; os movimentos políticos do final do século XIX, início do século XX, transformam o velho e formal Estado de Direito num Estado Democrático, onde além da mera submissão à lei deveria haver a submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos. Assim, o conceito de Estado Democrático não é um conceito formal, técnico, onde se dispõe um conjunto de regras relativas à escolha dos dirigentes políticos. A democracia, pelo contrário, é algo dinâmico, em constante aperfeiçoamento, sendo válido dizer que nunca foi plenamente alcançada. Diferentemente do Estado de Direito – que, no dizer do Otto Mayer, é o direito administrativo bem ordenado – no Estado Democrático importa saber a que normas o Estado e o próprio cidadão estão submetidos. Portanto, no entendimento de Estado Democrático devem ser levados em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume em submeter-se às leis, sejam elas quais forem." Cf. Celso Ribeiro Bastos. *Curso de direito constitucional.* 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1990, p. 147.

concepção de Celso Ribeiro Bastos,[2] envolve "(...) formas plurais de organização da sociedade, desde a multiplicidade de partidos até a variedade de igrejas, escolas, empresas, sindicatos, organizações culturais, enfim, de organizações e idéias que têm visão e interesses distintos daqueles adotados pelo Estado". Em suma, diz o emérito jurista, trata-se da possibilidade de oposição e de controle do Estado. Não por outra razão, ademais, o *voto direto, secreto, universal e periódico* recebeu tratamento constitucional de cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, II), sendo, por conseguinte, núcleo imutável da Lei Maior.

Semelhantes disposições atestam, indubitavelmente, o valor fundamental imprimido pela Assembléia Nacional Constituinte aos direitos políticos dos cidadãos, haja vista a relevância institucional que o sufrágio popular obteve na sociedade brasileira. Pelo voto direto, exercício impostergável da cidadania, definem-se os rumos da nação; elegem-se aqueles que, durante um determinado período legalmente estabelecido, capitanearão a República, tendo em mira os seus objetivos fundamentais (art. 3.º da Constituição). Ora, um valor de tão alta hierarquia, quando violado, deverá ensejar, necessariamente, reprimenda igualmente rigorosa; faz-se mister, por conseguinte, a incidência de *normas penais*, tutelando o bem jurídico em apreço e sancionando sua depreciação com a imperatividade própria do Direito Penal, apta a restringir o infrator em um seu direito de máxima relevância: a sua liberdade. Tal assertiva condiz com o caráter *fragmentário* do Direito Penal, eis que garantir a integridade dos direitos eleitorais e da lisura dos procedimentos eletivos demanda a sanção penal enquanto *ultima ratio*.

Assim, pois, todo Estado Democrático de Direito, ao erigir a soberania popular como fonte única do poder político, deverá tutelar a incolumidade do processo de delegação desse mesmo poder aos representantes populares; e, com esse desiderato, estabelecerá delitos eleitorais em seu ordenamento. Curiosamente, o Código Eleitoral brasileiro em vigor, que cumpriu, entre nós, referido papel, foi concebido em 1965 (quando era Presidente da República H. Castello Branco), sob os auspícios de um governo *não democrático*, já que proveniente de um golpe militar, perpetrado em março de 1964 como uma panacéia para os problemas econômicos de então e para a "ameaça" comunista alardeada. Compreende-se, porém, esse aparente paradoxo, ao se considerar que "o grupo castelista tinha, no plano político, o objetivo de instituir uma 'democracia restringida', depois de realizar as cirurgias previstas no AI-1";[3] e que, por outro lado, "o AI-1 não tocara no calendário para as eleições ao governo dos Estados. Em outubro de 1965, realizaram-se eleições diretas em 11 deles".[4] O resultado das urnas, aliás, viria a materializar o triunfo da oposição, razão pela qual "os grupos de linha-dura, adversários dos castelistas, viram nele a prova de que o governo era muito complacente com seus inimigos".[5] Esse descontentamento ocasionou, posteriormente, o fracasso dos castelistas em fazer o sucessor de Castello; elegeu-se o general Artur da Costa e Silva, o "tio velho", concentrando as esperanças da linha-dura e dos nacionalistas autoritários das Forças Armadas. Castello Branco, todavia, intentava restituir o governo aos civis e proceder a uma abertura política paulatina, que somente seria retomada em 1973 com a indicação de Ernesto Geisel, para o regozijo dos castelistas; essa aspiração democrática ínsita a um governo formalmente autoritário, e a própria necessidade de regulamentar as eleições que se fariam em diversas unidades da Federação, acabaram por determinar a elabora-

(2) Idem, ibidem, p.148.

(3) FAUSTO, Bóris. *História do Brasil*. 4. ed. São Paulo : EDUSP, 1996, p. 470.

(4) Idem, ibidem, p. 473.

(5) Idem, ibidem, p. 474.

ção do mencionado Código, estruturando, inclusive, as bases jurídico-positivas de um Direito Penal Eleitoral brasileiro.

Sobre o Direito Penal Eleitoral, a propósito, cumpre-nos ressaltar tratar-se tão-somente de um capítulo do Direito Penal, sem traços característicos bastantes para autorizarem alguma pretensão de autonomia (o que ocorre, *verbi gratia*, com o Direito Penal Ambiental ou com o Direito Penal Econômico), motivo pelo qual apenas utilizaremos essa expressão para fins didáticos, e com o intuito de imprimir fluidez à exposição.

Apresentados, assim, os precedentes históricos do Direito Penal Eleitoral brasileiro, a partir de sua principal fonte legislativa (o que terá especial importância no labor interpretativo dos tipos legais), passemos à apresentação do cabedal de leis que o alicerçam na atualidade. Em primeiro lugar, tem-se o próprio Código Eleitoral brasileiro – Lei 4.737, de 15.07.1965 – que, insistimos, constitui a fonte formal por excelência dos tipos penais eleitorais, elencados entre seus artigos 289 a 354 (61 tipos). Há também figuras penais descritas em legislação eleitoral extravagante, e particularmente na Lei 6.091/74 (sobre transporte e alimentação de eleitores – art. 11),[6] Lei 6.996/82 (processamento eletrônico – art. 15)[7] e Lei Complementar 64/90,[8] que tem procedimento diversificado de apuração e de punição; em diversas oportunidades, outrossim, o legislador criou tipos penais excepcionais ou temporários, "(...) entendendo-se como tais as que são editadas para atender a anormais condições de vida social (locais ou gerais) e têm o prazo de vigência prefixado no seu próprio texto ou subordinado à

(6) Art. 11: "Constitui crime eleitoral:

"I – descumprir, responsável por órgão, repartição ou unidade do serviço público, o dever imposto no art. 3.º [informação à Justiça Eleitoral dos veículos e embarcações que conduzirão eleitores], ou prestar informações inexatas que visem a elidir, total ou parcialmente, a contribuição de que ele trata: Pena – detenção de quinze dias a seis meses e pagamento de 60 a 100 dias-multa;

"II – desatender à requisição de que trata o art. 2º [pela Justiça Eleitoral a particulares, para o transporte gratuito de eleitores em zonas rurais nos dias de eleição, se os veículos públicos não forem suficientes]: Pena – pagamento de 200 a 300 dias-multa, além da apreensão do veículo para o fim previsto;

"III – descumprir a proibição dos arts. 5.º, 8.º e 10 [veículos aos quais é vedado o transporte de eleitores desde o dia anterior até o posterior às eleições; proibição de fornecimento de refeições aos eleitores rurais; vedação de que candidatos ou órgãos partidários forneçam transportes ou refeições aos eleitores das zonas urbanas: Pena – reclusão de quatro a seis anos e pagamento de 200 a 300 dias-multa (art. 302 do Código Eleitoral);

"IV – obstar, por qualquer forma, a prestação dos serviços previstos nos arts. 4.º e 8.º desta Lei, atribuídos à Justiça Eleitoral [transporte e alimentação de eleitores da zona rural, essa quando imprescindível]: Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos;

"V – utilizar em campanha eleitoral, no decurso dos 90 (noventa) dias que antecedem o pleito, veículos e embarcações pertencentes à União, Estados, Territórios, Municípios e respectivas autarquias e sociedades de economia mista: Pena – cancelamento do registro do candidato ou de seu diploma, se já houver sido proclamado eleito.

"Parágrafo único. O responsável, pela guarda do veículo ou da embarcação, será punido com a pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e pagamento de 60 (sessenta) a 100 (cem) dias-multa.

(7) Art. 15: "Incorrerá nas penas do art. 315 do Código Eleitoral quem, no processamento eletrônico das cédulas, alterar resultados, qualquer que seja o método utilizado."

(8) Art. 25: "Constitui crime eleitoral a argüição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro do candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinqüenta) vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional – BTN e, no caso de sua extinção, de título público que o substitua."

duração do excepcional estado de coisas que as ocasiona";[9] assim, por exemplo, alguns dos crimes eleitorais previstos na Lei 9.100 de 02.10.1995, que disciplinou o pleito de 03.10.1996. Nesse sentido, o magistério de Alberto Rollo e Enir Braga,[10] cotejando o Código Eleitoral e a citada Lei 9.100: "O Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15.07.1965), quanto à matéria de organização e competência da Justiça Eleitoral, foi recepcionado com *status* de lei complementar e, assim, somente lei com igual força poderá modificá-lo (tese não pacífica). Quanto às demais matérias, lei federal ordinária poderá fazê-lo (tese pacífica), inclusive quanto aos seus previstos sessenta e cinco tipos de infrações penais (arts. 289 a 364) [sic],[11] de modo que, *no período das eleições municipais de 03.10.1996, as normas penais contidas na Lei 9.100, de 29.09.1995, prevalecerão – prevalência transitória (art. 4.º) – sobre aquelas, se colidentes.*" (grifos nossos).

Passemos, dessarte, à análise dos crimes eleitorais, em sua essência.

(9) HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, 1977, I-I/139.

(10) ROLLO, Alberto; BRAGA, Enir. *Comentários à Lei 9.100, de 1995*. São Paulo : Fiuza, 1996, p.173.

(11) Na verdade, seriam 51 tipos, compreendidos entre os arts. 289 e 354; a partir do art. 355, o Código trata do processo penal eleitoral. O art. 336, ressalte-se, não estabelece nenhum tipo penal; apenas estabelece um *efeito peculiar da sentença condenatória* que julgar ação penal pela infração dos arts. 322 a 326, 328, 329, 331, 332, 334 e 335: suspensão da atividade eleitoral do diretório local do partido cujos membros tenham concorrido para a prática do delito. Da mesma maneira, não estabelecem tipos penais: arts. 294 (revogado); art. 327 (causas de aumento de pena); art. 330 (causa de diminuição de pena); 351 (objetos equiparados a documento para os fins penais).

2. Lineamentos de uma teoria geral do Direito Penal Eleitoral

2.1 Da natureza e da objetividade jurídica

O primeiro questionamento que se faria acerca dos delitos eleitorais reside em sua natureza: podem ser incluídos entre os chamados crimes políticos? A essa indagação, Camargo Aranha responde negativamente, como informam Sebastião Oscar Feltrin e Antonio Carlos Mathias Coltro:[12] o ilustre Desembargador entende que o crime eleitoral é crime comum, embora de natureza especial, já que possui legislação própria, aplicável por órgão especial do Poder Judiciário (a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar são, com efeito, os únicos órgãos "especiais" do Poder Judiciário que possuem competência em matéria penal – cf. art. 92 da CF). Pertenceria, pois, ao chamado *direito penal especial*, mas não teria natureza política. Fávila Ribeiro, por sua vez, inclui-o na categoria dos crimes políticos. Em sede jurisprudencial, houve já manifestação do Excelso Pretório, em voto da lavra do Min. Celso de Mello, *in verbis*: "Não há que se distinguir o crime eleitoral dos crimes comuns, pois estes são todos os delitos, salvo os impropriamente chamados de crimes de responsabilidade. Antiga e harmoniosa jurisprudência da Corte neste sentido." (Supremo Tribunal Federal. Inquérito 507-0. Rel. Paulo Brossard. *DJU* de 17.12.1993, p. 28.049).

Na verdade, o enfrentamento dessa questão pressupõe o desate de uma problemática anterior: qual o conceito de crime político? E. Magalhães Noronha,[13] procedendo à distinção entre crimes comuns e políticos, assere que os primeiros atacam

(12) FRANCO, Alberto Silva. *et alli*. In: *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo : RT, 1995, p. 543.

(13) NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1968, Vol. I, p. 108.

bens ou interesses jurídicos do indivíduo, da família ou da sociedade, enquanto que os segundos atingem a própria segurança interna ou externa do Estado, ou são dirigidos contra a própria personalidade deste. Vê-se, por conseguinte, que os delitos políticos típicos são aqueles articulados pela Lei 7.170 de 14.12.1983 ("Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências"); seu art. 1.º enuncia, com clareza, qual a objetividade jurídica de tais delitos: "a integridade territorial e a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito, e a pessoa dos chefes dos Poderes da União". Ponderar-se-ia que as infrações penais eleitorais vulneram o regime representativo e democrático, sendo portanto delitos políticos; há que se estabelecer, porém, uma distinção. Um delito eleitoral poderá ter sua potencialidade lesiva restrita a um ou alguns cidadãos, ou ao processo e à administração eleitoral, e então não consubstanciará crime político, porque não lesiona nem expõe a perigo de lesão o regime representativo e democrático, mas apenas as prerrogativas que este regime garante aos indivíduos concretamente prejudicados, ou a estrutura funcional erigida para sustentá-lo. Tal será o caso, *e.g.*, do delito previsto no art. 312 do Código Eleitoral (violar ou tentar violar o sigilo de voto ofende a liberdade eleitoral do sujeito passivo), ou no art. 313 (deixar o juiz e os membros da Junta de expedir o boletim de apuração imediatamente após a apuração de cada urna e antes de passar à subseqüente ofende o procedimento de apuração eleitoral). Inobstante, alguns ilícitos penais idealizados pelo legislador não apenas comprometem alguns aspectos do regime representativo e democrático, mas antes *ameaçam a sua própria existência enquanto tal*: assim é com o delito do art. 9.º (tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país) e do art. 23, I (incitar à subversão da ordem política ou social) da Lei 7.170. Esses, inquestionavelmente, são delitos políticos; aqueles, não. Dessarte, porquanto aqueles devam ser classificados como delitos *eleitorais* – ferem manifestações institucionais do regime representativo, a saber, prerrogativas e procedimentos eleitorais – esses não serão assim considerados, pois tendem a aniquilar o próprio regime representativo, sendo delitos *contra a Segurança Nacional*, sua precípua objetividade jurídica. Evidentemente que, por via reflexa, aquelas manifestações institucionais desaparecerão; a recíproca, todavia, não é verdadeira: a ofensa direta a tais manifestações, mediante crimes eleitorais, não implicará o desaparecimento do regime que as reclama, embora o debilite.

Do exposto, portanto, conclui-se assistir razão a Camargo Aranha e Celso de Mello: os crimes eleitorais *stricto sensu*, assim entendidos os que agridem as manifestações institucionais do regime representativo no âmbito eleitoral e partidário,[14] são crimes comuns, e não políticos, embora de natureza especial.

2.2 Da classificação

O problema seguinte respeita à classificação dos delitos eleitorais. O Código Eleitoral não seguiu os moldes do Código

(14) Essa é uma conceituação *substancial* do que sejam os delitos eleitorais, pautada em sua objetividade jurídica. A doutrina pátria, em nosso entender, ressente-se de um tal conceito, porque vários dentre os poucos autores que abordam o tema ou não os conceituam, ou o fazem topologicamente. Veja-se, por exemplo, Noely Manfredini D'Almeida, Fernando José dos Santos e Antonio Júlio Ranchiaro. *Crimes eleitorais e outras infringências*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 06: "Crimes eleitorais são todos aqueles previstos no Código Eleitoral, do artigo 289 ao 354, mais os delitos anotados na Lei 6.091/74 (transporte e alimentação de eleitores), Lei 6.996/82 (processamento eletrônico) e os da lei Complementar 64/90 (...)".

Penal, que agrupou os delitos conforme a objetividade jurídica vulnerada (vida, patrimônio, fé pública, liberdade sexual etc.); apenas reservou, no seu Título IV ("Disposições Penais"), um capítulo para suas disposições preliminares (corresponde a uma "parte geral" nesse tema), outro para a tipologia, e um terceiro para o procedimento respectivo. Como vimos acima, embora se possa falar, genericamente, nas manifestações institucionais do regime representativo como objetividade jurídica comum a todos os tipos sob análise, pode-se perceber uma *especialização* dessa objetividade, conforme o delito agrida tal ou qual manifestação. Fávila Ribeiro[15] os classifica em quatro categorias: crimes lesivos à autenticidade do processo eleitoral, crimes lesivos ao funcionamento do serviço eleitoral, crimes lesivos à liberdade eleitoral e crimes lesivos aos padrões éticos igualitários nas atividades eleitorais. Outra, de Nelson Hungria e lembrada por Fávila Ribeiro, contempla os crimes abusivos à propaganda eleitoral (CE, arts. 322 a 327), os de fraude eleitoral (CE, arts. 289 a 291, 302, 307, 309, 310, 312, 315, 317, 319, 321, 337, 339, 340, 348, 349, 352, 353, 354), os de corrupção eleitoral (art. 299), os de coação eleitoral (arts. 300 e 301), os de aproveitamento econômico da ocasião eleitoral (arts. 303 e 304) e os de irregularidade no ou contra o serviço público eleitoral (demais artigos do Capítulo II do Título IV do CE). Fala-se, ainda, em crimes contra a organização administrativa da Justiça Eleitoral, contra os serviços da Justiça Eleitoral, contra a fé pública eleitoral, contra a propaganda eleitoral, contra o sigilo e o exercício de voto e contra os partidos políticos (classificação de Joel José Cândido).[16]

Para nós, melhor seria discrepá-los apenas em *crimes contra as prerrogativas eleitorais* (liberdade eleitoral, direito de voto, padrões igualitários nas atividades eleitorais, direito à imagem perante os eleitores etc.) e *crimes contra a estrutura funcional da Justiça Eleitoral* (organização administrativa, serviços, fé pública eleitoral, propaganda eleitoral, partidos políticos etc.), o que redundaria em uma classificação mais sintética e, portanto, mais acessível. Admitindo-se, contudo, a maior versatilidade de uma classificação analítica, optaríamos por aquela primeiramente consignada por Torquato Jardim:[17] *crimes eleitorais no alistamento eleitoral* (arts. 289 a 295 do CE), *no alistamento partidário* (arts. 319 a 321), *na propaganda eleitoral* (arts. 299 a 304 e 322 a 338), *na votação* (arts. 297, 298, 305 a 312), *na apuração* (arts. 313 a 318) e *no funcionamento do serviço eleitoral* (arts. 296, 339 a 354).

2.3 Do tipo penal eleitoral

2.3.1 Do sujeito ativo

A sujeição ativa, nos crimes eleitorais, pode ser atribuída a qualquer pessoa (*v.g.*, art. 323) ou a agentes especificados (*v.g.*, arts. 314 e 305); temos, pois, crimes eleitorais próprios (apenas podem ser cometidos por determinados agentes), e então serão em regra *funcionais*[18] (comissíveis

(15) RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral.* 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986, p. 475.

(16) CÂNDIDO, José Joel. *Direito eleitoral brasileiro.* 4. ed. São Paulo : Edipro, 1994, p. 241.

(17) JARDIM, Torquato. *Direito eleitoral positivo.* Brasília : Brasília Jurídica, 1996, p. 63.

(18) Alguns tipos penais do Código Eleitoral, contudo, são *próprios,* mas não funcionais. É o que se dá com o art. 337, parágrafo único: "Na mesma pena [detenção até 6 meses e pagamento de 90 a 120 dias-multa] incorrerá o responsável pelas emissoras de rádio ou televisão que autorizar transmissões de que participem os mencionados neste artigo [estrangeiro ou brasileiro sem o gozo dos direitos políticos], bem como o diretor de jornal que lhes divulgar os pronunciamentos." O crime, portanto, apenas poderá ser cometido por pessoa responsável pelas emissoras de rádio ou televisão, ou por diretor de jornal.

por agentes públicos; ou, como prefere o Código Penal e o próprio Código Eleitoral, *funcionários públicos*). O art. 327 do CP conceitua funcionário público, para os efeitos penais, todo aquele que, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública, em entes da Administração Direta ou em entidade paraestatal; bastaria essa previsão, já que as normas gerais do CP aplicam-se a toda lei penal especial, em não havendo colidência (arts. 12 CP e 287 CE). O legislador de 65, porém, optou por precisar o sentido do termo, no âmbito exclusivo da Justiça Eleitoral. Assim, consoante o art. 283 do CE, são considerados *membros* da Justiça Eleitoral os magistrados que, mesmo não exercendo funções eleitorais, estejam presidindo Juntas Apuradoras ou se encontrem no exercício de outra função por designação de Tribunal Eleitoral (o que deve ser cotejado com o art. 37, *caput*, do CE: podem ser organizadas tantas Juntas Eleitorais quantas permitir o número de juízes de direito que gozem das garantias do art. 95 da CF, *mesmo que não sejam juízes eleitorais*); os cidadãos que temporariamente integram órgãos da Justiça Eleitoral (advogados nomeados juízes dos tribunais eleitorais, consoante os arts. 119, II, e 120, III, da Constituição Federal); os cidadãos que hajam sido nomeados para as mesas receptoras ou Juntas Apuradoras (nos termos do art. 36, compor-se-ão as juntas eleitorais de um juiz de direito, que será o presidente, *e de dois ou quatro cidadãos de notória idoneidade*). E serão tidos como *funcionários* os mencionados no inciso III do art. 238: funcionários requisitados pela Justiça Eleitoral; trata-se de "(...) expressão ampla que aqui contempla toda e qualquer pessoa, mesmo os não-funcionários na acepção original do termo, que foram requisitados para exercer cargos ou funções na Justiça Eleitoral. A partir da hora em que passaram a trabalhar, por requisição, cedidos, na Justiça Eleitoral, adquiriram, para efeitos penais, a condição de funcionário da Justiça Eleitoral. Exemplo disso são os bancários e economiários que não são, a princípio, funcionários em sentido estrito, mas que passam a sê-lo com a cedência à Justiça Eleitoral, atendida requisição dela emanada, para fins penais".[19] Outrossim, equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou em sociedade de economia mista (Art. 283, § 2.º).

Qual a finalidade prática dessa ampla definição legal do que seja funcionário da Justiça Eleitoral? Além da sua utilidade, enquanto norma penal explicativa, para a interpretação dos crimes eleitorais funcionais, o CE emprega o conceito para estabelecer causas agravantes específicas (*v.g.*, parágrafo único do art. 300).

2.3.2 Excepcionalidade e temporariedade. Tipos penais da Lei 9.100/95

Aludíamos, linhas acima, ao uso de tipos penais temporários ou excepcionais no Direito Penal Eleitoral (art. 3.º do Código Penal). Tal emprego se justifica, uma vez que a tecnologia utilizada para a coleta e a apuração de votos, por exemplo, tende a se sofisticar paulatinamente (cite-se, a título de ilustração, as eleições de 03.10.1996, de 04.10.1998 e de 25.10.1998), nas quais foram utilizadas as chamadas "urnas eletrônicas"). De outra parte, tem sido comum entre nós a elaboração de leis específicas para a regulamentação minudente de cada pleito que se aproxima; referidas leis serão, por sua própria natureza, transitórias e levarão consigo, conforme percam sua eficácia com a realização das eleições que disciplinavam, também as disposições penais que continham. Essa é, aliás, a razão pela qual Rollo e Braga (*supra*) afirmam que as normas penais da Lei 9.100 ("Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 03.10.1996, e dá outras providências"), em sua totalidade, têm prevalência *transitória* sobre os tipos penais da Lei 4.737 (CE).

(19) FELTRIN, Sebastião Oscar. Op. cit., p. 544.

Essa inferência, porém, comporta alguma discussão. Não nos parece, a despeito da ementa da Lei 9.100, que toda ela tenha automaticamente perdido a eficácia com o advento das eleições municipais de 1996; conseqüentemente, também não se nos afigura acertado afirmar que *todos* os tipos penais inscritos naquele diploma estejam impossibilitados de incidir. Deverá o intérprete analisar quais dispositivos não mais têm aplicação, e quais ainda a comportam. A questão não adquire maior relevância prática, porque, repita-se, é praxe entre nós que se crie um diploma legal específico para a disciplina de cada pleito eleitoral, inclusive repetindo tipos penais (o que de fato ocorreu por ocasião das eleições de 1998 – Lei 9.504/97); sancionada a nova lei em 30.09.1997, evidentemente não se cogitou, para fins eleitorais, da aplicação da Lei 9.100 (até porque essa se referiu às eleições municipais, enquanto que a Lei 9.504/97 referiu-se às eleições federais e estaduais de 1998). Imaginando-se, todavia, que tal lei não houvesse sido editada,[20] ou que em seu bojo se houvesse verificado a ausência de alguma matéria pertinente, não haveria empecilho à aplicação de alguns dos dispositivos da Lei 9.100, ainda que analogicamente, para fins de integração da lacuna legislativa; se, *exempli gratia*, não houvesse disciplina acerca do sistema eletrônico de votação e de apuração (como de fato houve: artigos 59 a 62 da Lei 9.504), aplicar-se-ia o regramento contido na Lei 9.100, em seus arts. 18 a 20. Portanto, até que se regulasse essa matéria em um novo diploma, os dispositivos aludidos continuavam em vigor, conquanto em estado latente (já que não havia eleições em curso); isso significa que também os incisos VII e VIII do art. 67 da Lei 9.100 estavam em vigor, aptos a incidir tão logo se verificasse a conduta tipicamente descrita. Apenas com o advento da Lei 9.504 perderam eficácia, por força do art. 2.º, §1.º, *in fine*, da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-lei 4.657/42): a matéria foi inteiramente regulada pelos incisos I e II do art. 72.[21] Tais normas

(20) Tal omissão já se verificou, algumas vezes, com relação às leis orçamentárias, que, a exemplo destas leis eleitorais elaboradas para um sufrágio específico, devem também ser aprovadas dentro de um período predeterminado; tal se dá em face dos embates políticos que, travados nas casas legislativas, acabam por entravar a aprovação dos projetos de lei respectivos.

(21) Na realidade, as redações são algo diversas. Rezavam os incisos VII e VIII do art. 67 da Lei 9.100: "*obter* ou *tentar obter*, indevidamente, acesso a sistema de tratamento automático de dados utilizado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou contagem de votos"; "*tentar* desenvolver ou introduzir comando, instrução ou programa de computador, capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados utilizado pelo serviço eleitoral". Já o artigo 72 da Lei 9.504/97, em seus incisos I e II, prevê: "*obter* acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos"; "*desenvolver ou introduzir* comando, instrução ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral". A lei posterior disciplinou exatamente o mesmo gênero de condutas tratado na *lex praevia*; portanto, não haveria que se falar em coexistência de normas. De conseguinte, a Lei 9.504 é *lex mitior* em relação à Lei 9.100, no tocante ao crime de obtenção de acesso a sistema de tratamento automático de dados; por esta última, *tanto o fato consumado quanto o tentado* eram objeto de igual censurabilidade (é dizer: previa-se para a hipótese *crime de atentado*, que por definição não admite tentativa), enquanto que pela primeira a reclusão de 5 a 10 anos aplica-se apenas ao ato *consumado* (para a *tentativa*, portanto, incidirá a causa de diminuição de pena do art. 14, II, e parágrafo único, da Parte Geral do Código Penal). O mesmo se diga

penais, dessarte, não têm o caráter de provisoriedade pretendido por Rollo e Braga; antes, vigem indefinidamente, até que nova lei eleitoral estabeleça um tipo penal com mesma descrição típica e mesma objetividade jurídica. Mais do que isso: ainda que a nova lei eleitoral tenha disposto sobre o sistema eletrônico de votação e de apuração (tornando despiciendo o regramento da Lei 9.100), caso não houvesse mencionado alguma das condutas incriminadas pela Lei 9.100 para tutelar a integridade dos dados, da instrução ou do programa utilizado, *incidiriam as normas dos arts. 67, VII e VIII*. Esse parece ser, ademais, o entendimento de Torquato Jardim, que, referindo-se à lei eleitoral municipal de 1996, aponta-a como instrumento legal de reação à modernização dos meios operacionais do serviço eleitoral, tipificando dois novos crimes; em momento algum, porém, menciona qualquer limitação temporal à eficácia desses novos tipos, com o que deixa subentendido que não são tipos temporários ou excepcionais, mas tipos normais, como os do Código Eleitoral, sobre os quais vinha discorrendo até então em sua obra.[22] Seria mesmo temerário imaginar que, inexistente nova previsão típica, a conduta de operador que tentasse obter acesso ao sistema de dados do serviço eleitoral para alterar a contagem de votos, ou que tentasse destruir, alterar, gravar ou transmitir dados desse mesmo sistema, restasse impunível em nosso ordenamento – tanto mais se levarmos em conta que, já àquela época, o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral manifestava sua intenção de, nos próximos pleitos, expandir o sistema eletrônico de votação e apuração para uma gama maior de circunscrições eleitorais.

Alguns tipos da Lei 9.100, nada obstante, tinham realmente caráter excepcional, não tendo mais aplicabilidade. É o caso do art. 67, IV: "Constitui crime eleitoral: (...) divulgar (...) pesquisa manipulada com infringência do artigo 48 (...)"; a pena cominada era de detenção de dois meses a um ano ou pagamento de multa de 4 mil UFIR a 12 mil UFIR, se o crime fosse cometido pela imprensa, rádio ou televisão. Feita a remissão ao art. 48 da Lei, vejamos o que dispõe: "A partir de 02 de abril de 1996, as entidades ou empresas que realizarem pesquisas de opinião pública relativas às eleições ou aos candidatos, para serem levadas ao conhecimento público, são obrigadas a registrar, junto à Justiça Eleitoral, até cinco dias antes da divulgação de cada pesquisa, as informações a seguir relacionadas:(...)". Evidentemente essa previsão reportava-se, em

quanto ao crime de comando, instrução ou programa lesivo ao sistema de dados eleitorais (art. 72, II): antes, havia *crime de atentado* (punindo-se igualmente a tentativa e a consumação – ressalvada ao juiz, evidentemente, a possibilidade de adequar a pena básica à gravidade da conduta na primeira fase de fixação da pena [art. 68 do CP], *ex vi* do art. 59 do Código Penal); agora, pune-se com reclusão de cinco a dez anos *apenas* a conduta consumada, reservando-se à tentativa a regra geral de redução de pena do Código Penal.

(22) JARDIM, Torquato. Op. cit., p. 65, *in verbis*: "A lei eleitoral municipal de 1996, reagindo já à modernização dos meios operacionais do serviço eleitoral, inclusive a adoção de instrumentos eletrônicos de captação e apuração de votos, tipificou dois novos crimes (Lei 9.100/95, art. 67, VII, VIII). Primeiro, 'obter ou tentar obter, indevidamente, acesso ao sistema de tratamento automático de dados utilizado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou contagem de votos' (pena – reclusão de um a dois anos e multa); segundo, 'tentar desenvolver ou introduzir comando, instrução ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados utilizado pelo serviço eleitoral' (pena – reclusão de três a seis anos e multa)." Trata-se, com efeito, de iniciativa pioneira na legislação pátria, criminalizando a conduta de técnicos, analistas e *hackers* que tencionem manipular as informações hauridas a partir de um sufrágio eletrônico.

caráter exclusivo, às eleições municipais de 03.10.1996 – não por outra razão, a data estipulada no *caput* fixava um período de exatamente seis meses até a realização do escrutínio em apreço. Por conseguinte, realizado esse escrutínio, a norma perdeu sua eficácia; ulteriormente, as pesquisas que as agências jornalísticas divulgaram sobre o *ranking* ou sobre a popularidade dos "presidenciáveis" não se submeteram, por óbvio, a qualquer registro perante a Justiça Eleitoral, até a vigência da Lei 9.504/97 (que inseriu previsão similar sobre as eleições de 1988 em seus artigos 33 a 35, e criou novo tipo penal, assemelhado àquele contido no art. 67, IV, da Lei 9.100 [segunda parte], no seu artigo 33, § 4.º, com majoração das penas pecuniária e privativa de liberdade – patamar mínimo elevado de dois para seis meses). Em suma: a figura penal do art. 67, IV, da Lei 9.100/95 desapareceu do ordenamento pátrio com as eleições de 1996, assim como a norma do art. 48, à qual remetia o intérprete; tratava-se, pois, de típica norma penal temporária.

Em conclusão, admite-se a conveniência de que leis penais temporárias ou excepcionais sejam utilizadas na órbita do Direito Penal Eleitoral, quer pelas peculiaridades ínsitas a cada período eleitoral, quer pelo aperfeiçoamento tecnológico dos serviços eleitorais, ou ainda pela praxe nacional de que para cada sufrágio o legislador brasileiro edite lei específica. Requer-se, entretanto, que o intérprete legal guarde atenção quando da análise dessas leis, eis que, dentre as normas penais que encerram, algumas serão, normalmente, temporárias ou excepcionais;[23] outras, contudo, terão vigência indefinida.

(23) A doutrina diferencia normas penais temporárias e excepcionais, asserindo que as primeiras têm sua vigência limitada por um prazo ou por uma data previamente definida, enquanto que as segundas têm sua vigência condicionada à ocorrência de um certo evento (condição resolutiva), ou ao desaparecimento de uma certa circunstância anômala (estado de sítio ou de defesa, *e.g.*). No exemplo do texto (art. 67, IV, da Lei 9.100 – segunda parte), trata-se de norma penal *temporária* (limitada por uma data: 03.10.1996).

2.3.3 Tipos penais da Lei 9.504/97

Seguindo a tradição do direito pátrio, o Poder Legislativo trouxe a lume a Lei 9.504 de 30.09.1997, para disciplinar as eleições federais e estaduais de 1998. Nada obstante, parte da doutrina chegou a atribuir-lhe foros de *permanência,* tendo em vista o caráter genérico de sua epígrafe ("Estabelece normas para as eleições"; compare-se, *e.g.*, com a epígrafe da Lei 9.100, que estabelecia normas "para a realização das eleições municipais de 03.10.1996") e o seu próprio conteúdo (*ad exemplum* de seu artigo 1.º: conquanto as eleições de 1998 não tenham se estendido ao âmbito municipal, a norma regula inclusive as eleições municipais vindouras).[24] Nesse diapasão, o magistério de Antonio Almeida:[25] "Se optou o legislador pela eleição de uma lei extravagante, e não pela reformulação do Código, como seria desejável, pelo menos o caráter permanente da norma já permite a consolidação, ao longo de algum tempo, de uma jurisprudência que melhor oriente os aplicadores do texto legal. Espera-se, por isso, que o Congresso Nacional não se afaste desse desiderato, e, assim, não edite nova lei, transitória, para as eleições do ano 2000, frustrando o objetivo do legislador de 1997 de produzir uma norma permanente".

De novidade, a Lei 9.504 trouxe, sobretudo, o instituto da *reeleição,* decorrente da nova redação dada ao art. 14, § 5.º, da Constituição Federal.

(24) Cf. *in verbis*: "As eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, Governador (...) *Prefeito e Vice-Prefeito* (...) Deputado Distrital e *Vereador* dar-se-ão, em todo o País, no primeiro Domingo de outubro do ano respectivo".

(25) ALMEIDA, José Antonio. *Eleições 98 – comentários à Lei 9.504.* Brasília/DF: Brasília Jurídica, 1998, p. 13.

Sob o matiz estritamente penal, o novel diploma traz o seguinte panorama.

O artigo 91, em seu parágrafo único, tipifica a conduta de retenção de título eleitoral ou do comprovante de alistamento eleitoral como crime, punível com detenção de um a três meses, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade por igual período, e multa no valor de 5 mil a 10 mil UFIR. Como se verá, o legislador já buscou incorporar, nas figuras penais da Lei 9.504/97, a tônica das *penas alternativas,* amadurecida entre nós no final da década de 90 e culminando com a edição da Lei 9.714/98 (altera dispositivos do Dec.-lei 2.848/40 – Código Penal, elastecendo o rol de penas restritivas de direitos). O dispositivo em comento acabou por imprimir maior relevância institucional ao título de eleitor e ao comprovante de alistamento eleitoral, vez que a retenção dos demais documentos continua sendo considerada *contravenção penal,* punida com prisão simples de um a três meses ou multa (Lei 5.553/68); operou, ainda, *derrogação* do art. 3.º da Lei 5.553 (que considerava contravenção a retenção de título de eleitor, cf. remissão ao art. 1.º), na qualidade de *lex gravior.*

O artigo 94 estabelece prioridade para os feitos eleitorais, no período entre o registro das candidaturas até cinco dias após a realização do segundo turno das eleições, no tocante à participação do Ministério Público e dos juízes de todas as Justiças e instâncias (ressalvados os processos de *habeas corpus* e mandados de segurança); seu § 1.º torna defeso às autoridades *supra* deixar de cumprir qualquer prazo da Lei 9.504 em razão do exercício das funções regulares (ou seja: enuncia em forma negativa a regra já insculpida no *caput*). O descumprimento da regra constitui "crime de responsabilidade" e será objeto de anotação funcional para efeito de promoção na carreira. Esse *crime de responsabilidade* não foi tipificado pela Lei 9.504, que ensaia sofrível preceito primário e omite o preceito secundário (sanção). A responsabilização penal se fará, portanto, a partir do cabedal típico da legislação penal codificada e extravagante (incluindo a figura da *prevaricação* – art. 319 do CP); é dizer, a norma do § 2.º do art. 94 é de todo despicienda.

O artigo 90 estende à Lei 9.504 o art. 287 do Código Eleitoral[26] (Lei 4.737/65) e bem assim os artigos 355 a 364 (processo penal eleitoral).

O artigo 73, § 7.º considera *atos de improbidade,* na forma da Lei 8.429/92 (art. 11, I), as condutas enumeradas no *caput* (condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais: ceder ou usar em benefício de candidato bens móveis e imóveis da administração direta ou indireta, ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta durante o horário de expediente normal, fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão fora do horário eleitoral gratuito etc.). Observe-se, porém, que consoante a melhor doutrina a figura de *improbidade administrativa,* nos moldes da Lei 8.429/92, não tem natureza penal, sendo designativa de *corrupção administrativa.* Pode caracterizar ilícito penal, que então será apurado no foro competente; mas as sanções da Lei 8.429 não são de índole criminal (*ex vi* do art. 37, § 4.º, *in fine,* da Constituição Federal).[27]

O artigo 70 faz outra remissão ao Código Eleitoral, sem maiores especificações: "O Presidente de Junta Eleitoral que dei-

(26) Art. 287 do CE: "Aplicam-se aos fatos incriminados nesta Lei as regras gerais do Código Penal".

(27) Nesse sentido, cf. Pazzaglini, Elias Rosa e Fazzio Júnior. *Improbidade administrativa – aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público.* 2. ed. São Paulo : Atlas, 1997, p. 126: "A cláusula final 'sem prejuízo da ação penal cabível' indica que as sanções previstas no Texto Maior não são de índole criminal, devendo pois resultar de sentença proferida em persecução judicial civil. (...) A regulamentação do mandamento constitucional enunciado está positivada nos arts. 5.º, 6.º, 8.º e 12 da lei".

xar de receber ou de mencionar em ata os protestos recebidos, ou, ainda, impedir o exercício de fiscalização, pelos partidos ou coligações, deverá ser imediatamente afastado, além de responder pelos crimes previstos na Lei 4.737, de 15.07.1965 (Código Eleitoral)."

O artigo 72, ao qual já nos reportamos *supra,* visa coibir a ação dos *hackers* nos pleitos informatizados, para o que destina os incisos I e II; consideram crimes, respectivamente, a obtenção de acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos (*dolo específico*) e o desenvolvimento ou introdução de comando, instrução ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa, ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral. O último tipo penal (inciso II) é *aberto,* na medida em que acomete ao juiz da causa a interpretação pessoal do que seja "resultado esperado" no sistema de tratamento automático de dados do serviço eleitoral. O inciso III especializa conduta que bem se subsumiria à figura do dano (art. 163 do CP): "causar, propositadamente, dano físico ao equipamento usado na votação ou na totalização de votos ou a suas partes". Observe-se que o legislador não considera dano físico a destruição ou alteração de dados (para o que erige tipos penais específicos), arrefecendo-se assim o entendimento esboçado por alguns de que a informação possa ser considerada energia ou ainda matéria para fins penais.

O artigo 58, § 3.º, II, *e*, equipara ao delito de *desobediência* previsto no art. 347 do Código Eleitoral a negativa do responsável pela emissora de rádio ou televisão em entregar, no prazo de 24 horas, cópia da fita de transmissão de programa em relação ao qual tenha sido deduzido pedido de direito de resposta. Na verdade, trata-se aqui de um crime contra a administração da Justiça. O § 8.º do mesmo dispositivo também equipara à desobediência do art. 347 do CE o não-cumprimento integral ou parcial da decisão que conceder a resposta. Evidentemente, deverá estar presente o *dolo genérico* de agir em desobediência à determinação judicial. Enfim, o § 7.º sujeita a autoridade judiciária às penas do art. 345 do Código Eleitoral, em caso de não-cumprimento do prazo máximo de 24 horas para a prolação das decisões sobre o exercício de direito de resposta. Andou melhor o legislador de 1997, que *minudenciou* o dever legal cujo descumprimento responsabiliza criminalmente o juiz; a Lei 4.737 possui redação algo etérea: "Não cumprir a autoridade judiciária (...), nos prazos legais, os deveres impostos por este Código, se a infração não estiver sujeita a outra penalidade: Pena – pagamento de 30 (trinta) a 60 (sessenta) dias-multa".

O artigo 33, § 4.º, pune com detenção de seis meses a um ano e multa de 50 mil a 100 mil UFIR a divulgação de *pesquisa fraudulenta.*

O § 2.º do art. 34 estabeleceu que "o não-cumprimento do disposto neste artigo ou qualquer ato que vise a retardar, impedir ou dificultar a ação fiscalizadora dos partidos constitui crime, punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo, e multa no valor de dez mil a vinte mil UFIR". O § 1.º desse artigo não estabelece qualquer obrigação que possa ser descumprida; limita-se a dizer que os partidos poderão ter acesso ao sistema interno de controle, verificação e fiscalização de coleta de dados das entidades que divulgaram pesquisas de opinião relativas às eleições, mediante requerimento à Justiça Eleitoral. Se não requererem, evidentemente não haverá ilícito algum. Se requererem e a Justiça Eleitoral, por algum motivo, indeferir o pleito, também não haverá crime; ao partido restará o recurso cabível (aliás, a hipótese é de todo remota). Portanto, o crime de "não-cumprimento" do § 3.º refe-

ria-se à obrigação estatuída no *caput* para as entidades e empresas que realizam pesquisas de opinião pública; com efeito, rezava o *caput*: "Imediatamente após o registro da pesquisa, as empresas e entidades mencionadas no artigo anterior colocarão à disposição dos partidos ou coligações, em meio magnético ou impresso, todas as informações referentes a cada um dos trabalhos efetuados". No entanto, o *caput* foi vetado pelo Executivo, sob o argumento de que a expressão "todas as informações" incluiria os próprios resultados da pesquisa, pelo que os partidos e coligações teriam acesso ao resultado da pesquisa antes do público em geral (já que o art. 33 impõe prazo mínimo de cinco dias entre o registro da pesquisa e a publicação de seus resultados); e o fato seria de profunda inconveniência, eis que "se multiplicariam as tentativas de impugnação judicial da divulgação desta ou daquela pesquisa pelos partidos que se julgarem eventualmente desfavorecidos pelos resultados".[28] Ora, se a única conduta passível de "não-cumprimento" foi extirpada do preceito, então a norma penal do § 2.º do art. 34, em sua primeira parte (remissiva ao *caput*), caiu no vazio; noutras palavras, *remanesceu apenas o crime de retardamento ou impedimento da ação fiscalizadora dos partidos.* A primeira figura típica não se conformou, à míngua da obrigação originalmente emanada pelo *caput.*

Nada obstante, em expediente absolutamente inconstitucional, o Tribunal Superior Eleitoral, na Resolução 20.101 de 26.02.1998 (Instrução 34 – classe 12.ª), erigiu o § 1.º do art. 34 da Lei 9.504 à condição de *caput* de seu artigo 2.º, e manteve no respectivo § 2.º a tipificação do "não-cumprimento" como delito punível com detenção de seis meses a um ano e multa. Ou seja: ao seu talante, supriu o vácuo deixado pelo veto do Poder Executivo e, dessa maneira, buscou salvaguardar a figura penal do § 2.º, 1.ª parte, do art. 34 da Lei 9.504. A previsão, no entanto, é inócua, à luz do art. 5.º, XXXIX, da *Lex Legum*: *nullum crimen sine lege.* Aliás, sequer se pode identificar no *caput* do art. 2.º da Resolução 20.101 conduta que possa ser ilicitamente descumprida.

Pelo artigo 39, § 5.º, constituem ilícitos penais as condutas de, *no dia das eleições,* usar alto-falantes e amplificadores de som ou de promover comício ou carreata, ou ainda a conduta de distribuir material de propaganda política, inclusive volantes e outros impressos, e a prática de aliciamento, coação ou manifestação tendentes a influir na vontade do eleitor (numa expressão, a conhecida *boca de urna* tornou-se crime; noutras eleições, era fato perfeitamente lícito, o que corrobora uma vez mais o caráter *cambiante* do Direito Penal Eleitoral).

No mais, há que se mencionar as diversas resoluções publicadas pelo TSE, em que não raras vezes foram reproduzidos os dispositivos penais de leis eleitorais em vigor (*v.g.*, artigos 36 a 54 da Resolução 20.106 de 04.03.1998). Diante da previsão legal, as referências no corpo das resoluções tornam-se inócuas; e, nos casos em que conflitam com o correspectivo legal, são obviamente ineficazes.

2.3.4 Do objeto material

Não há grandes complicações para a análise do objeto material nos delitos eleitorais; apenas se deve atentar para a sua diversidade. O objeto material, como se sabe, é o objeto sobre o qual recai a conduta típica do agente. Exemplificando, no delito do art. 333, o objeto material será a faixa colocada irregularmente em logradouro público; no art. 331, será o meio de propaganda devidamente empregado, que fora inutilizado, alterado ou perturbado pelo infrator; no art. 317, será a urna ou os invólucros que se tenta violar; no art. 315, os mapas e boletins de apuração que se pretende alterar; no art. 329, os cartazes afixados em muros, fachadas ou logradouros públicos.

(28) *Apud* Antonio Almeida. Op. cit., p. 95, nota 167.

Sobre o tema, encontra-se na jurisprudência um interessante aresto, prolatado em um processo no qual a acusação procurou sustentar, para os fins do art. 331 ("Inutilizar, alterar ou perturbar meio de propaganda devidamente empregado"), que também os cabos eleitorais seriam "meios de propaganda" suscetíveis de perturbação para fins de configuração do delito em tela. A tese foi rechaçada, acertadamente, nos seguintes termos:

"Não se teria caracterizado qualquer perturbação de meio de propaganda que tipificasse o crime do art. 331 do Código Eleitoral. Meios de propaganda são aqueles regularmente utilizados pelos partidários dos candidatos, que o art. 248 do mesmo Diploma denomina de 'meios lícitos', evidentemente materiais, como o são, *v.g.*, os especificados no art. 244, inciso II, *ex vi* do parágrafo único dos mesmos artigos, 246 e 247, ainda do mesmo Código. São meios de propaganda, destarte, anúncios luminosos, cartazes, faixas, alto-falantes, amplificadores de voz, gravações de programas gratuitos de televisão ou rádio e, no que possa interessar em espécie, panfletos, convites, 'santinhos' etc.

"Pessoas, quais nomes ou funções tenham, assim, 'leões-de-chácara', 'cabos eleitorais' ou panfletistas (ou panfleteiros), não são meios, instrumentos materiais, mas agentes de propaganda, executores de atos de propaganda, como são os aludidos no art. 245 do Código Eleitoral.

"Quanto ao primeiro evento narrado na denúncia, pois, ainda que demonstrado, não teria tipificado o delito do art. 331 do Código Eleitoral. Poderia ter havido crime contra a honra das duas sedizentes vítimas e, até mesmo, tentativa de constrangimento ilegal ou ameaça, mas nunca perturbação, inutilização ou alteração dos meios de propaganda.

"A patentear o absurdo da colocação de pessoas como meios de propaganda, basta lembrar que, se assim se entendesse, alguém que, em campanha política, assassinasse um cabo eleitoral, por exemplo, teria de ser processado por inutilização de meio de propaganda." (TRE-SP – Reclamação 109.187 – Rel. Carlos Ortiz – *CDCE* 16/318).

2.4 Da antijuridicidade nos delitos eleitorais

A antijuridicidade, no dizer de Arturo Santoro,[29] é a "contradição do fato, eventualmente adequado ao modelo legal, com a ordem jurídica. Não basta, portanto, para haver crime, que uma conduta humana corresponda materialmente ao tipo que a lei descreve: é preciso, além disso, que constitua a lesão de um interesse alheio juridicamente protegido". Por outro lado, José Frederico Marques,[30] pautado no magistério de Franz von Lizt, distingue a antijuridicidade em *formal* e *material*, explicitando que uma conduta é formalmente antijurídica quando viola uma norma do Estado, e materialmente antijurídica quando atinge interesses vitais do indivíduo ou da coletividade protegidos pelas normas jurídicas; e, arrematando seu raciocínio, aduz que "a antijuridicidade formal se confunde com o fato típico, ou seja, revela a existência de uma conduta humana relevante para o Direito Penal. A antijuridicidade material lhe dá conteúdo, e, por isso mesmo, qualquer indagação sobre a ilicitude do fato típico, muito embora se situe algumas vezes nos elevados planos dos princípios gerais do direito, não pode realizar-se nos domínios transcendentes do metajurídico". Tentando explicar essa ilicitude material, Ernest Mayer formulou a doutrina das *normas de cultura* (*Kulturnormen*), sendo antijurídica a ação contrária às normas de cultura de uma determinada sociedade; o crime é conduta que contrasta não apenas com a norma jurídica, mas também com as re-

(29) SANTORO, Arturo. Circostanze, fatto ed antigiuridicità nella teoria del reato. In: *Studi in onore di Mariano D'Amelio*. Vol. III, p. 340.

(30) MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 99-101.

gras de cultura adotadas por uma coletividade. Marques, porém, refutou essa tese, como se lê no trecho *supra* transcrito: não reconhecia qualquer valor à projeção da antijuridicidade em planos metajurídicos.

Sob o aspecto do direito positivo, o mesmo autor observa que os códigos costumam resolver o problema da ilicitude negativamente, indicando em quais situações a ação típica não é antijurídica. É o que fez o legislador brasileiro, enumerando as causas justificantes: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal.

No âmbito do Direito Penal Eleitoral, parece-nos de difícil aplicação algumas dessas causas excludentes de ilicitude. Como alguém, por exemplo, poderia subscrever mais de uma ficha de registro de um ou mais partidos (art. 319 do CE) em estado de necessidade, ou em legítima defesa? Com efeito, é pressuposto da legítima defesa a agressão, e do estado de necessidade o perigo atual ou iminente; semelhantes circunstâncias não são encontradiças em meio à criminalidade eleitoral.[31] Poder-se-ia, inobstante, visualizar situações de estrito cumprimento do dever legal (*v.g.*, o tipo do art. 332 criminaliza a conduta de impedir o exercício da propaganda; o impedimento não será ilícito, entretanto, se a propaganda, na hipótese concreta, violar as proibições do art. 243 do CE – propaganda que, por exemplo, implique em oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou outra vantagem) e de exercício regular de direito (*v.g.*, o art. 329 tipifica a conduta de colocar cartazes, para fins de propaganda eleitoral, em muros, fachadas ou qualquer logradouro público; haverá, todavia, exercício regular de direito se o candidato afixá-los nos muros de sua própria casa, ou de residência alheia, com a autorização dos proprietários). Nesse último sentido, embora referente ao tipo do art. 328 ("Escrever, assinalar ou fazer pinturas em muros, fachadas ou qualquer logradouro público, para fins de propaganda eleitoral, empregando qualquer tipo de tinta, piche, cal ou produto semelhante"), leia-se o seguinte julgado:

"A posição predominante acabou sendo a de que era regular a propaganda colocada em bem particular, mesmo à fachada voltada para a via pública, desde que não ingressasse fisicamente no espaço da via pública.

"Não se sustem a sentença na parte em que rechaça o argumento da defesa de que pelo menos em um dos muros a propaganda era regular.

"Ocorre que também a outra propaganda pintada, da qual afirma não haver autorização, não pode ser tida como criminosa e por uma razão muito simples. Tratando-se de muro existente em terreno particular, como a própria sentença admite, era imperioso à acusação a quem incumbe o ônus processual de provar a existência do crime, trazer aos autos prova,

(31) Uma hipótese curiosa de estado de necessidade (embora não tenha sido assim reconhecida) consta, entretanto, dos anais de jurisprudência: "A prova dos autos demonstrara não ter havido, por parte do acusado, a omissão dolosa indispensável para caracterizar a figura penal prevista no art. 345 do Código Eleitoral, já que ficou esclarecido *ter ele se afastado às pressas da cidade, ao se encerrar o pleito de 15 de novembro de 1970*, no qual prestou serviços à Justiça Eleitoral como Presidente de mesa receptora, *por haver recebido recado de que sua esposa, que se encontrava em Taubaté, em período final de gravidez, não estava passando bem e necessitava urgentemente de sua assistência.* Assim agindo, não teve ele a intenção de retardar a entrega dos documentos eleitorais a ele confiados, tanto que, na manhã do dia seguinte, dirigiu-se *sponte sua* à sede do Juízo Eleitoral, a fim de fazer a entrega desses documentos." (TRE-SP. Reclamação 62.226. Rel. Carvalho Mange) (Grifos nossos). Adiante, usamos esse mesmo exemplo para ilustrar o emprego, pela jurisprudência, do critério da antijuridicidade material.

como fácil seria, de que não havia autorização para a propaganda. Pretender inverter esse ônus, como faz o Dr. Promotor de Justiça, fls. 87, é criar situação que afronta a sistemática do processo criminal (...).

"Uma vez que o réu declarou que havia pintado propaganda em muro existente em imóvel particular, com autorização de seus donos, cabia à acusação buscar elementos para aferir a exatidão do alegado e, como tal não ocorreu, viciou-se a instrução criminal de forma irremediável." (TRE-SP. Reclamação 103.393. Rel. Maurício Ferreira Leite).

Há algo mais a ser dito em tema de antijuridicidade nos crimes eleitorais. A nosso ver, pela diversidade de tipos constantes do Código Eleitoral brasileiro e pela gradação que seus resultados podem assumir na realidade fática, torna-se imprescindível a acepção *material* de antijuridicidade, inicialmente aludida, como critério a informar a atividade decisória dos julgadores: não basta que a conduta se subsuma no tipo; deverá, também, lesionar efetivamente um bem ou interesse penalmente. Alguns julgados, embora não o digam expressamente, vêm cogitando dessa abordagem, analisando a real lesividade da conduta do infrator:

• "Chamar alguém de imoral caracteriza injúria e difamação?

"Imoral, dizem os léxicos, é o 'que não é conforme a moral, aos bons costumes, que não guarda as leis morais, falta de moralidade, como maus costumes, mal morigerado' (cf. *Dicionário da língua portuguesa*, Antonio de Moraes Silva, 7. ed. Lisboa, 1978).

"Imoral é quem tem falta de moralidade, que procede com improbidade.

"O homem de boa moral, segundo o mesmo dicionarista, é o honesto, virtuoso, decoroso. O imoral, portanto, é a negação de todos esses predicados. É o desonesto, falto de virtude, indecoroso.

"Ora, atribuir a alguém essas qualidades negativas em programa de radiodifusão ou de televisão é difamá-lo e injuriá-lo, já que o ofendido poderá estar ouvindo esses conceitos sobre sua pessoa." (TRE-SP. Voto do Des. Alves Braga. *CDCE* 11/108).

• "As expressões de que se serviu, ao se referir ao ofendido, são inegavelmente injuriosas. Além do episódio relativo ao cheque sem fundos que, se fosse objetiva e subjetivamente falso, constituiria o delito de calúnia, o certo é que o réu, na propaganda eleitoral, procurou diminuir moralmente o adversário, atingindo sua honra subjetiva, ao tachá-lo de 'advogadozinho' e de 'advogado marca barbante'.

"Tais expressões falam por si e dispensam outras considerações para se ressaltar o excesso verificado que a liberdade de propaganda não tolera. E, como é óbvio, cumpre à Justiça Eleitoral coibir semelhantes abusos para moralizar e elevar o nível das campanhas eleitorais." (TRE-SP. Reclamação 67.365. Rel. Carvalho Filho).

Outros julgados, orientando-se pelo critério da antijuridicidade material (conquanto alguns o confundam com o problema da tipicidade), têm afastado a incidência da norma penal, por ausência de lesividade efetiva:

• "Nota-se entretanto que já ao subscrever e preencher o pedido de transferência, o eleitor referido indicou dois endereços, ou seja, o verdadeiro e o da rua Sapucaia, em Itaquaquecetuba, fato que ensejou à funcionária do cartório prontas providências visando impedir a transferência, como se vê nas informações de fls.

"Assim agindo, o co-réu não apresentou documento hábil para os fins eleitorais pretendidos, é de se admitir, tratando-se de fato inócuo, sem nocividade efetiva, ou potencial, portanto. Em tais condições o crime em exame [art. 353 do Código Eleitoral] não se caracterizou, conforme precedente do Egrégio Tribunal de Justiça." (cf. *Rev. Jurisprudência do Tribunal de Justiça* 71/310).

• "*Habeas Corpus.* Uso de documento falso, art. 354 do Código Eleitoral. Condenação. (...)

"III – Se era inócuo o uso do documento, embora não exprimisse ele a verdade, inocorre a tipicidade[32] criminal, pois o fim visado pelo usuário era lícito, seja para o fim imediato – transferência do domicílio eleitoral – seja para o fim mediato, o registro como candidato.

"IV – Orientação doutrinária aceita nos tribunais, inclusive no STF.

"V – *Writ* concedido." (TSE. HC 72. Rel. Thompson Flores. BE 298/386).

• "A prova dos autos demonstrara não ter havido, por parte do acusado, a omissão dolosa indispensável para caracterizar a figura penal prevista no art. 345 do Código Eleitoral, já que ficou esclarecido ter ele se afastado às pressas da cidade, ao se encerrar o pleito de 15.11.1970, no qual prestou serviços à Justiça Eleitoral como Presidente de mesa receptora, por haver recebido recado de que sua esposa, que se encontrava em Taubaté, em período final de gravidez, não estava passando bem e necessitava urgentemente de sua assistência. Assim agindo, não teve ele a intenção de retardar a entrega dos documentos eleitorais a ele confiados, tanto que, na manhã do dia seguinte, dirigiu-se *sponte sua* à sede do Juízo Eleitoral, a fim de fazer a entrega desses documentos. Acrescente-se que sequer houve qualquer prejuízo nesse retardamento, já que tais documentos chegaram às mãos da Junta Eleitoral logo depois de iniciadas as apurações, não acarretando embaraço algum à boa marcha dos trabalhos eleitorais." (TRE-SP. Reclamação 62.226. Rel. Carvalho Mange).

[32] O tipo penal em tela é assim expresso: "Obter, para uso próprio ou de outrem, documento público ou particular, material ou ideologicamente falso para fins eleitorais". Como observa Antonio Carlos Mathias Coltro (Op. cit., p. 664), é desnecessário, por se tratar de crime de perigo, que ocorra qualquer efeito jurídico decorrente da ação descrita no tipo; é, pois, um delito de mera conduta. Por conseguinte, se o documento exprimia inverdade, *houve perfeita adequação típica.* A concessão do *habeas corpus, in casu,* baseou-se na inocuidade do documento, e o fez corretamente; o diagnóstico efetuado, todavia, equivocou-se. O problema não se situava em sede de tipicidade, mas em sede de antijuridicidade material: a conduta, embora típica, não apresentava potencialidade lesiva para ofender relevantemente a fé pública eleitoral.

2.5 *Da culpabilidade nos delitos eleitorais*

A culpabilidade nada mais é que o juízo de reprovabilidade social incidente sobre a conduta típica e antijurídica. Doutrinariamente, visualizam-se em seu bojo três elementos componentes: a imputabilidade, a exigibilidade da conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude. Quanto a esse último elemento, e quanto ao primeiro, caberão algumas delongas.

O universo dos delitos eleitorais, como tantos outros no Direito Penal moderno, abrange um cabedal de normas técnicas que não estão ao alcance do vulgo; daí por que a matéria é normalmente tratada em tomos de Direito Eleitoral, como um capítulo desse ramo da ciência jurídica. O procedimento eleitoral guarda uma complexidade que, não raras vezes, supera os padrões éticos e o conhecimento vulgar à disposição dos cidadãos comuns e correntes; não é razoável, ilustrativamente, esperar-se que um eleitor analfabeto saiba ser crime eleitoral o ato de inscrever-se, simultaneamente, em mais de um partido (art. 320 do CE). O tecnicismo e as minúcias da legislação eleitoral podem surpreender até mesmo indivíduos de cultura mediana; quantos brasileiros saberiam que votar em seção eleitoral na qual não esteja inscrito é crime, ensejando detenção até um mês e multa? A ilicitude, por conseguinte, não salta aos olhos, como ocorre com os artigos 121, 155 ou 157 do Código Penal; uma pessoa de pouca instrução certamente percebe, intuitivamente, o caráter ilícito de um homicídio ou de um

roubo, o que não se verifica em relação à conduta de colocar faixas em logradouros públicos (art. 333 CE). O intérprete deverá, então, ponderar essa singularidade no exame do caso concreto, e ocasionalmente reconhecer o erro de ilicitude ou a inocorrência de potencial consciência da ilicitude. Somente assim se poderá conciliar a máxima *ignorantia legis neminem excusat* com as aspirações de eqüidade do Poder Judiciário. A jurisprudência, todavia, dificilmente reconhece, *in concreto*, dirimentes de culpabilidade em favor do réu, a despeito de as admitir em tese. Confira-se:

• "No que toca à argüição de erro quanto à ilicitude do fato, não é o caso dos autos.

"Hodiernamente, à vista da facilidade das comunicações que, muitas vezes, funciona como veículo de instrução, não há falar-se em ignorância quanto à ilicitude do fato.

"As eleições hoje, como sempre, suscitam interesse nacional, atividade da qual todos participam e o que é mais curioso, o mais das vezes com interesses partidários.

"A próspera e populosa cidade de Bauru é um dos grandes centros de atividade política, cultural e agro-industrial do país, não lhe faltando meios suficientes de esclarecimento da população, para que pessoas que participam indiscriminadamente da colocação de propaganda política em logradouro público, conspurcando a estética da cidade e a preservação da coisa pública, possam vir a alegar ignorância quanto à ilicitude do fato.

"Ademais, não se trata de um fato isolado, mas envolvendo grande número de participantes o que torna estranho e inaceitável que todos venham, sob o mesmo argumento, procurar escusar-se da aplicação da lei." (TRE-SP. Recurso em sentido estrito 104.905. Rel. Maurício Ferreira Leite. *CDCE* 15/34).[33]

• "Ora, o réu, vereador que disputava a reeleição, tinha capacidade psíquica de entender a ilicitude e de conhecê-la e dele se podia exigir outra conduta. Do réu – homem público que é, já tendo disputado anteriormente eleição, é lícito exigir-se, com esforço da inteligência e com base na experiência da vida comum, alcançar a consciência da ilicitude.

"Note-se que, entre todos os candidatos inscritos para as eleições em Santa Cruz do Rio Pardo, o réu foi o único que interpretando, 'a outrance', como diz o voto do Des. Vice-Presidente, abalançou-se a efetuar propaganda proibida em texto do Código Eleitoral, sem ao menos procurar, como conduta do *homo medius*, se informar melhor.

"Assim, já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: 'Não se reconhece erro de proibição quando age sem consciência do injusto, mas, nas circunstâncias, podendo alcançar a consciência da ilicitude, com esforço de inteligência e com base na experiência da vida em comum; nem quando atua na dúvida propositalmente deixando de informar-se, para não ter que se abster.' (TACrimSP. Ap. 388.157, Julgados 84/346. Celso Delmanto. Renovar, 1988, p. 41)." (TRE-SP. Reclamação 103.650. Voto do Juiz José de Castro Bigi).[34]

• "Incabível o reconhecimento sobre o erro a respeito da ilicitude do ato, ou seja, da crença positiva de que sua conduta era autorizada e conforme o ordenamento legal, por possível a consciência potencial acerca de que colocar cartazes em postes de sustentação de semáforos seria ato punível e contrário à Lei." (TRE-SP. Reclamação 109.028. Rel. A. C. Mathias Coltro. *CDCE* 15/99).[35]

• "O dolo está presente. Ouvidos no calor dos fatos, os apelantes confessaram, como dito, sua participação no evento, sem opor qualquer ponderação no sentido de que

(33) Tratava-se de imputação pelo artigo 324 do Código Eleitoral.

(34) Artigo 322 do Código Eleitoral.

(35) Artigo 329 do Código Eleitoral.

desconheciam a proibição legal. Estavam, como lançado na sentença, devidamente equipados para a colagem de cartazes. Inobstante a audácia revelada em períodos assim, é sabida a clandestinidade com que se age na colagem de cartazes, sempre, como neste caso, a desoras, a mais denotar a consciência da vedação da lei.

"Não houve erro sobre elemento constitutivo do tipo (art. 20 do CP) ou erro sobre a ilicitude do fato (art. 21 do CP).

"A regra, estatuída no citado art. 21, é de que o desconhecimento da lei é inescusável. Somente um erro escusável, como exceção, poderia isentar o agente de pena. Não é o caso vertente. Os agentes, nesta cidade grande, em atividade à evidência clandestina, tinham como averiguar a ilicitude de sua conduta. Ora, se era possível a consciência da ilicitude, não pode o agente invocar o erro de proibição. (TACrim, julgados, 83/362).(...).

"Assim, também é de se assentar que nas circunstâncias, ante a exceção em que se erige o instituto e ante o terreno arenoso onde palmilha, a prova do alegado incumbe a quem alega, não bastando a mera constatação de que se cuida de gente simples, pouco letrada.

"Ou essas circunstâncias acabariam se transformando em verdadeiros salvo-condutos à prática de crimes. Ainda mais em tempo eleitoral, quando os abusos se multiplicam e o cumprimento das leis e resoluções pertinentes mais é necessário. E os apelantes nada provaram sobre o alegado." (TRE-SP. Reclamação 105.538. Rel. Eduardo Pereira Santos. *CDCE* 15/44).[36]

No que respeita à imputabilidade, o Direito Penal Eleitoral apresenta as mesmas limitações comumente apontadas na seara do Direito Penal Econômico e do Direito Penal Ambiental: a ampla participação de empresas e pessoas jurídicas nos procedimentos eleitorais irregulares e nas fraudes eleitorais. A pessoa jurídica, todavia, não pode cometer ilícitos penais, no entendimento da doutrina majoritária: por um lado, a *conduta*, em sede penal, é atividade finalisticamente dirigida, o que significa tratar-se de atividade necessariamente humana; por outro lado, não há como identificar uma "consciência da ilicitude" em uma organização, pois também a consciência é um predicado genuinamente humano. A pessoa jurídica, em suma, não tem capacidade de conduta, nem de culpabilidade (e para alguns, nem de pena).

Os noticiários, nada obstante, por diversas vezes trouxeram à baila os "esquemas" escusos que sustentaram campanhas eleitorais milionárias, a partir de contribuições de empreiteiras e pessoas jurídicas em geral; o mesmo se diga a respeito de generosas "doações" em dinheiro feitas por essas empresas a determinados candidatos, para que sua plataforma eleitoral não insistisse num ou noutro ponto particularmente desfavorável aos interesses das primeiras. Essas interferências do poder econômico nos processos democráticos tornaram-se mais explícitas recentemente, levando, inclusive, o legislador a adotar algumas medidas paliativas: a Lei 9.100, por exemplo, estatuiu em seu art. 68 que à pessoa jurídica que contribuir de forma ilícita com recursos para campanha eleitoral será aplicada multa de 10 mil a 20 mil UFIR ou de valor igual ao doado, se superior ao máximo previsto; o art. 69 do mesmo diploma considerava *abuso do poder econômico*[37] o descumprimento das

(36) Artigo 329 do Código Eleitoral.

(37) O abuso do poder econômico, nos termos dos arts. 33 *usque* 47 da Lei 9.100, dar-se-ia nos seguintes casos: I – no caso de pessoa física, doações e contribuições superiores a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição; II – no caso em que o candidato utilize recursos próprios, doações e contribuições superiores ao valor máximo de gastos estabelecido por seu partido ou coligação; III – no caso de pessoa jurídica, doações e contribuições superiores a um por cento da receita operacional bruta do ano anterior à eleição. Essas participações somente seriam admissíveis após a constituição dos comitês financeiros, e em qualquer hipó-

regras relativas ao financiamento de campanhas eleitorais; e o art. 70 determinava que a pessoa jurídica que infringir o disposto na Lei 9.100 ficaria impedida de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público, pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo que assegure ampla defesa à ré. Tais sanções pecuniárias não têm, todavia, a mesma força coercitiva das sanções tipicamente penais; e essas dificilmente poderão ser aplicadas *in casu*, em face da diluição do nexo de causalidade e do elemento subjetivo do tipo (dolo e culpa) no seio das organizações.

De se observar, outrossim, que os referidos artigos atinentes às pessoas jurídicas estão insertos na seção referente aos crimes eleitorais (arts. 67 a 71); um intérprete incauto poderia concluir, por isso, serem os artigos 68 e 70 tipos penais abertos, criminalizando atividades de pessoas jurídicas. Essa inferência, porém, seria de um equívoco crasso; equívoco, diga-se de passagem, propiciado pelo vezo do legislador, que desavisadamente incluiu sanções administrativas em meio a sanções penais. Sim, porque referidas multas, conquanto exijam processo judicial informado pelo contraditório para que sejam aplicadas (art. 71), só podem ter natureza administrativa; outra interpretação não resistiria a um exame de constitucionalidade, visto que o constituinte apenas abriu ensanchas à imputação penal de pessoas jurídicas no âmbito penal ambiental (art. 225, § 3.º CF) e no âmbito penal econômico (art. 173, § 5.º CF), em que pesem as resistências doutrinárias a respeito.

tese a contribuição de pessoa jurídica a todos os candidatos de determinada circunscrição eleitoral ficaria limitada a dois por cento da receita de impostos, arrecadados pelo Município no ano anterior ao da eleição, acrescida das transferências constitucionais. Essas normas vigoraram até a nova disciplina introduzida pela Lei 9.504/97 (artigos 17 a 27, 79 e 81; o abuso de poder econômico é previsto no art. 25, *in fine*). O art. 37 da Lei 9.100 indicava quais as diversas espécies de pessoas jurídicas que poderiam atuar irregularmente durante um processo eleitoral: "É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de: I – entidade ou governo estrangeiro; II – órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundação instituída em virtude de lei ou mantida com recursos provenientes do Poder Público, ressalvado o Fundo Partidário; III – concessionário ou permissionário de serviço público; IV – entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, recursos provenientes de contribuição compulsória em virtude de disposição legal; V – entidade declarada de utilidade pública; VI – entidade de classe ou sindical; VII – pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior".

2.6 *Da punibilidade nos delitos eleitorais*

O critério penológico adotado pelo Código Eleitoral brasileiro discrepa daquele adotado para o Código Penal pátrio. É o que se lê no magistério de Oscar Feltrin:[38] "Diversamente do que ocorre com o Código Penal comum, onde os limites de duração das penas mínimas e máximas vêm ao lado de cada figura típica na parte especial, o Código Eleitoral somente estabelece o máximo da pena cominada, seguindo-se as penas pecuniárias, estas sim especificamente balizadas. Lá, o mínimo e o máximo são diferentes para cada crime. Aqui, de acordo com o ora comentado artigo 284, o mínimo será de 15 dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão."

Com efeito, vê-se que, salvo exceções, os crimes do Código Eleitoral têm em seu preceito a expressão "até": por exemplo, a pena para o crime do art. 289 (inscrição fraudulenta de eleitor) é de reclusão *até* cinco anos; já a pena mínima, *in casu*, remete o julgador ao artigo 284 do CE, segundo o qual o *quantum* mínimo de privativa de liberdade, em se tratando de

(38) FELTRIN, Sebastião Oscar. Op. cit., p. 545.

reclusão, é de um ano (no caso de detenção, 15 dias). A nós não se afiguram muito claras as razões pelas quais o legislador assim procedeu: parece-nos, antes, uma complicação desnecessária, fugindo aos modelos clássicos de redação de dispositivos penais e poupando apenas algumas palavras no início de cada preceito secundário. E, para uma maior perplexidade, constata-se que, em relação às multas, o legislador fixou, quando o caso, o seu valor mínimo e máximo no respectivo preceito secundário, como fazia antigamente o Código Penal (hodiernamente, as normas penais incriminadoras do CP apenas mencionam a pena de multa, o que nos remete à Parte Geral para a determinação quantitativa).

A padronização dos patamares mínimos das penas privativas de liberdade, em nossa opinião, é condenável, porque acaba nivelando condutas cujo potencial lesivo não deve ser equiparado; não é razoável, por exemplo, que a pena mínima de quem vota em seção eleitoral em que não está escrito (eventualmente, até por motivos ponderáveis, ou por ignorância) seja a mesma daquele que viola o sigilo do voto de terceiros, contra sua vontade. Inobstante, o Código Eleitoral agasalha tal situação, como se percebe do cotejo entre os artigos 311 e 312; ora, a discrepante lesividade de um e de outro delito pode ser aferida a partir da própria pena máxima cominada: um mês no primeiro caso e dois anos no segundo. Se guardam tanta distância sob o foco da reprimenda máxima, por que deveriam se nivelar em 15 dias, em termos de pena mínima?

Esse critério tem, ademais, gerado enganos e confusões em sede jurisprudencial, eis que alguns juízes desavisados declaram fixar a pena "em seu grau mínimo", e, no entanto, ou extrapolam ou mantêm-se aquém dos limites (mal situados) do art. 284. Equívocos como esses têm levado os tribunais a incursionar por searas instáveis do Direito e Processo Penal, como o intrincado problema da *reformatio in pejus*. Vejam-se os seguintes arestos:

"Dispõe o art. 284 do Código Eleitoral que, se para as infrações penais nele previstas não houver expressa indicação da sanção corporal mínima cominada, esta corresponde a 15 (quinze) dias para a de detenção e 1 (um) ano para a de reclusão.

"Ora, o art. 289 do Código Eleitoral, por cuja infração está o réu condenado, no tocante à pena privativa de liberdade (único alvo do recurso do Ministério Público), só prevê pena máxima, donde ter aqui aplicação da regra contida no art. 284.

"Logo, como salienta o parecer da Procuradoria Regional Eleitoral, mais parece ter o digno magistrado prolator da r. sentença incorrido em erro material. É que Sua Excelência expressamente referiu pretender aplicar a pena mínima, que, para o caso, é de 1 (um) ano de reclusão.

"Assim, dá-se provimento ao recurso, para assentar que a pena corporal imposta ao recorrido é de 1 (um) ano de reclusão, mantida, no mais, a r. sentença, inclusive no referente à concessão do *sursis*." (TRE-SP. Reclamação 72.094. Rel. Tomaz Rodrigues).

"Na fixação da pena, o magistrado, por manifesto equívoco, estabeleceu a pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal cominado. Não houve recurso do Ministério Público e, em hipóteses que tais, sem embargo da manifesta ilegalidade, a jurisprudência dominante, bafejada pelo liberalismo extremado, diga-se com a devida vênia, sustenta a impossibilidade de ajustar a pena ao tipo. É que, segundo esse entendimento, havendo apenas recurso da defesa não pode a instância recursal anular a sentença e tampouco afeiçoar a pena à lei, pois implicaria na *reformatio in pejus*. Assim já se pronunciou o mais alto Tribunal do país (cf. *RTJ* 46/815).

"O dinamismo do direito e o papel edificante da jurisprudência permitem a revisão desses conceitos que não devem ser fixados como dogmas mitificados, reduzindo o juiz ao autômato repetidor.

"Partindo-se do pressuposto que, fixado o tipo, é estabelecida, para cada um, a pena 'tarifada', na sua fixação o juiz não pode ir além do máximo ou ficar aquém do mínimo.

"A sentença que desobedeça esses extremos ou é nula ou deverá ser emendada por se tratar de manifesto erro material. O que não é possível é a manutenção da ilegalidade. Não se cuida de *reformatio in pejus* porque não há exasperação da pena. Na reforma para pior há agravamento da sanção, quando não houve recurso do acusador. Mas, se se trata de conformar a sentença com a lei, que procustianamente balizou a pena entre um mínimo e um máximo, dos quais não há fugir, não se caracteriza reforma. Não ocorre a *reformatio*, mas sim a *adequatio*. Reformar é restabelecer, fazer de novo, transformar. Já adequar é igualar, conformar, atingir, nivelar.

"Ora, se a pena é imposta abaixo do mínimo legal, a sua correção não implica em aumento, mas em mera conformação ou adequação à lei.

"A vingar o entendimento hoje assente na jurisprudência de que a pena não pode ser adequada à lei, chegar-se-ia à alarmante conclusão de que o juiz pode, se houver omissão do acusador, condenar o réu e não impor sanção, ainda que fora das hipóteses excepcionais em que o juiz pode deixar de aplicar a pena.

"Magalhães Noronha percutiu o tema e aventa a hipótese e formula a seguinte questão: 'Suponhamos, *v.g.*, o caso em que o réu foi condenado a um mês de reclusão, quando o mínimo para o delito é de um ano de reclusão, visível sendo o erro, talvez datilográfico, em que laborou o juiz. Não dando pelo equívoco, o Ministério Público não apelou, mas fê-lo o condenado, pleiteando absolvição. Pode, agora, o Tribunal, conhecendo desse recurso, anular a sentença que aplicou a pena inexistente?' E o mesmo autor responde à indagação: 'A nosso ver, sim. Como se falou, o artigo 617 veda que, em recurso do réu, se lhe agrave a pena, *v.g.*, ser injusta a decisão, por existir patentemente agravante específica não aplicada etc. Nesse caso é que se dá a reforma para pior. Mas ele não impede que a Segunda Instância profira decisão anulando a sentença ou o processo, já que em tais hipóteses é como se não houvesse processo ou não tivesse sido proferido julgamento." (cf. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Saraiva, p. 366).

"No caso não seria de anulação da sentença de ofício, já que o processo foi regular e houve condenação com imposição de pena. Ocorre, entretanto, que a pena, esta sim, é inexistente e decorreu de manifesto erro na sua fixação. Simples emenda de erro material, sem nenhum prejuízo para o réu, restabelecerá a pena legal.

"Cuida-se de erro material, pois ignorou a sentença a expressa disposição do artigo 284 do Código Eleitoral, que estabelece, genericamente, a pena no grau mínimo para os crimes eleitorais, se não houver indicação específica."

(...)

"Ante o exposto, rejeitada a preliminar, é negado provimento ao recurso, ajustada a pena ao mínimo-legal." (TRE-SP. Reclamação 105.157. Voto do revisor Des. Antonio Carlos Alves Braga).

A posição do Des. Alves Braga, porém, não prosperou no julgamento em apreço; vingou, sim, a tese contrária, de que mesmo havendo sido a pena fixada aquém do mínimo legal, a inércia do Ministério Público inviabiliza qualquer "ajuste" ao mínimo legal. Cuida-se, entrementes, da melhor posição, já que a distinção feita entre *reformatio* e *adequatio* se nos revela artificiosa; em termos pragmáticos, representam uma única realidade: o recrudescimento da pena fixada para o réu, ante um seu recurso exclusivo. Tanto é que o Ilustre Magistrado, ao discrepar etimologicamente "reformar" e "adequar", conclui que reformar implica *restabelecer* e

adequar significa igualar, conformar etc.; e, linhas abaixo, observa: "Simples emenda de erro material, sem nenhum prejuízo para o réu, *restabelecerá* a pena legal." (grifamos) – *reformá-la-á*, portanto. O art. 617 do Código de Processo Penal, por outro lado, veda que, em recurso exclusivo do réu, *se lhe agrave a pena;* não há qualquer distinção entre pena aplicada ilegalmente ou injustamente, como quer Magalhães Noronha, e a hermenêutica é segura ao dizer que *não cabe ao intérprete contemplar exceções onde a lei não o fez.* Eis alguns trechos do voto vencedor, enfatizando o provável desconhecimento do juiz em relação ao critério penológico do CE:

"A pena deve prevalecer, inobstante aquém do mínimo legal.

"Não se cuida de mero erro material como se poderia concluir, por exemplo, da fixação da pena em um mês de reclusão, ao invés de um ano. Se o Juiz se voltou, quando da apelação, ao disposto no art. 299 do Código Eleitoral tão-somente, o que é possível, porque os processos-crimes eleitorais não são tão corriqueiros no interior, pode perfeitamente ter entendido que se o poder discricionário permitia-lhe qualquer pena até quatro anos de reclusão. Muito possivelmente não foi até o art. 284 do Código Eleitoral, disposições preliminares, que esclarece que sempre que o estatuto não ditar o grau mínimo da pena, entende-se que será de um ano para reclusão. A pena que deu foi a que entendeu justa.

"É mais provável (e à falta de certeza argumenta-se com possibilidades) que o MM. Juiz desconhecesse o dispositivo do que cometesse lapso tão incompreensível, a fixar seis meses ao invés de um ano como pena ao réu. Erro material é erro de mera escrita.(...) Não é o caso.

(...)

"Aliás, nesse tema, convém lembrar trecho de Acórdão do C.STF, *RTJ* 80/44, que expõe a mesma posição calcada em lição extraída do 'Tratado' de Manzini.

"'Se o Ministério Público, que é constitucionalmente nomeado para executar a pretensão punitiva do Estado, não impugna a sentença de primeiro grau, nada mais racional e justo do que impedir que o pretório julgador se transforme num substituto desse órgão assim definido como *dominus litis.*'

"Espíndola Filho sustenta que nem haveria necessidade a menção expressa no Código sobre a inadmissibilidade da *reformatio in pejus,* pois que o princípio da ampla defesa não poderia estar restringido por lei ordinária que permitisse o agravamento da pena em casos como o presente.

(...)

"Nesse passo, mantenho a pena, como de resto, no mérito, deixo íntegra a r. sentença condenatória, votando com o Sr. Relator." (Voto do Juiz Eduardo Pereira Santos, na Reclamação *supra*).

Quanto às sanções pecuniárias previstas no Código Eleitoral, percebe-se que o mesmo adotou o sistema dos *dias-multa*, tornando a Parte Geral do Código Penal uma sua fonte subsidiária (note-se que alguma legislação esparsa, quando abriga normas penais eleitorais, desvia-se desse sistema: a Lei Complementar 64/90, em seu art. 25, utiliza-se do BTN; a Lei 6.091/74, porém, também emprega o dia-multa – art. 11). O próprio Código Eleitoral, contudo, enumera regras específicas para suas penas de multa, que obviamente terão aplicação preferencial em relação ao Código Penal (o que, cremos, vale também para as legislações eleitorais esparsas que utilizam o dia-multa: o intérprete recorrerá, primeiramente, ao próprio Código Eleitoral, fonte direta do Direito Penal Eleitoral, e depois ao Código Penal). Assim, o art. 286 do CE estatui que a pena de multa consiste no pagamento de uma soma de dinheiro que é fixada em dias-multa, cujo montante será de, no mínimo, um dia-multa e, no máximo, 300 dias-multa. Já o montante do dia-multa será fixado segun-

do o prudente arbítrio do Juiz, devendo este ter em conta as condições pessoais e econômicas do condenado. O parágrafo primeiro do art. 286 aludia ao salário mínimo diário da região e ao salário mínimo mensal como, respectivamente, limites máximo e mínimo dentro dos quais o julgador atuaria o seu "prudente arbítrio" na fixação do valor do dia-multa; é de se considerar, porém, que a Constituição Federal de 1988 unificou nacionalmente o valor do salário mínimo (art. 7.º, IV), não existindo mais "salários mínimos regionais". Restaria ao intérprete tomar como limite superior o próprio valor do salário mínimo nacionalmente unificado, e como limite inferior o quociente obtido com a divisão desse valor pelo divisor 30 (número médio de dias de um mês, obtendo-se o que seria o "salário mínimo diário"). Mesmo essa solução, entretanto, é de constitucionalidade duvidosa – assim como os próprios dispositivos da Parte Geral do Código Penal que apontam o salário mínimo como parâmetro para o *quantum* de cada dia-multa – tendo em vista a redação do art. 5.º, IV, da Constituição, *in fine*: "sendo vedada sua vinculação [do salário mínimo nacionalmente unificado] para qualquer fim". De qualquer maneira, os padrões máximo e mínimo do Código Eleitoral para o valor do dia-multa diferem daqueles utilizados pelo legislador de 1984 no Código Penal. Por fim, o parágrafo terceiro do art. 286 do CE permite que a multa seja aumentada até o triplo, *sem exceder o máximo genérico* (300 dias-multa), se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do condenado, é ineficaz a cominada, ainda que no máximo, ao crime de que se trate. Esse acréscimo punitivo não se vincula à gravidade do delito, mas à condição pessoal do réu, desde que insensível economicamente à multa original; é que, como reconhecem os tribunais, não se concebe multa simbólica ou de valor simplesmente decorativo (cf. JUTACrim 94/315, Rel. Silva Pinto). Na lição de Oscar Feltrin,[39] a exacerbação da pena na forma indicada tem sua razão de ser na Justiça Criminal eleitoral, porque diversas figuras penais cominam tão-somente penas de multa com mínimo e máximo modestos; nessas hipóteses, a pena triplicada, quando bem e motivadamente aplicada, faria com que a sanção não perdesse sua eficácia nem seu cunho retributivo. Entendemos, ademais disso, que a possibilidade de triplicar o valor da reprimenda pecuniária guarda especial interesse para o Direito Penal Eleitoral, acima de tudo porque a criminalidade eleitoral (como se verá adiante), particularmente em nosso país, tem trilhado senda paralela à da criminalidade econômica; as manipulações dos procedimentos eleitorais, por outras palavras, em muito têm se valido do poderio econômico de candidatos e simpatizantes. Esse estado de coisas tornou-se inconteste num passado recente, quando a descoberta de vultosas "colaborações" particulares para a campanha de um candidato à Presidência da República terminou por afastá-lo definitivamente do cargo para o qual fora eleito; também por isso, outrossim, o legislador elaborou a Lei Complementar 64/80, disciplinando o art. 14, § 9.º, da Constituição, e o procedimento da argüição de inelegibilidade por abuso do poder econômico e de autoridade. Por tudo que se disse, é de se esperar que em algumas situações o valor de multa aplicada deva ser severamente exacerbado, para que surta algum efeito retributivo sobre o infrator, detentor de abastadas posses. Pensamos, inclusive, que a limitação do parágrafo segundo do artigo 286 não foi feliz: nos dias atuais, o máximo genérico do *caput* (300 dias-multas, fixado o dia-multa em seu valor máximo: um salário mínimo) viria a perfazer o total de R$ 36.000,00 – quantia apreciável para um cidadão de renda mediana, mas insignificante para grandes barões da indústria que ocasionalmente se candidatem, ou que "contribuam" irregularmente

(39) FELTRIN, Sebastião Oscar. Op. cit., p. 549.

para a campanha eleitoral alheia. Melhor seria, dessarte, não haver teto para a triplicação da multa.

A partir do art. 286 do CE, pode-se inferir o processo de cálculo e individualização das penas de multa. Num primeiro momento, o julgador especificará o número de dias-multa a ser aplicado, não entre um e 300, mas entre os limites cominados em cada tipo penal, especificamente; levar-se-á em conta, para tanto, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (conseqüências do delito, culpabilidade e antecedentes do réu, comportamento da vítima etc.), que subsidiariamente se aplicam *in casu*. Os limites do art. 286, *caput*, servem apenas como parâmetros *genéricos* (como decorre, aliás, da leitura do parágrafo segundo), impedindo, no nível inferior, que a pena de multa seja fixada abaixo de um dia-multa (o que é impossível, visto que nenhum tipo do Código Eleitoral prevê como pena pecuniária menos que um dia-multa, e considerando que o art. 285 proíbe a atenuação da pena – como no caso do art. 330: reparação do ano – para aquém do mínimo cominado ao tipo). No nível superior, impede-se que a triplicação do montante máximo de dias-multa cominado em um dado tipo penal eleitoral exceda aos 300 dias-multa.

Embora essa interpretação venha a ferir um preceito hermenêutico – o de que não há palavras inúteis na legislação – não vemos como elidi-la; com efeito, o limite mínimo do art. 286, expressamente mencionado pelo legislador, na prática é inócuo: o sistema penológico do CE não permite que, concretamente, uma pena de multa possa, ainda que em termos hipotéticos, ser fixada em menos que um dia-multa. Apenas o limite máximo do citado artigo terá, por conseguinte, alguma utilidade. Divergimos aqui do entendimento de Oscar Feltrin,[40] que admite uma solução, a nosso ver, distante do que pretendeu o legislador. Para Feltrin, o art. 286 refere-se apenas ao montante do dia-multa (e não da pena de multa como um todo). Assim, a quantidade possível de dias-multa seria dada pelos preceitos secundários das normas penais incriminadoras, e o valor de cada dia-multa seria disciplinado pelo art. 286: fixação conforme o prudente arbítrio do juiz, entre um e 300 dias-multa. Ou seja: se o juiz condenasse um indivíduo por infração ao artigo 301 do CE, por exemplo, a um ano de reclusão e cinco dias-multa, deveria determinar ainda quantos dias-multa vale cada dia-multa; poderia, *v.g.*, estabelecer 300 dias-multa para cada dia-multa, e *então o condenado o seria não mais a cinco, mas a mil e quinhentos dias-multa*. Aí, finalmente, o juiz definiria o valor desse dia-multa "secundário" entre o valor do salário mínimo diário e o do salário mínimo mensal. A tese dos dias-multa dos preceitos secundários, quantificados em dias-multa do artigo 286, certamente não é conforme aos objetivos do legislador de 1965; uma legislação que quantificasse um parâmetro usando o mesmo parâmetro seria no mínimo ridícula. Melhor crer, portanto, que o legislador, laborando em equívoco, estipulou um limite mínimo para o número de dias-multa que jamais seria alcançado, em face das limitações impostas pelas próprias normas penais incriminadoras. *O caput do art. 286 refere-se, em parte inutilmente, à quantidade de dias-multa; e o § 1.º, ao valor monetário de cada dia-multa.* A lei, porém, dá causa a uma imprecisão, pois nos dois casos emprega a palavra "montante": só que, no *caput*, ela refere-se ao vocábulo "multa", e no § 1.º, ao vocábulo "dia-multa". Em sentido contrário, Feltrin, *in verbis:* "Diverso, também, do Código Penal que remete à Parte Geral a observância das regras para sua determinação quantitativa, o Código Eleitoral traz, em cada figura típica, o mínimo e o máximo cominado. *Já o cálculo do montante do dia-multa cujo mínimo é de 1 (um) e o máximo de 300 (trezentos) dias-multa* deve obedecer as regras

(40) FELTRIN, Oscar. Op. cit., p. 548.

do ora comentado artigo 286 da "parte geral" do Código Eleitoral." (grifamos).

Num segundo momento, o juiz determina o valor do dia-multa, a partir das condições pessoais e econômicas do condenado (§ 1.º). Não se confundem a situação econômica do condenado e a sua renda média; o primeiro conceito é mais complexo, envolvendo não apenas o ganho médio diário, mas também o seu patrimônio adquirido e sua capacidade de enfrentar os compromissos assumidos (compromissos de ordem familiar e alimentar, que influem em sua capacidade de pagamento); por isso, nenhum acréscimo de valor além do mínimo será admissível, sem que o juiz indique os dados em que se arrimou para avaliar a situação econômica do condenado.[41] Noutros termos, e ilustrativamente, seria absurdo estipular uma multa tomando em conta o alto salário percebido mensalmente pelo réu, se metade desse salário é consumido pelas pensões que paga a seus filhos e ex-esposa.

Numa terceira fase, obtém-se o importe final da multa, multiplicando o número de dias-multa pelo seu montante.

Sobre atenuantes e agravantes específicas, o artigo 285 do Código Eleitoral estatui que, se se determinar exasperação ou mitigação da pena sem qualquer alusão ao *quantum*, deverá o juiz fixá-los entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime (o que não precisaria ser dito, uma vez que é característica das agravantes e atenuantes jamais ultrapassar os patamares penológicos). Uma vez mais, o Código Eleitoral utiliza-se da parte "geral" de suas disposições criminais para aferir números não constantes de sua parte "especial". A atenuação do art. 330, *e.g.*, restringir-se-á a uma diminuição de um quinto a um terço na pena dos artigos 328 e 329, em caso de reparação do dano causado pelas pinturas e colocação de cartazes; a agravação do art. 350, § único, em se tratando de falsidade documental eleitoral perpetrada por funcionário público que para tal prevalece-se do cargo, corresponderá a um aumento de um quinto a um terço na pena original. Agravantes e atenuantes serão aplicadas em conformidade com o critério trifásico de Nelson Hungria, adotado pelo CP, que incide subsidiariamente (art. 287 CE): calculada a pena-base a partir das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, incidirão a seguir as atenuantes e agravantes (específicas do CE – parágrafos únicos dos artigos 300, 323, 339, art. 330, e 348, §1.º – e genéricas do CP – arts. 61 a 65), numa segunda fase ideal de fixação da pena. Note-se que, para as agravantes e atenuantes genéricas do CP, não há determinação do *quantum* a acrescer ou reduzir, o que é previsto genericamente no CE para todos os seus tipos penais. Finalmente, numa terceira fase ideal, aplicar-se-ão as causas de aumento e diminuição de pena; no Código Eleitoral, há apenas uma causa de aumento (a do art. 327, impondo aumento de um terço às penas dos artigos 324, 325 e 326 – crimes eleitorais contra a honra – em sendo o crime cometido em detrimento do Presidente da República, de funcionário público em razão de suas funções etc.), que por óbvio não se submete aos limites do artigo 285, atinente apenas a agravantes e atenuantes. Aplicam-se, igualmente e por subsidiariedade, as causas de aumento ou de diminuição de pena da Parte Geral do Código Penal: tentativa, arrependimento posterior, concurso formal, crime continuado etc.

A disciplina respeitante à conversão da multa em dívida de valor, ao seu pagamento, à sua revogação e aos institutos afins deverá ser haurida do Código Penal, em face da omissão do Código Eleitoral.

Registre-se, por fim, que a natureza dos crimes eleitorais torna-os, por vezes, portadores de sanções alienígenas à própria órbita penal, e que podem causar espécie

(41) É a lição de Alberto Silva Franco. In: *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo : RT, item 1.00, p. 321.

ao doutrinador. Recordemo-nos dos debates suscitados por ocasião do *impeachment* do Sr. Fernando Collor de Melo, entendendo alguns tratar-se de sanção penal, outros de sanção administrativa, e outros ainda de sanção híbrida; não adentrando ao mérito dessa questão, é de se observar que a legislação penal eleitoral brasileira contempla, sim, uma sanção de perda do mandato eletivo (com o mesmo conteúdo, portanto, que o do próprio *impeachment*) *tipicamente penal*: confira-se o art. 11 da Lei 6.091/74: "Constitui crime *eleitoral*: V – utilizar em campanha eleitoral, no decurso dos 90 (noventa) dias que antecedem o pleito, veículos e embarcações pertencentes à União, Estados, Territórios, Municípios e respectivas autarquias e sociedades de economia mista: Pena – cancelamento do registro do candidato ou *de seu diploma, se já houver sido proclamado eleito*" (grifamos).

2.7 *Do conflito aparente de normas*

O artigo 288 do Código Eleitoral contempla uma regra de solução de conflitos aparentes de normas, em boa hora colocada, a nosso ver. É que algumas condutas tipificadas pelo CE, quando cometidas através de meios de comunicação em massa (imprensa escrita, rádio, televisão), poderiam configurar também delitos de imprensa, constantes da Lei 5.250/67. E, então, ao intérprete restaria a perplexidade: qual lei aplicar? Ao mesmo tempo, foram atingidas duas objetividades jurídicas: a regularidade dos procedimentos eleitorais e o uso adequado dos meios de informação e divulgação; como utilizar o princípio da especialidade para equacionar o problema? Ambos os diplomas – o Código Eleitoral e a Lei de Imprensa – são *especiais* em relação ao Código Penal; e entre si, como calibrar o nexo de especialidade?

A controvérsia acabaria sendo dirimida pela jurisprudência, de forma talvez mais arbitrária que científica. Evitando todo esse *iter*, que provavelmente redundaria em uma resposta impositiva dos tribunais, o legislador se antecipou, determinando que "nos crimes eleitorais cometidos por meio da imprensa, do rádio ou da televisão, aplicam-se exclusivamente as normas deste Código e as remissões a outra lei nele contempladas" (art. 288 do CE). A única "outra lei" contemplada no Código Eleitoral é o próprio Código Penal, a teor inclusive do art. 287 ("Aplicam-se aos fatos incriminados nesta Lei as regras gerais do Código Penal"). Assim, qualquer delito eleitoral, isto é, qualquer conduta humana que se subsuma a alguns dos artigos do Código Eleitoral ou da legislação eleitoral esparsa, e que tenha utilizado meios de comunicação em massa, submeter-se-á *exclusivamente* às normas do Código Eleitoral (e, subsidiariamente, às do Código Penal, por remissão expressa daquele), que lhe dará a tipificação legal e determinará o processo penal respectivo para apuração da autoria e materialidade do crime. A Lei de Imprensa, por conseguinte, em situação alguma terá incidência, desde que a conduta possa, razoavelmente, ser adequada às normas do Código Eleitoral.

2.8 *Crimes eleitorais e abuso de poder*

Existe, inapelavelmente, um íntimo liame entre o *abuso do poder econômico ou de autoridade*, e, portanto, entre o próprio Direito Penal Econômico e a *criminalidade eleitoral*. Esse vínculo deve ser objeto de paciente reflexão por parte do legislador, a quem caberá elaborar normas jurídicas que coíbam o primeiro e assim contenham a segunda. A jurisprudência, por sua vez, tem hesitado em reconhecer o abuso do poder econômico, ainda quando relacionado à consecução de crimes eleitorais, as mais das vezes alegando debilidade probatória. É o que se dessume da seguinte ementa, acerca da conduta de prefeito municipal que colocou placas de mármore e mandou pintar

prédios públicos com as cores e *slogan* de seu cônjuge, deputado estadual e candidato à reeleição em 1990:

"Representação. Abuso do poder econômico. Abuso do poder de autoridade. Alegação de infringência aos artigos 240,[42] 243 V,[43] 300[44] e 329[45] do Código Eleitoral.

"Abuso de autoridade e abuso de poder econômico não caracterizado, por falta de robustez da prova apresentada.

"Inaplicabilidade do art. 22 da LC 64/90, à espécie.

"Improcedência." (TRE-RN. Processo 007/90. Representação. Corregedor Dr. Galdino Bisneto dos Santos Lima).

Eis alguns trechos do julgado, ressaltando a resistência dos tribunais em reconhecer o abuso do poder econômico:

"Por essa razão, a Corte, sabiamente, tem exigido prova robusta e incontroversa dos fatos caracterizadores do abuso de poder econômico, bem como da influência deles no comprometimento do pleito eleitoral, de tal forma que até hoje, salvo engano, apenas nos casos Sebastião Paes de Almeida, Sérgio Philomeno, Ricardo Pontes e Múcio Athayde houve o reconhecimento de sua existência.

(42) Art. 240 CE: "A propaganda de candidatos a cargos eletivos somente é permitida após a respectiva escolha pela convenção."

(43) Art. 243, V, CE: "Não será tolerada propaganda: (...) V – que implique em oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza."

(44) Art. 300 CE: "Valer-se o servidor público da sua autoridade para coagir alguém a votar ou não votar em determinado candidato ou partido: Pena – detenção até 6 (seis) meses e pagamento de 60 (sessenta) a 100 (cem) dias-multa."

(45) Art. 329 CE: "Colocar cartazes, para fins de propaganda eleitoral, em muros, fachadas ou qualquer logradouro público: Pena – detenção até 2 (dois) meses e pagamento de 30 (trinta) a 60 (sessenta) dias multa."

"Lembro, a propósito, o Ac 8.238, de 07.10.1986, em que o eminente Presidente Oscar Corrêa recusou a increpação em face da insuficiência da prova produzida nos autos. Destaco, do d. voto de S.Exa., estes expressivos trechos:

"'2. Há de ser sempre a caracterização do abuso do poder econômico *quaestio* que depende de circunstâncias de toda a ordem, às quais não são estranhas as realidades de cada campanha, as posturas dos candidatos, o clima político local, e todos os mais componentes do quadro que a distingue.

"'Por outro lado, em campanha política, recebe ainda a contribuição da passionalidade da disputa que, atingido certo nível, perde, às vezes, infelizmente, noção de conveniência moral e passa a orientar-se apenas pela necessidade da vitória, independentemente dos meios utilizados.

"'Por isso, se é difícil conceituá-lo *in abstrato*, pois depende de dados que demonstrem o desnivelamento, o desequilíbrio no uso da força econômica dos candidatos, a caracterização *in concreto* propicia outras dificuldades de não menor monta, a começar da própria identificação dos recursos utilizados, lícitos ou ilícitos, configurando apenas uso ou excedendo-se para atingir o abuso.'

(...)

"Os delitos eleitorais apontados pelo representante na exordial têm o seu processamento regulado pelo art. 355 e seguintes do Código Eleitoral. Portanto, s.m.j., o art. 22 da Lei Complementar 64/90[46] é inaplicável à espécie.

(46) A LC 64/90 estabelece, de acordo com o art. 14, § 9.º, da CF/88, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências. O seu art. 22 trata da representação por partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral, pedindo abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, abuso ou desvio do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização

"Ante o exposto, meu voto é pela improcedência da representação."

O Tribunal Superior Eleitoral, entretanto, em boa hora reverteu o *decisum*, conforme atesta a seguinte ementa:

"Inelegibilidade. Alegação de abuso de poder econômico ou de autoridade.

"Vencida a preliminar de nulidade e admitidas como contundentes e robustas as provas do cometimento do abuso do poder de autoridade, quando da utilização de dinheiro público para propaganda pessoal e de seu marido; demonstrada, ademais, a infringência de dispositivo constitucional (CF/88, art. 37, § 1.º), dá-se provimento ao recurso ordinário para julgar procedente a reclamação e declarar a inelegibilidade dos recorridos para as eleições a se realizarem nos três anos subseqüentes à eleição de 1990 (LC 64/90, art. 22, inc. XIV). (Prec.: Acórdão 9.081, de 28.06.1988)." (TSE. Recurso Ordinário 9.104/91. Acórdão 11.884 de 05.03.1991. Rel. Bueno de Souza).

Interessa apreciar, outrossim, o parecer do Procurador Geral Eleitoral à época, Dr. Aristides Junqueira:

"Senhor Presidente, Senhores Ministros, gostaria de esclarecer que não aprovei o parecer e concluo exatamente o contrário.

"Toda casa construída ou reformada pela Prefeitura tinha uma placa de mármore com os dizeres: 'Reforma feita pela Prefeitura – Adécio outra vez' – em evidente propaganda política. Em todas as casas que se reformavam, punham essa placa; e Adécio era o Deputado Estadual, marido da Prefeita; ela mandava colocar. Não vejo como não considerar isso.

"E mais: o calendário não é um simples calendário; foi um calendário grande, em que o retrato de toda a família – o marido, a Prefeita e os filhos – é exposto, e isso foi pago – há a nota de empenho – com o dinheiro da Prefeitura.

"Pareceu-me que prova mais robusta de abuso do cargo para influenciar numa eleição não pode haver. Foi por isso que deixei, pedindo vênias ao colega, de aprovar o parecer, porque minha convicção foi no sentido contrário."

Ressalte-se, por fim, que a conduta empreendida pela Prefeita municipal – evidenciando explícito abuso de poder econômico e de autoridade – na realidade não se subsume, com perfeição, em nenhum dos tipos penais apontados na representação: o art. 300 fala em *coação com abuso de autoridade*, o que não se deu na hipótese; ocorreu, sim, o uso de recursos à disposição da Autoridade Municipal para o aliciamento de eleitores, o que é algo diverso. De outra parte, o delito do art. 329 também não se verificou, já que não houve a afixação de cartazes, mas sim a pintura de casas e prédios *públicos* com as cores e o *slogan* de campanha do deputado estadual. Configurar-se-ia, sim, o delito do art. 328 (fazer pinturas em muros, fachadas ou quaisquer logradouros públicos, para fins de propaganda eleitoral: pena de até seis meses e pagamento de 40 a 90 dias-multa), que entretanto impõe sanção excessivamente branda para irregularidade de tal monta. Não existe, afora esse tipo, outro qualquer que, constante do Código Eleitoral, ajuste-se adequadamente à espécie. Restaria ao acusador lançar mão dos tipos presentes no Dec.-lei 201/67 (crimes de responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores), que apesar da ambigüidade atinente ao conceito de "crime de responsabilidade" (consoante melhor doutrina, os crimes de responsabilidade de Vereadores e Prefeitos – Dec.-lei 201/67 – são de fato ilícitos penais, porquanto os crimes de responsabilidade de Governadores de Estado, Presidente da República

indevida dos meios de comunicação social em benefício de candidato ou partido. Embora o delito do art. 300 do CE represente típico abuso do poder de autoridade, assiste razão ao acórdão quanto a esse ponto em específico: o processamento dos delitos eleitorais se faz pelo rito previsto no Código Eleitoral (arts. 355 a 364), e não mediante representação dirigida ao Corregedor do TRE.

e outros, previstos na Lei 1.079/50, são meramente ilícitos político-administrativos),[47] fornecem supedâneo legal para a *persecutio criminis* de infratores na condição daqueles aludidos no processo em tela. Assim, a ré, *in casu*, teria infringido o art. 1.º, inciso II ("utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos") do Dec.-lei 201/67, sujeitando-se às penas de reclusão, de dois a 12 anos. Esse decreto-lei, todavia, não integra, em nosso entender, o Direito Penal Eleitoral,[48] pois trata de infrações que prefeitos e vereadores podem cometer por intermédio dos mandatos eletivos que já detêm, e não com o intuito de obtê-los; a objetividade jurídica devassada não é o regular procedimento eleitoral, tampouco as prerrogativas eleitorais. A gravidade das condutas que, valendo-se do poder de autoridade, vulneram tal objetividade jurídica, mereceria um tipo penal à parte, de cunho eminentemente eleitoral.

De todo o exposto, constata-se que a legislação penal eleitoral pátria não corresponde, atualmente, às necessidades sociais de coibição do abuso econômico e do emprego da máquina estatal nas campanhas eleitorais. Urge que o legislador proceda a essa atualização, fornecendo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário instrumentos hábeis para a persecução dos infratores que se valem de semelhantes expedientes.

3. Conclusão

Coligindo a totalidade das informações e opiniões aventadas, e valorando-as convenientemente, concluímos que:

a) O assim denominado Direito Penal Eleitoral não pode ser destacado do Direito Penal, sendo um capítulo desse, informado pelo substrato jurídico do Direito Eleitoral; não detém princípios próprios nem se exime da disciplina genérica constante da Parte Geral do Código Penal, consoante disposição do próprio artigo 287 do Código Eleitoral. Nada obstante, apresenta uma gama de peculiaridades decorrentes da objetividade jurídica que visa a tutelar, o que, conquanto não lhe garanta uma idiossincrasia tão notável quanto a do Direito Penal Ambiental ou do Direito Penal Econômico, justifica, ao menos sob o prisma didático, um tratamento doutrinário e legislativo diversificado, congregando a totalidade das normas penais eleitorais, sejam elas incriminadoras, sejam explicativas.

b) No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito Penal Eleitoral está presente em legislação esparsa, não integrada ao Código Penal; as principais fontes formais do

(47) O que se dessume das próprias sanções elencadas no artigo 2.º da Lei 1.079/50: "Os crimes [sic] definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República". O artigo 3.º do mesmo diploma torna patente o acerto desta posição, sob pena de se concluir que o legislador de 1950 agasalhou, expressamente, um odioso *bis in idem* penal, eis que "a imposição da pena referida no artigo anterior não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal." Ora, *ad argumentandum*, uma vez sancionado penalmente (como querem alguns) nos termos do art. 2.º, como poderia o infrator receber uma segunda reprimenda penal, nos termos do art. 3.º, por uma única e mesma conduta?

(48) A Editora Saraiva, em sua "Coleção Saraiva de Legislação", edita a legislação eleitoral em um tomo capitaneado pelo Código Eleitoral e integrado por diversas outras leis eleitorais esparsas; entre essas, o organizador dos textos, Juarez de Oliveira, incluiu o Dec.-lei 201/67, como se de legislação eleitoral se tratasse. Entendemos, porém, que tal inclusão não se sustenta, ante uma avaliação científica; daí por que fizemos a ressalva no texto. Cf. *Código Eleitoral*. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 90-94.

Direito Penal Eleitoral brasileiro são, pois, as seguintes: 1. Código Eleitoral brasileiro (Lei 4.737/65); 2. Lei 6.091/74; 3. Lei 6.996/82; 4. Lei Complementar 64/90; 5. Lei 9.100/95, que em nossa opinião contém dispositivos penais ainda em vigor.[49]

c) A natureza jurídica dos delitos eleitorais não é a de delitos políticos; todavia, conquanto sejam crimes comuns, pertencem ao Direito Penal Especial, haja vista possuírem caracteres que os discrepam dos ilícitos elencados no Código Penal e na Lei de Contravenções Penais (que comporiam o chamado "Direito Penal comum").

d) A objetividade jurídica dos delitos eleitorais gira em torno de duas colunas fundamentais: o regular procedimento eleitoral e as prerrogativas eleitorais. Em uma única expressão, as *manifestações institucionais do regime representativo.*

e) Em função dessa objetividade jurídica, tem-se uma classificação sintética e compreensiva dos crimes eleitorais; preferindo-se, entretanto, uma classificação analítica, melhor falar-se em cinco categorias: crimes no alistamento eleitoral, no alistamento partidário, na propaganda eleitoral, na votação, na apuração e no funcionamento do serviço eleitoral.

f) Os tipos penais eleitorais podem ser comuns ou próprios; quando próprios, em sendo funcionais, requerem a aplicação, pelo intérprete, da norma penal explicativa inserta no art. 283 do Código Eleitoral, que define o *membro* e o *funcionário* da Justiça Eleitoral. É conveniente, outrossim, que o Direito Penal Eleitoral se valha de tipos excepcionais e/ou temporários, haja vista a ocorrência de singularidades em cada pleito, que não tendem a se repetir, o que impõe ao legislador, por outro lado, a necessidade de elaborar um diploma legal específico para cada sufrágio que se aproxima. Ademais, o aparato tecnológico que vem sendo empregado com o fito de agilizar o procedimento eleitoral tende a exigir uma nova tipologia, patenteando a necessidade de renovação contínua do rol de tipos penais no setor. O benefício das normas penais excepcionais e temporárias é que são ultra-ativas, aplicando-se aos fatos praticados durante sua vigência mesmo após cessadas as circunstâncias que as determinaram ou decorrido o período de sua duração (art. 3º do Código Penal); poupa-se, com isso, o Poder Judiciário, pois de outra forma o advento de nova legislação eleitoral, contendo nova figura típica com o mesmo teor da figura antecedente e com sanção cominada diversamente, geraria conflitos de leis penais no tempo e sucessivos reconhecimentos de hipóteses de *reformatio in melius* ou mesmo de *abolitio criminis.*

g) Em tema de antijuridicidade, deve o intérprete legal adotar critérios que lhe permitam decidir conforme a ilicitude *material* do caso, renunciando à ilicitude enquanto conceito meramente formal; essa última abordagem em nada acresce à subsunção do fato à norma, depreciando, na célebre tricotomia de Miguel Reale (*fato, valor e norma*), o aspecto axiológico, e relegando o julgador à função de um mero técnico, que simplesmente compara e encaixa moldes e peças. A ilicitude material é calibrada pelo princípio da insignificância, e deve ser reconhecida apenas quando a objetividade jurídica em apreço for efetivamente vulnerada; nos ilícitos eleitorais, muitas condutas, conquanto se adeqüem tipicamente à descrição da norma incriminadora, não chegam a ter qualquer relevância para o procedimento eleitoral como um todo ou para as prerrogativas eleitorais dos cidadãos.

h) O Direito Eleitoral, enquanto sistema de normas jurídicas, foge ao conhecimento

(49) Veja-se, a propósito, o art. 107 da Lei 9.504/97, que *não revogou integralmente a Lei 9.100:* "Revogam-se. (...) o § 2.º do art. 50 e o § 1.º do art. 64 da Lei 9.100, de 29.09.1995". A vigência dos dispositivos da Lei 9.100 dependerá, portanto, da exegese que se faça dos diplomas legais eleitorais à luz do art. 2.º, § 1.º, da LICC. Cf., a respeito, José Antonio Almeida. *Eleições 98 – comentários à Lei 9.504.* Brasília/DF: Brasília Jurídica, 1998, p. 223.

vulgar da população; a percepção de que se comete um ilícito eleitoral não é, em via de regra, intuitiva para o indivíduo comum e corrente. Trata-se de uma disciplina técnica, que transcende o conjunto de valores éticos inerentes ao cidadão comum; esse traço peculiar deverá ser sopesado pelo magistrado ao aquilatar a culpabilidade do agente: a consciência potencial da ilicitude poderá, eventualmente, não estar presente; erros de ilicitude, outrossim, terão na seara eleitoral um terreno fértil. Também a atuação de pessoas jurídicas no âmbito eleitoral, sobretudo financiando ilegalmente campanhas eleitorais e distribuindo propinas para obter fraudes e manipulações nos escrutínios, traz à baila a problemática da responsabilização penal da pessoa jurídica, e da necessidade de se adaptar essa premissa a um Direito Penal da Culpa constitucionalmente erigido.

i) Os critérios adotados pelo Código Eleitoral para a mensuração da pena aplicável aos infratores não condiz com aquele obedecido pelo Código Penal, exceto no que haja de incidência subsidiária desse último. São critérios, de outra parte, informados por má técnica, não raras vezes. A previsão das penas mínimas em um artigo único (artigo 284), porquanto as penas máximas estejam consignadas nos preceitos secundários de cada norma incriminadora, vem suscitando perplexidades e rendendo ensejo a erros lastimáveis na jurisprudência. Quanto às sanções pecuniárias, a adoção de dois sistemas incompatíveis entre si – pré-fixação genérica do *quantum* mínimo e máximo de dias-multa no artigo 286, e fixação posterior de quantidades mínimas e máximas de dias-multa para cada artigo em específico – não comporta qualquer tentativa doutrinária de harmonização, sendo de rigor a consideração do patamar mínimo do art. 286 (um dia-multa) como de absoluta inocuidade.

j) Os desvios e manipulações dos procedimentos eleitorais têm se vinculado, conforme notícia recente, ao poderio econômico dos candidatos e daqueles que os alicerçam financeiramente, em troca de favores escusos a serem exigidos após a diplomação. Essa constatação empírica favorece a tese de que Direito Penal Econômico e Direito Penal Eleitoral constituem orientações disciplinares convergentes, cujos instrumentos deverão ser operados em simbiose, para coibir eficientemente o abuso do poder econômico e de autoridade no plano eleitoral. Hodiernamente, a legislação pátria não contempla a matéria com a devida austeridade: sanciona tais expedientes mediante a inelegibilidade do candidato, regulamentando o artigo 14, § 9.º, da Constituição Federal; todavia, não estabelece tipos penais que retribuam convenientemente a ofensa à normalidade e legitimidade das eleições a partir da influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego público. O Ministério Público deverá valer-se das figuras penais contidas no Dec.-lei 201/67, que entretanto não se voltam à tutela específica do bem jurídico salvaguardado pelos delitos eleitorais. Remanesce, pois, essa lacuna em nosso ordenamento, a ser suprida *incontinenti* pela atividade legiferante.

l) O aperfeiçoamento das democracias mais recentes – a exemplo da brasileira – abarcará, em sua marcha, a verificação de condutas lesivas às instituições típicas do regime representativo, e demandará, conseqüentemente, a composição de uma malha jurídica tendente a prevenir e reprimir tais infrações e, bem assim, apta à reintegração social dos infratores. Essa malha jurídica possuirá, em grande parte, normas penais incriminadoras, cumprindo os mencionados papéis. Um eficiente sistema de repressão e prevenção penal na seara eleitoral será, por conseguinte, degrau inelutável a ser suplantado nesse processo de amadurecimento democrático por que passamos. O futuro reserva, dessarte, horizontes promissores para o chamado Direito Penal Eleitoral.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.2

CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR E CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PARECER

JULIO FABBRINI MIRABETE

SUMÁRIO: 1. Histórico – 2. A consulta – 3. Parecer: 3.1 Do conhecimento do pedido de *habeas corpus*; 3.2 Da justa causa no crime contra a economia popular; 3.3 Da denúncia pelo crime contra a economia popular; 3.4 Da justa causa no crime contra o Sistema Financeiro Nacional – 4. Conclusões.

1. Histórico

Em 02.08.1989, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Fernando Souza Ribeiro Carvalho, José Carlos Corrêa Kanan, Newton Kleber de Thuin, Armando Braga Rodrigues Pires Filho, Erwin Pedro Evler, Sérgio Augusto Thorsiensen Salomão, Arnold Wald, Martin Wimmer, Nagi Robert Nahas e Mário Jácome de Castro como incursos no art. 7.º, inciso III, da Lei Federal 7.492/86 (Lei do colarinho branco), e Nagi Robert Nahas e Eduardo da Rocha, no art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51 (Lei de Economia Popular), perante o Juízo da 13.ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

Em sentença proferida em 27.05.1992, o MM. Juiz Federal da 13.ª Vara condenou Nagi Robert Nahas ao cumprimento da pena de quatro anos de detenção, além de multa, como incurso no art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51, e o absolveu da prática do ilícito previsto no art. 7.º, inciso III, da Lei 7.492/96.

Decidindo recurso de *habeas corpus* impetrado em favor desse acusado, em 02.03.1993, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por sua Colenda 6.ª Turma, anulou o processo a partir da perícia, inclusive com fixação de prazo de três meses para que novo exame pericial fosse realizado por peritos oficiais.

Em 08.10.1997, o MM. Juiz Federal proferiu sentença, condenando o mesmo acusado a pena de 16 anos e oito meses de detenção e multa, como incurso no art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51, c. c. o art. 71, do Código Penal, e a pena de oito anos de reclusão e multa, como incurso no art. 7.º, inciso III, da Lei 7.492/86, em concurso material, num total de 24 anos e oito meses, sendo os primeiros oito anos de reclusão e o restante de detenção, em regime inicial fechado, além das multas.

Julgando novo pedido de *habeas corpus,* a Egrégia 6.ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça anulou, em 17.11. 1998, a nova sentença condenatória, determinando que outra fosse prolatada.

Na mesma data, foi estendido ao acusado a decisão proferida em pedido de *habeas corpus* deferido em favor do co-réu Jácome de Castro, cassando a sentença condenatória.

A ação penal está em curso, pretendendo-se a impetração de pedido de *habeas corpus* em favor de Nagi Robert Nahas para o trancamento da ação penal por falta de justa causa e, alternativamente, a decretação da nulidade do processo, *ab initio,* por inépcia da denúncia quanto ao crime contra a economia popular.

2. A consulta

1. É passível de conhecimento pedido de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal por falta de justa causa ou para a anulação do processo movido contra Nagi Robert Nahas pelos crimes previstos no art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51 e art. 7.º da Lei 7.492/86?

2. Há justa causa para o prosseguimento do referido processo quanto ao crime contra a economia popular?

3. É escorreita a denúncia oferecida no referido processo quanto ao crime contra a economia popular?

4. Há justa causa para o prosseguimento do referido processo quanto ao crime contra o Sistema Financeiro Nacional?

5. Deve ser deferido o pedido de *habeas corpus* a ser impetrado para trancamento por falta de justa causa no processo pelos crimes contra a economia popular e contra o Sistema Financeiro Nacional e por anulação do processo por inépcia da denúncia quanto ao primeiro?

3. Parecer

3.1 Do conhecimento do pedido de habeas corpus

Como em qualquer ação ou recurso, é indispensável ao conhecimento do pedido de *habeas corpus* que estejam presentes as condições da ação, ou seja, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimação para agir. No caso em exame, estão elas presentes. Se não, vejamos.

Dispõe o art. 654 do Código de Processo Penal que o *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem. O direito constitucional de impetrar *habeas corpus* é atributo da personalidade e quando se trata de impetração em favor de terceiro há caso de substituição processual. Como qualquer pessoa pode impetrar pedido de *habeas corpus* em favor de terceiro, está presente a legitimação ativa do consulente para promovê-lo.

Aponta-se como autoridade coatora o MM. Juiz da 25.ª Vara Federal do Rio de Janeiro, competente para o processo impugnado. Indiscutível, pois, a legitimidade passiva, uma vez que está em curso naquele Juízo a ação penal a ser impugnada. Em conseqüência, é do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região a competência para apreciar o pedido do *writ*.

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, nada a afasta, já que o pedido de *habeas corpus* é remédio jurídico previsto na Constituição Federal e regulamentado em lei federal. Destinando-se a anular o processo em que pode ser imposta ao paciente pena privativa de liberdade, visa o pedido coarctar constrangimento ilegal sanável pela via do remédio heróico. Embora o interessado não esteja preso, é admissível o pedido, uma vez que o instituto processual-constitucional protege o indivíduo contra cerceamento potencial, possível ou provável, à liberdade de locomoção. A impetração é fundada em mera questão de direito, ou seja, a falta de justa causa para o processo por atipicidade dos fatos imputados ao acusado e na nulidade por inépcia da denúncia formulada perante o MM. Juiz da 25.ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

O art. 648 do Código Penal refere-se à falta de justa causa como fator de coação ilegal à liberdade de locomoção sanável pela via do *habeas corpus,* dispensando qualquer explicação. Estando em curso uma ação penal, em que se pleiteia a condenação do paciente a penas privativas de liberdade, e alegando-se na impetração a falta de justa causa para o processo – por ser o Ministério Público carecedor da ação, diante da impossibilidade jurídica do pedido –, e a nulidade da ação penal – por inépcia da denúncia –, como fatores de constrangimento ilegal, é evidente o cabimento do *mandamus.* Segundo o que dispõe a lei. A coação é considerada ilegal,

propiciando a concessão da ordem, "quando não houver justa causa" e "quando o processo for manifestamente nulo!" (art. 648, incisos I e VI, do Código de Processo Penal). A atipicidade do fato é razão para a falta de justa causa para o processo e a inépcia da denúncia é causa de nulidade do processo *ab initio*.

Há legítimo interesse no pedido, pois se pretende a concessão da ordem por falta de justa causa e anulação *ab initio* do processo, visto que a sua instauração e desenvolvimento constituem constrangimento ilegal sanável pela via do remédio heróico. Se a coação ilegal existente pode ser corrigida mediante o meio sumário do *habeas corpus*, não há como deixar que o processo impugnado tenha prosseguimento.

3.2 Da justa causa no crime contra a economia popular

O art. 43 do Código de Processo Penal trata das hipóteses em que a denúncia ou queixa deve ser rejeitada, não se dando início à instrução criminal. Nos termos do inciso I, não pode ser recebida a inicial quando "o fato narrado evidentemente não constituir crime", corolário inevitável do princípio da legalidade do crime previsto no art. 5.º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e no art. 1.º do Código Penal. É evidente que somente se pode intentar a ação penal quando se imputa ao acusado a prática de um fato típico, que se amolde perfeitamente à descrição abstrata contida na lei penal. Se o fato não se reveste de tipicidade, não há imputação de crime, e a denúncia deve ser rejeitada.

Para a imputação do referido delito ao interessado, na denúncia se afirma, *ipsis literis*, o seguinte:

"Os denunciados Nagi Robert Nahas e Elmo de Araújo Gomes, conhecidos especuladores junto às bolsas de Valores e Mercantil de Futuros, passaram, a partir do mês de abril de 1988, a intensificar as suas atuações na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro – BVRJ. Como as operações dos denunciados, tanto no mercado à vista de ações como no de opções e índices futuros se avolumavam a cada dia, dependendo, pois, de grandes recursos financeiros para liquidação dos negócios, recursos estes de que não dispunham, passaram a utilizar de financiamentos concedidos por diversas instituições de crédito.

O mecanismo utilizado pelos denunciados para se financiarem no mercado, sem despenderem dinheiro ou se desfazerem das suas ações, consistia no seguinte: vendiam o papel à vista e compravam o mesmo papel, no mesmo dia, através de corretoras diversas. No 5.º dia útil posterior à data das operações, eles teriam que pagar a compra e receber o produto da venda. Então, no mesmo dia da venda, conseguiam um agente financiador, ou seja, uma instituição de crédito que lhes adiantava o dinheiro da venda, descontados os juros, para a qual cediam o crédito relativo à venda das ações.

É a chamada operação D-O.

No entanto, no dia de liquidar a compra de ações, para não despenderem recursos financeiros, eles novamente vendiam à vista as mesmas ações compradas cinco dias antes, para eles mesmo, através de outras corretoras e, da mesma forma, arranjavam um financiador para pagar a primeira compra. E assim sucessivamente.

Para que o mecanismo funcionasse, era necessário que o preço das ações do mercado à vista se mantivesse em alta, o que conseguiam simulando compras e vendas para eles mesmos, já que o mercado, normalmente, não possuía tamanha demanda.

Assim agiram no período de janeiro até junho de 1989, conforme demonstram os documentos de fls. 606/610, bem como no Anexo 06, que ficam fazendo parte integrante da denúncia.

Utilizando-se de tal expediente, os denunciados manipulavam o mercado à vista de ações, determinando a alta ou baixa artificial dos preços ou papéis, conforme

as suas posições compradoras ou vendedoras no mercado de opções ou de índices futuros.

Como o denunciado Nagi Nahas não dispunha de lastro financeiro suficiente para liquidar as suas volumosas operações, emitia em favor das corretoras através das quais operava, em garantia, cheques nos valores correspondentes às operações por eles ordenadas.

Tais cheques, no entanto, para serem redescontados, dependiam do financiamento solicitado pelo denunciado nas instituições de crédito, sem o que seriam devidos por insuficiência de fundos."

O tipo legal a que se refere a denúncia para imputar o crime de economia popular ao interessado, em caráter continuado, é o previsto no art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51, que tem a seguinte redação:

"VI – provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício."

Em nosso entendimento, os fatos narrados na denúncia, nessa parte, não têm adequação ao tipo penal mencionado. São imputadas a Nagi Robert Nahas compras e vendas de ações na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro. O tipo penal refere-se a mercadorias, títulos públicos, valores ou salários como objeto material do ilícito nele definido, neles não podendo ser incluídas as ações. Estas são títulos emitidos pelas companhias ou sociedades anônimas, representativos de parcela do capital, sendo por elas responsáveis os sócios ou acionistas até o limite do preço de emissão das subscritas ou adquiridas. Não são portanto mercadorias, títulos públicos, salários e nem mesmo podem ser incluídas como valores. Este vernáculo, no contexto do dispositivo, refere-se a dinheiro, jóias, pedras preciosas etc., e não aos referidos títulos operáveis na Bolsa de Valores, pois, quando quer a eles referir-se a lei, o faz expressamente, tal como ocorre no mesmo art. 3.º, no inciso VII, que menciona a compra ou venda de "títulos, *ações* ou quotas". Isto porque, enquanto neste tipo penal, é protegido o interesse de acionistas, naquele, o objeto jurídico é a generalidade das pessoas. Como bem observa Paschoal Mantecca, ao comentar o art. 3.º, VI, da Lei 1.521/51:

"Por outro lado, deduz-se do estudo deste dispositivo, que aqui também se destacam três fatores fundamentais para a perfeita caracterização do delito, a saber:

a) (...).

b) (...).

c) as mercadorias serem de consumo do povo, os títulos, públicos e os valores ou salários, do interesse de um indeterminado número de pessoas." (*Crimes contra a economia popular e sua repressão,* São Paulo : Saraiva, 1985, p. 36).

Essa distinção explica por que no inciso VII se incluem as *ações,* no que se refere às indicações ou afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de negociação com os referidos títulos, excluídas do inciso VI.

Ainda que assim não se entenda, inserindo-se no conceito de "valores" as ações negociáveis na Bolsa, a derrogação do art. 3.º, VI, da Lei 1.521/51 torna-se evidente por outra razão. Com a edição da Lei 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e criação da comissão de valores, passou-se a regular por esse diploma legal toda emissão, distribuição, negociação ou intermediação referentes a valores mobiliários no mercado. É o que se dispõe no art. 2.º, ao determinar que as ações, como outros valores mobiliários, passaram a se sujeitar ao regime jurídico por ela estabelecido. Em complemento, a Lei 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, passou a regular a tipificação penal referente a essa matéria, excluindo as normas que a ela se referem na lei de economia popular. Não há duvidar que as expressões "títulos ou valores mobiliários" contidas nos arts. 1.º,

2.º, 5.º, 7.º, 9.º, 10, 14, 16 e 18 da referida lei são elementos específicos dessas normas, cobrindo todas as condutas que tenham por objeto tais valores (valores mobiliários – ações) e que estariam inscritas na Lei 1.521/51 e que, assim, teriam sido revogadas tacitamente.

É norma aplicável à matéria o disposto no art. 2.º, § 1.º, do Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942 (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro): "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, *quando seja com ela incompatível* ou quando *regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*" (os grifos são nossos).

Pode-se afirmar com segurança que, ao descrever os tipos penais relacionados com o Sistema Financeiro Nacional e ao estabelecer no art. 1.º que estes se referem à "captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, *ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários*", a Lei 7.492/86 regulou inteiramente a matéria que, eventualmente, estava contida na Lei 1.521/51 e dissesse respeito aos valores mobiliários, incluindo-se, evidentemente, a compra e venda de ações. E assim o fazendo, derrogou tacitamente o art. 3.º, inciso VI do último diploma legal, no que se refere à compra e venda de ações. Como assinala Washington de Barros Monteiro: "É tácita, ou por via oblíqua, a revogação, se a lei nova, sem declarar explicitamente revogada a anterior: a) seja com esta incompatível; b) quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (art. 2.º, § 1.º, última parte)" (*Curso de direito civil,* Parte Geral, São Paulo : Saraiva, 8. ed. 1971, p. 28).

É, também, princípio comezinho de direito de que regras especiais derrogam as gerais. Caso não tivesse havido a derrogação do referido dispositivo, e se crime existisse na conduta imputada ao interessado, estaria o ilícito previsto na Lei 7.492/86 e não mais na Lei 1.521/51, pois, como se disse, aquela lei regulou especificamente os ilícitos penais referentes a compra e venda de ações.

Assim, parece-nos que, diante de qualquer ângulo que se examine a questão, é inaplicável o art. 3.º, VI, da Lei 2.521/51 ao fato narrado na denúncia impugnada, diante da derrogação do referido dispositivo no que tange ao crime contra a economia popular tal como formulado na inicial, inexistindo justa causa para o processo contra Nagi Robert Nahas por esse delito.

3.3 Da denúncia pelo crime contra a economia popular

O art. 41 do Código de Processo Penal trata dos requisitos que devem estar presentes na denúncia a fim de que possa ser ela recebida, instaurando-se assim a ação penal condenatória. Exige-se, em primeiro lugar, no artigo citado, que a denúncia contenha "a exposição do fato, com todas as suas circunstâncias". É inepta e não deve ser recebida a denúncia que não especifica, nem descreve, ainda que sucintamente, o fato criminoso atribuído ao acusado, que seja vaga, imprecisa, confusa, lacônica. É inepta também a denúncia em que não se descreve elemento essencial do tipo penal.

No caso em estudo, parece-nos evidente a inépcia do requisitório público inicial quanto ao crime contra a economia popular imputado a Nagi Robert Nahas. Da leitura da imputação quanto a tal delito, acima transcrita, verifica-se que a acusação é a de ter o denunciado comprado a prazo e vendido a vista ações, através de corretoras diversas, mantendo em alta o preço delas no período de abril de 1988 a junho de 1989. Entretanto, na denúncia não se descreve qualquer dessas operações, não se declina quais foram as ações negociadas, não se especifica quantas foram as operações efetuadas, não se menciona os preços de compra e venda, não se diz quais as diferenças entre eles, e, principalmente,

não se declara como tais compras e vendas provocaram a alta ou baixa dos preços dos papéis, núcleo do tipo previsto no art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51. Lembre-se que nesse tipo penal se descreve crime material, ou seja, uma infração penal que exige um resultado naturalístico, o qual, na hipótese, é a alta ou baixa das cotações das ações negociadas pelo denunciado, como evento ocasionado pela sua conduta. Na inicial não se faz a descrição dessa variação, ou seja, não se menciona quais foram as altas ou as baixas no preço das ações derivadas da ação do imputado. Não se descreve, portanto, os fatos concretos que, aliás, são imputados em caráter continuado ao interessado, e muito menos as suas circunstâncias. E como se pode imputar a continuidade delitiva a alguém sem ao menos determinar qual o número de fatos pretensamente típicos por ele praticado?

Certamente não se pode recusar a inépcia da denúncia, por exemplo, quando, para a imputação de um crime de estelionato, na inicial, não se descreve exatamente qual o artifício ou ardil utilizado pelo agente, qual a vantagem obtida, qual o prejuízo causado à vítima, quem é o lesado, como a vítima foi induzida ou mantida em erro, a quem o fato causou tal prejuízo etc. E não há dúvida que os crimes contra a economia popular não passam, em sua maior parte, de estelionatos que atingem pessoas indeterminadas, mas sempre uma por meio de uma fraude que deve ser descrita em todos os seus elementos e circunstâncias, a fim de que se possibilite a defesa do acusado.

Em resumo, na denúncia não se descrevem fatos precisos e muito menos as circunstâncias elementares que os rodearam. Em sendo assim, a denúncia, segundo entendemos, é inepta no que diz respeito à imputação pelo crime contra a economia popular, devendo o processo respectivo ser anulado a partir do requisito público inicial.

Realmente, não pode ser recebida a denúncia e muito menos se prosseguir em processo penal quando não se descreve na inicial, na sua inteireza, a infração penal imputada ao acusado. Diz bem Fernando da Costa Tourinho Filho: "Da mesma forma, não pode ser recebida a denúncia ou a queixa em que não haja a descrição do fato tido como criminoso. A parte acusadora deve investir o Juiz *della cognizione di un fato,* descrevendo-o, como diz Beling, *al fine di facilitare il compito del giudice e di permettere all'imputato di preparare le propre difese* (Beling, apud Bettiol, *La correalizione,* cit., p. 19). (...) Necessário, pois, que na peça acusatória, seja denúncia ou queixa, se faça uma exposição do fato criminoso, que é a *causa petendi,* a razão do pedido de condenação (*Processo penal,* São Paulo : Saraiva, 11. ed. 1989, v. 1, p. 463).

Essa, outrossim, é a opinião generalizada em doutrina processual penal, em que pontificam, entre nós, José Frederico Marques (*Elementos de processo penal,* Rio de Janeiro : Forense, 1961, v. 2, p. 146-147) e Eduardo Espínola Filho (*Código de processo penal brasileiro anotado,* 3. ed. Rio de Janeiro, 1955, v. 1, p. 417-418), traduzindo o pensamento universal, e. g. Vincenzo Manzini (*Trattato di diritto processuale penale,* 6. ed. atualizada por G. Conso e G. D. Pisapia, v. 4, p. 10, Turim, 1972, n. 362) e Manuel Lopes Maia Gonçalves (*Código de processo penal anotado e comentado,* Coimbra, 2. ed. 1978, n. 2, p. 469).

É lição do Egrégio Supremo Tribunal Federal: "Denúncia. Inépcia. Descrição insuficiente. É inepta a denúncia que não descreve pormenorizadamente o fato criminoso, dificultando o exercício da ampla defesa. Recurso de *habeas corpus* provido" (*Revista dos Tribunais* 562/427).

E confirmando a causa de inépcia também se pronuncia o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "Não contendo a denúncia, ainda que resumidamente, elementos que tipifiquem a conduta do indiciado,

nem individualizem seu proceder, peca por inépcia, determinando, assim, o trancamento da ação penal. Precedentes do STF e do STJ. Recurso não conhecido" (*Revista do Superior Tribunal de Justiça* 24/415).

O mesmo já se tem decidido no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "Denúncia inepta. Denúncia que importa cerceamento de defesa, porquanto contém, no tocante ao paciente, imputações vagas, das quais não se extrai a narração dos fatos com todas as suas circunstâncias. Aplicação do art. 41 do CPP. Recurso provido para anular-se o processo *ab initio*" (*Revista dos Tribunais* 581/416).

Não se pode alegar que tais dados estão contidos em documentos anexos à denúncia. É do que é descrito na denúncia que é citado o imputado para se defender. É dos fatos ali narrados que obtém os elementos necessários para que possa apresentar sua defesa e em que se delimita a acusação, com a qual deve haver a correlação da sentença a ser proferida. É na inicial que devem ficar constando toda a narração dos fatos imputados ao denunciado. É também pacífico que de nada vale, para sanar a inépcia, a remissão a peças dos autos. É também do Pretório Excelso decisão nesse sentido: "Denúncia. É inepta a que não especifica, nem descreve, ainda que sucintamente, os fatos atribuídos a dois acusados, limitando-se à referência a outra peça dos autos" (*Revista Trimestral de Jurisprudência* 57/389).

Essa é a orientação seguida também pelo Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo: "É inepta a denúncia que não especifica nem descreve, ainda que sucintamente, os fatos criminosos atribuídos ao acusado, limitando-se à referência a outras peças dos autos" (*Revista dos Tribunais* 532/321).

O mesmo se diga do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que tem a mesma orientação: "É evidentemente inepta a denúncia que faz remissão a outros atos do processo, ao invés de narrar, com todas as suas circunstâncias, o fato delituoso" (*Revista dos Tribunais* 454/389).

É certo que o art. 569 do Código de Processo Penal admite que as omissões da denúncia ou da queixa sejam supridas até a sentença final. Pergunta-se, porém: a que omissões se reporta o art. 569 e quais as que poderão ser supridas a todo tempo? As do art. 41 do mesmo Código? Paulo Claudio Tovo responde: "Sim, salvo a parte onde diz: "conterá a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias (...)", pois que a denúncia ou a queixa são atos essencialmente acusatórios. Sem acusação não há denúncia nem queixa. A narrativa é o cerne da denúncia ou da queixa; é o que vincula o juiz pelo princípio da congruência da condenação com a acusação. O mestre José Frederico Marques ensina, aliás, que os atos essenciais do processo (aqueles sem os quais ele não existe) são os contemplados no art. 564 (excluídos aqueles para os quais haja alguma sanatória, é claro) e, ainda mais, que a falta de formalidade do elemento essencial equivale à falta do próprio ato essencial – nulidade insanável (*Elementos de direito processual penal, v.* 2, p. 420-421). Logo, se a narrativa não traduzir um fato típico, pelo menos, o procedimento é insanavelmente nulo pela raiz.

As omissões supríveis (ou sanáveis) a todo tempo, antes da sentença final, no tocante ao tópico, seriam as circunstâncias ou elementos integrativos não essenciais do fato, como a hora, o dia, o instrumento com que se produziu a ofensa etc., isto é, as que podem faltar sem que o fato deixe de configurar uma conduta típica" (*Nulidades no processo penal brasileiro,* Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1988, p. 33).

E como bem afirma Vicente Greco, ao se referir às omissões sanáveis referidas no art. 569: "Essas omissões, todavia, não podem se referir aos dados fáticos essenciais da denúncia. Podem referir-se a aspectos acidentais, como por exemplo a complementação de dados de qualificação do acusado, a retificação das especificações

do objeto do crime, ou seja, sempre aspectos acidentais (*Manual de processo penal,* São Paulo : Saraiva, 1991, p. 114).

No mesmo sentido, a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho: "A sentença que vier a ser prolatada em processo iniciado por denúncia ou queixa inepta será afetada porque assentada em procedimento viciado desde a sua origem.

Firmou-se a orientação na jurisprudência de que a alegação de inépcia da denúncia só é possível até a sentença, sendo que depois desta deve ser atacado o provimento jurisdicional, que será inválido porque emitido em processo contaminado pelo vício da peça acusatória (*RTJ* 84/425 e *RT* 453/340). O raciocínio, contudo, não parece correto. Inválido continua sendo o próprio ato acusatório marcado pela inépcia. Todos os atos posteriores, inclusive a sentença, serão atingidos pela imperfeição da denúncia e, em caso de declaração de nulidade, é necessário que outra acusação seja feita, reiniciando-se todo o caminho procedimental" (As *nulidades do processo penal*, São Paulo : Malheiros, 1991, p. 78-79).

Além disso, embora no art. 569 do Código de Processo Penal se afirme que a denúncia pode ser aditada para corrigir-se a omissão, diante da nova ordem constitucional, que inclui os princípios da presunção de inocência ou estado de inocência (art. 5.º, LVII, da CF), do devido processo legal (art. 5.ºº, LIV) e o da legalidade estrita (art. 5.º, XXXIX), uma denúncia inepta constitui constrangimento ilegal contra o denunciado. É o que conclui Adauto Alonso S. Suannes: "A possibilidade de correção dos fatos em momento ulterior ao recebimento da peça acusatória é constitucionalmente inadmissível, porque, muito embora o réu se defenda dos fatos que lhe são imputados, é inaceitável que não se tenha desde logo a segurança de que esses fatos correspondem, efetivamente, a um tipo penal, visto como o juiz criminal é, eminentemente, o *custos libertatis*, não podendo aceitar-se que lhe caiba *emendar* peças acusatórias anáfegas" (A necessária rejeição da denúncia inepta, *RT* 667/245-7).

Em acórdão da 6.ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça relatado pelo Min. Vicente Cernicchiaro, afirma-se: "A denúncia deve descrever os elementos constitutivos do crime e suas circunstâncias. Importante é a narração do fato. A capitulação normativa é inócua. (...) Decorrência da imprescindibilidade dos princípios do contraditório e plena defesa. O aditamento à denúncia não supre, no Estado de Direito Democrático, a deficiência da acusação" (*Julgados do Superior Tribunal de Justiça* 30/293).

Em síntese, o fato de o art. 569 do Código de Processo Penal possibilitar o aditamento da denúncia para suprir suas omissões não afasta a inépcia da denúncia e, portanto, a nulidade do processo, a partir da inicial, inclusive, quando o requisitório inicial não contém o relato preciso dos fatos e circunstâncias elementares da imputação.

3.4 Da justa causa no crime contra o Sistema Financeiro Nacional

Refere-se a doutrina às chamadas normas penais em branco, ou leis penais em branco. Enquanto a maioria das normas penais incriminadoras, ou seja, aquelas que descrevem as condutas típicas, é composta de normas *completas,* que possuem preceito e sanções integrais, de modo que sejam aplicadas sem a complementação de outras, existem algumas com preceitos *indeterminados* ou *genéricos,* que devem ser preenchidos ou completados. As normas penais em branco são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago, por isso chamadas também de normas *imperfeitas,* exigindo complementação, relativamente ao modelo abstrato do tipo nela inscrito, por outra norma jurídica, ou seja, por um outro ato normativo de caráter geral (lei, decreto, regulamento, portaria etc.), para que possam ser aplicadas ao fato

concreto. Esse complemento pode já existir quando do início da vigência da lei penal em branco tipificadora ou ser editado posteriormente.

Aponta-se, porém, uma distinção com fundamento na categoria legislativa das normas que devem ser conjugadas para a aplicação das leis penais em branco. Existem as normas penais em branco em *sentido amplo* e as normas penais em branco em *sentido estrito*. As leis penais em branco em sentido amplo são as chamadas normas incompletas ou *fragmentos de norma*. Em primeiro lugar, há os dispositivos legais que têm seu complemento na própria lei, como o do art. 304 do Código Penal, que prevê o crime de uso de papéis falsificados ou alterados previstos nos arts. 297 a 302 do mesmo Estatuto. Em segundo lugar, existem leis cujo complemento se encontra em outros diplomas legais, como no art. 237 ainda do mesmo diploma, que se refere ao crime de conhecimento prévio de impedimento, que só pode ser aplicado recorrendo-se ao art. 183 do Código Civil.

De outro lado, existe norma penal em branco em sentido estrito, que é a lei que deve ser complementada por outra regra jurídica procedente de instância legislativa diversa, seja de categoria superior, seja inferior àquela, provenha ela de fonte federal, estadual ou municipal. Essas leis penais em branco em sentido estrito não afetam o princípio da reserva legal, pois sempre haverá uma lei penal anterior, embora complementada por regra jurídica de outra espécie. Não violam também o princípio da legalidade do crime e da pena, embora complementadas por norma jurídica diversa da lei formal, porque se inserem no sistema constitucional vigente no país. Não é inconstitucional porque sua estrutura vem imposta pela divisão de poderes do Estado, assegurada pela Carta Magna. O Congresso Nacional não pode legislar em materias próprias do Executivo ou das legislaturas estaduais ou municipais. Em tais hipóteses, o Congresso Nacional não rompe a divisão dos poderes que a Constituição estabelece, mas, ao contrário, deixa em branco a lei penal para respeitar a divisão de poderes.

Assim, a distinção entre as normas penais fragmentárias e as normas penais em branco em sentido estrito prende-se à circunstância de que, quanto a estas, o legislador não tem necessidade de pedir ou de autoconceder-se autorização para legislar, podendo complementar a qualquer tempo a lei penal; ou a lei remete para outro preceito contida na mesma lei penal a outra lei distinta. Tratando-se de norma penal em branco a ser complementada por norma jurídica de outra origem, exige que se aguarde a iniciativa de outra instância legislativa ou de outro Poder do Estado. Isto porque o tipo penal na lei penal em branco remete-se, expressa ou implicitamente, à norma complementar que a deve completar: decreto, regulamento, portaria, resolução etc. Nesse sentido, só se pode admitir como complementar de uma lei penal uma norma administrativa a ela vinculada, editada por quem tem para isso competência assegurada pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional.

Assim, o Poder que completa a lei em branco (Legislativo e Executivo federal, estaduais ou municipais e Judiciário federal ou estadual) deve respeitar essa determinação da norma penal para não ficar mascarada uma delegação de competência inadmissível na lei penal incriminadora, definidora dos tipos penais. A norma complementar só será válida, do ponto de vista da hierarquia das fontes, em virtude da autorização concedida pela lei penal em branco. Como afirma Giuliano Vassalli, apoiado nos *Principii* de Pagliaro: "*si há norma penale in bianco tutte le volte in cui la legge fa rinvio da um atto normativo di grado inferior per indicari tutti e i constrassegni de um fato che la legge medesima considerada penalmente illìcito*" ou, em tradução livre, existe norma penal em branco todas as vezes em que a lei se remete a um ato normativo de grau inferior

para indicar todas as características de um fato que a mesma lei considerada penalmente ilícito (G. Vassali, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. 4. ed. do Digesto, – *Sec. Digesto delle Discipline Penalistiche,* Vol. III, 1994, p. 278 *et seq.*), p. 313.

No caso em apreço, o interessado foi denunciado como incurso no art. 7.º, III, da Lei 7.492, de 16.06.1986, que se reproduz:

"Art. 7.º Emitir, oferecer, ou negociar de qualquer modo títulos ou valores mobiliários:

I – falsos ou falsificados;

II – sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

III – sem lastro ou garantia suficiente, nos termos da legislação;

IV – sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa."

Interessa ao presente parecer o art. 7.º, inciso III, que prevê como crime "emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: (...) sem lastro ou garantia suficientes, nos *termos da legislação*" (grifo do subscritor). Esse foi o fato imputado ao interessado, ou seja, de ter, no dia 08.06.1989, negociado ações sem lastro ou garantia suficientes, por meio da empresa Selecta Comércio e Indústria S. A., por ele controlada.

Salta aos olhos que tal dispositivo constitui-se em norma penal em branco, uma vez que as condutas de emitir, oferecer ou negociar títulos ou valores mobiliários só podem ser consideradas típicas quando não houver lastro ou garantia suficiente conforme dispuser a lei. Esse tipo penal é, seguramente, lei penal em branco, porque a norma complementar é que deverá definir o que significa e quando se considera, para os fins penais, ou seja, para o de tipificação do crime, a expressão "sem lastro ou garantia suficientes".

Trata-se, ainda mais, de uma norma fragmentária, ou seja, de lei penal em branco no sentido amplo, pois o tipo penal remete-se expressamente à "legislação" complementar, ou seja, à *lei formal.* É o que ocorre, também, com o inciso IV do artigo citado, ao prever como crimes aquelas condutas citadas tendo por objeto títulos ou valores imobiliários, "sem autorização prévia da autoridade competente, quando *legalmente* exigida" (o grifo também é do subscritor). Já no inciso II, uma dessas condutas só é típica quando as ações forem praticadas com títulos ou valores mobiliários "irregularmente registrados", quando se identifica uma norma penal em branco em sentido estrito, a ser complementada por norma jurídica hierarquicamente inferior à lei formal.

A lei penal em branco prevista no art. 7.º, inciso III, da Lei 7.492/86, exige, assim, a definição, em lei formal, do que podem ser considerados "lastro ou garantia suficientes" para possibilitar a emissão, oferta ou negócios ilícitos de títulos ou valores mobiliários. E tal lei não existe no direito pátrio, restando incompleto o referido tipo legal.

Ainda que se considerasse, apenas para argumentar, que se trata de uma norma penal em branco em sentido estrito, que pudesse ser complementada por norma de instância legislativa diversa da lei, ou seja, por lei material e não formal (decreto, regulamento etc.), a situação jurídica do paciente é a mesma. Isto porque não se presta a tal a Resolução 1.102/86-Bacen, que não especificou, ao menos, o que significa "lastro suficiente" para as citadas operações, como se exige no tipo penal em pauta.

Assim foi decidido no v. acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal no HC 95.021.17807-8/RJ, julgado a 14.12.1995, relatado pelo Senhor Desembargador Federal Arnaldo Lima e publicado no *DJU* 16.04.1976. Da mesma forma tem decidido

o Colendo Superior Tribunal de Justiça no RHC 1.568/RJ, em acórdão relatado pelo Min. José Dantas, publicado no *DJU* 10.02.1992, p. 867 e no REsp. 157604/RJ, em acórdão relatado pelo Min. José Arnaldo Fonseca, publicado no *DJU* 23.11.1998, p. 192.

Inexistindo a norma complementar, o tipo penal previsto no art. 7.º, inciso III, da Lei 7.492/86 é incompleto e de inadmissível aplicação a qualquer fato concreto. Faltam elementos do tipo penal, o que leva à atipicidade do fato e a imputação desse crime a qualquer pessoa viola os princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal, previstos pelo art. 5.º, XXIX, da Constituição Federal e inscritos no art. 1.º do Código Penal: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Não tem o citado artigo da Lei 7.492/86 vigência. E como afirmam peremptoriamente e com clareza Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli: "A lei formal ou material que completa a lei penal em branco integra o tipo penal, de modo que, se a lei penal em branco remete a uma lei que ainda não existe, não terá vigência até que a lei que a completa seja sancionada" (*Manual de direito penal brasileiro,* Parte Geral, São Paulo : RT, 1997, p. 452).

Inexistente a norma que deve complementar o art. 7.º, III, da Lei 7.492/86, o fato imputado ao interessado Nagi Robert Nahas é fato atípico, sendo inexistente a justa causa para o processo. Se não, vejamos.

As condições gerais de admissibilidade da ação penal, denominadas "condições da ação", incluídas sob o título genérico de "condições de procedibilidade", são as mesmas da ação civil: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimação *ad causam*. A primeira delas, de interesse, é a possibilidade jurídica do pedido, ou seja, é necessário que seja admissível, em tese, o direito objetivo reclamado no pedido de prestação jurisdicional penal, relativo à condenação do acusado pela prática de crime. Assim, se o fato objeto da imputação não está definido como crime, inexiste possibilidade jurídica do pedido, sendo inadmissível, portanto, a instauração do processo. De outro ângulo, não é possível a instauração da ação penal quando faltar uma das condições da ação.

É preceito expresso, em nosso ordenamento jurídico, em duas disposições, a necessidade da existência dessa condição da ação.

"Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I – o fato narrado evidentemente não constitui crime;

II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal."

Assim, em primeiro lugar, é de se reconhecer que a denúncia só pode ser recebida quando o fato narrado é dotado de tipicidade, ou seja, esteja adequado exatamente ao tipo penal. Isso significa que é indispensável que no fato concreto estejam presentes todos os elementos do tipo penal. Tratando-se de lei penal em branco não complementada, não estão previstos todos os elementos de sua definição não se podendo, portanto, aperfeiçoar tal adequação. E como se dispõe na lei, o crime somente estará consumado *quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal* (art. 14, I, do Código Penal). Se a definição é incompleta, não pode se ter como crime o fato imputado; não havendo a adequação do fato a algum tipo penal, a denúncia deve ser rejeitada porque o fato narrado evidentemente não constitui crime.

A razão da necessidade da existência dessa condição da ação, aliás, tem por finalidade prática a consideração de que não é conveniente, aliás é abusivo, o desenvolvimento oneroso de uma ação penal quando desde logo se afigura inviável, em termos absolutos, o atendimento da

pretensão porque a ordem jurídica não prevê ou proíbe a manifestação judicial ou ainda a considera incompatível com o regime vigente. Tal ocorre quando se pede a instauração da ação penal por fato atípico. É o que prelecionava o saudoso José Frederico Marques: "Segundo o art. 43, I, do Código de Processo Penal, a "denúncia ou queixa será rejeitada" quando o fato narrado evidentemente não constituir crime. Se a conduta descrita na peça acusatória não é típica, não pode ser pedida a aplicação da sanção penal: há, na hipótese, portanto, impossibilidade jurídica do pedido" (*Elementos de direito processual penal,* Rio de Janeiro : Forense, 1961, 0.318).

No mesmo sentido, o magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho: "Portanto, se o fato narrado na denúncia ou queixa não puder ser subsumível em um tipo legal, vale dizer, se o fato narrado for manifestamente atípico, ausente estará a possibilidade jurídica do pedido, pois o que se pretende, o que se quer, não é agasalhado pelo ordenamento jurídico: a inflição de pena pela prática de um ato que não constitui infração penal" (*Processo penal,* 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 440).

Ensina também Vicente Greco Filho: "Resumindo, temos no processo penal três situações de pedido juridicamente impossível que deverão impor a rejeição da denúncia ou queixa, ou, se recebidas, ensejarão o trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus*: 1. o pedido é de uma sanção penal não prevista na ordem jurídica brasileira; 2. o pedido de condenação é fundado em descrição de um fato atípico, isto é, não descrito na lei como infração penal: (...)" (*Manual de processo penal,* São Paulo : Saraiva, 1991, p. 99).

Nem se pode alegar, como eventualmente já se fez, que a questão de tipicidade é matéria de mérito, desvinculada da matéria relativa ao processo. Uma vez que na própria inicial se descreve fato atípico, a prestação jurisdicional não é devida; há falta de possibilidade jurídica do pedido. Aliás, como se ensina na doutrina, não é impossível uma condição de procedibilidade estar ligada a uma questão de mérito, o que não retira a validade da conclusão dos ilustres doutrinadores citados.

Em segundo lugar, também não pode ser recebida a denúncia quando "faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal". As condições de procedibilidade, que em seu sentido amplo abrange as denominadas condições da ação, são fatos naturais ou jurídicos, cuja existência é exigida pela lei para a propositura da ação penal. A falta delas impede a ação penal, tornando o pedido impossível.

Note-se que o art. 43, III, do Código de Processo Penal, anteriormente reproduzido, refere-se *genericamente* a qualquer "condição exigida pela lei para o exercício da ação penal", e não especialmente às condições de procedibilidade, como a representação do ofendido ou a requisição do Ministério Público previstas no art. 24 do citado Estatuto. Incluindo-se, portanto, nas condições de procedibilidade, a obrigatoriedade de ser objeto do processo penal a imputação da prática de um fato criminoso, ou seja, de um fato típico, é indispensável que conste da denúncia, na sua classificação legal, não só a lei penal incriminadora em branco, mas também a norma que a complementa.

A possibilidade jurídica do pedido é uma condição da ação, como se ensina na doutrina. E também como se ensina na doutrina, o autor só pode ser titular do direito subjetivo público de ação se, em tese, o direito objetivo material admitir o pedido. Na hipótese da ação penal condenatória, promovida pelo Ministério Público, ele só pode ser titular do direito de ação se, em tese, a lei penal incriminadora admitir o pedido de condenação e, para isso, é necessário que o fato imputado ao acusado se subsuma a um tipo penal. E nesse caso, ao membro do *Parquet,* se obriga que identifique na inicial a classificação completa do delito, ou seja, cite o fundamento jurídico que lhe permite imputar

ao acusado a prática de um crime. E essa imputação jurídica não se completou na denúncia em exame, justamente pela não existência da norma complementar da lei penal em branco que serviu, inadequadamente, à instauração da ação penal contra o acusado. Inexistindo o tipo penal em que possa se adequar o fato concreto a ser imputado ao acusado, tornou-se inadmissível a instauração válida do processo.

É certo, portanto, que a inexistência de possibilidade jurídica do pedido acarreta a carência de ação e, no caso do processo penal, a carência da ação penal. E essa conclusão inarredável tem fundamento, inclusive, em nível constitucional, complementada em lei ordinária. Dispondo sobre os princípios que regulam a Magistratura no país, a Carta Magna reza que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões,* sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em denominados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes" (art. 93, III – o grifo ainda é nosso). No caso do processo penal, exige-se, como sempre, a garantia da fundamentação das decisões judiciais, ou seja, "a indicação dos motivos de fato *e de direito* em que se fundar a decisão" (art. 381, III, do Código de Processo Penal – também grifo do subscritor). Essa fundamentação, como se vê, abrange matérias jurídica e de fato, pois a conclusão deve ser a aplicação do direito ao caso concreto. Além disso, o juiz deve mencionar, na sentença, "a indicação dos artigos de lei aplicados" (art. 381, inciso IV, do CPP), sendo que a sua falta constitui nulidade insanável, nos termos do art. 564, III, *m*, do estatuto processual.

Ora, se se torna impossível ao juiz referir-se aos artigos de lei que deve aplicar ao fato objeto do processo, numa sentença condenatória, porque eles não existem na legislação pátria, é evidentemente inadmissível o recebimento da denúncia a respeito desse fato. No caso da lei penal em branco, inexistente a norma complementar, não é possível ao magistrado cumprir com o disposto no art. 381, incisos III e IV do Código de Processo Penal, ou seja, registrar os "fundamentos de direito" e indicar "os artigos de lei" que deveriam embasar a condenação.

Não há, portanto, em hipótese como essa, de se aguardar uma decisão de mérito, e sim de se decidir sobre a admissibilidade do processo penal. Sendo ela inadmissível, a denúncia deve ser rejeitada; tendo sido ela recebida, há constrangimento ilegal por falta de justa causa para a ação penal, coação essa que é sanável pela via do *habeas corpus* com o trancamento do processo.

4. Conclusões

1. Sim. Nada impede o conhecimento do pedido de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal por falta de justa causa ou para a anulação do processo movido contra Nagi Robert Nahas pelos crimes previstos nos arts. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51 e 7.º, inciso III, da Lei 7.492/86.

2. Não. Não há justa causa para o referido processo quanto ao crime contra a economia popular por atipicidade da conduta imputada a Nagi Robert Nahas, quer por se entender que o art. 3.º, inciso VI, da Lei 1.521/51 não o abrange, quer por ter sido derrogado tacitamente o citado dispositivo pela Lei 7.492/86, no que diz respeito à compra e venda de ações na Bolsa de Valores.

3. Não. É inepta a denúncia oferecida no referido processo quanto ao crime contra a economia popular por não conter a descrição dos fatos e de todas as suas circunstâncias, como determinado pelo art. 41 do Código de Processo Penal.

4. Não. Não há justa causa para o prosseguimento do referido processo quanto ao crime contra o Sistema Financeiro Nacional por ser atípico o fato descrito na denúncia, eis que a descrição abstrata do

fato constante do art. 7.º, inciso III, da Lei 7.492/86 não foi completada tempestivamente por legislação complementar exigida pelo referido dispositivo.

5. Sim. Deve ser deferido pedido de *habeas corpus* de trancamento do processo fundado na falta de justa causa para a ação penal pelos crimes contra a economia popular e contra o Sistema Financeiro Nacional. Da mesma forma deve ser deferido pedido de anulação do processo por inépcia da denúncia quanto ao crime previsto no art. 3.º, inciso VI, da Lei 2.521/51 por não estarem descritos os fatos e suas circunstâncias.

É o nosso parecer.

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1

DA IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR OU EXECUTAR MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM VIRTUDE DA AÇÃO DO TEMPO

MARINA DE AGUIAR MICHELMAN

Resumo: O texto discorre sobre a polêmica questão da prescrição na área da Infância e Juventude, apresentando as principais tendências numa leitura da questão sob a ótica do chamado "Direito Infracional".

Palavras-chave: Medida Socioeducativa; Ato infracional; Prescrição; Estatuto da Criança e do Adolescente.

A efetividade das decisões judiciais guarda estreita relação com a aptidão da Justiça para entregar a prestação jurisdicional de forma célere. Quanto mais próxima do contexto fático ensejador da demanda é a resposta do Estado-juiz, maior a probabilidade de harmonizarem-se as lides jurídica, social e política, promovendo-se o bem comum, como um dos escopos do Estado Democrático de Direito (artigo 3.º, inciso IV, da Constituição Federal).

Se por um lado é dever do Estado promover a justiça, é também de seu interesse evitar a incidência de decisões judiciais obsoletas pelo decurso do tempo entre o fato e a aplicação da lei ou a satisfação do direito declarado. Do contrário, o Estado poderá inevitavelmente abalar a segurança jurídica, imprescindível à tranqüilidade social, quando não estar atuando como semeador da iniqüidade, na contramão do ideal de justiça.

Daí a razão de ser do instituto da prescrição que, em Direito Penal, consiste na perda do direito estatal de punir (*ius puniendi*) ou de executar a pena (*ius punitionis*) pela inércia do Estado em dado espaço de tempo, sem que verificadas causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas do lapso prescricional. Como conseqüência, importa na extinção da punibilidade, por força do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

São variadas as teorias lastreadoras do castigo à inércia estatal. Segundo a teoria do esquecimento, uma punição intempestiva a certa conduta, cujo dano já foi esquecido pela sociedade, contraria a finalidade preventiva geral da retribuição estatal. Há, ainda, corrente que leva em conta o desaparecimento de provas do ato e da autoria pela ação do tempo, a tornar temerária eventual condenação. Finalmente, a teoria da utilidade social, conforme a qual a lei deverá impedir uma resposta estatal, de cunho punitivo, mas também pedagógico, quando o protagonista do desvalor comprovou, com sua conduta, a readaptação ao convívio social.

A Lei 8.069/90 não previu expressamente o instituto da prescrição ao disciplinar sobre a aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes autores de atos infracionais, ou seja, de condutas descritas como crime ou contravenção penal. A aparente lacuna legislativa tem gerado polêmica na doutrina e, como não poderia deixar de ser, decisões totalmente disparatadas em termos de jurisprudência.

É certo que o artigo 2.º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) permite

a aplicação de medidas socioeducativas até a maioridade penal – para aqueles que partilham do entendimento de que, salvo a previsão literal do artigo 121, § 5.º, do ECA, não é possível a incidência de outras medidas socioeducativas além dos 18 anos de idade – ou até a maioridade civil – para quem sufraga o entendimento de que a exceção ilustrada no artigo 121, § 5.º, do ECA estende-se às demais medidas socioeducativas, dado o caráter mais brando destas. Todavia, tal questão não se relaciona à prescrição das pretensões declaratória ou executória socioeducativas, mas sim à legitimidade do sujeito para beneficiar-se do sistema de proteção integral discriminado pelo Estatuto, enquanto sujeito especial de direitos. Quando se questiona sobre o transcurso do tempo como fator extintivo do poder estatal de aplicar ou executar certa medida socioeducativa, está se cogitando da existência de poder estatal para responder a dado ato infracional ou para executar a medida aplicada ao adolescente enquanto tal.

Há, certamente, quem entenda pela inaplicabilidade do instituto da prescrição a procedimentos infracionais. Para esta corrente, não vem a propósito cogitar-se de prescrição, porquanto medidas socioeducativas têm natureza e finalidade diversas das penas, a saber, reeducar e ressocializar o menor. Não bastasse, o regramento penal atinente à prescrição tem natureza de direito material, não aplicável ao ECA, que no artigo 152 permite a aplicação subsidiária de normas gerais previstas na legislação processual pertinente, tão apenas.

Neste sentido, norteiam-se decisões como tais:

Recurso de Apelação. Ilícito. Representação. Medida socioeducativa. Imposição. Prescrição. Prazo. Decisão. Mantenimento. Recurso. Apelo negado.

"A aplicação dos prazos prescricionais previstos no Código Penal ao procedimento de apuração de ato infracional atribuído a adolescente e regulado pela Lei 8.069/90 esbarra na diversidade da natureza e finalidade das medidas socioeducativas e das penas previstas na legislação criminal Por incompatíveis, não há possibilidade de aplicar-se a prescrição penal ao ato infracional. A lei não fixa no prazo máximo para o cumprimento da medida socioeducativa de liberdade assistida (art. 118, § 2.º), referindo-se tão-somente ao mínimo de 6 (seis) meses, a qual poderá a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída. Decisão monocrática ratificada por seus próprios fundamentos. Recurso. Improvimento." (Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP – Jurisprudência – Vol. 01/97, Ap. 95000929-6, TJPR, Conselho da Magistratura, Rel. Des. Altair Patitucci, *v.u.* 21.08.1995).

Menor

"Preliminar de prescrição em concreto da medida aplicada na sentença. Inaplicabilidade dos critérios relativos à prescrição contidos no Código Penal. Inexistência de sanção. Negativa de autoria. Quando o partícipe confessa a autoria, merece crédito sua afirmação de que terceiro concorreu para a prática do ato infracional. Apelos desprovidos. Decisão unânime." (Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP – Jurisprudência – Vol. 01/97, AC 59509 2123, TJRS, 7.ª C Civ., Rel. Des. Luiz Felipe Azevedo Gomes, v.u. 23.09.1995).

De outro lado posicionam-se opiniões doutrinárias e jurisprudenciais partidárias da prescrição em matéria de procedimento infracional, com relevantes argumentos.

O primeiro deles recorre à aplicação subsidiária da legislação processual aos procedimentos do ECA, de acordo com o artigo 152. Ora, o artigo 61 do Código de Processo Penal, faz menção às causas de extinção da punibilidade. Sendo uma delas a prescrição, a autoridade judicial da vara da Infância e Juventude poderia constatar a ocorrência de prescrição socioeducativa, extinguindo o procedimento apuratório de ato infracional ou deixando de aplicar a medida. Ademais, os dispositivos penais atinentes à prescrição têm caráter geral. Na ausência de regulamentação por parte de lei especial, o ECA, apli-

cam-se as regras genéricas constantes do Código Penal.

Segunda razão avalizadora da adoção do instituto da prescrição no ECA condiz com a própria natureza da medida socioeducativa. Já se demonstrou ao longo deste artigo ser errônea a concepção de medida socioeducativa como resposta estatal pedagógica e não punitiva. De acordo com a mais moderna doutrina, as medidas socioeducativas são, tanto quanto as sanções penais, mecanismos de defesa social. Embora distingam-se das penas pela preponderância do caráter pedagógico sobre o punitivo, não deixam de lado o propósito intimidativo e expiatório próprio da pena, eis que autorizam a ingerência do Estado na liberdade indivudual do adolescente para lhe impor, coercitivamente, um programa pedagógico, seja em mediante privação de liberdade, seja pela iminência de reversão da medida em meio plena ou parcialmente aberto para internação-sanção, na forma do artigo 122, inciso III do ECA. Desta forma, pela restrição total, parcial ou potencial ao direito fundamental de ir e vir do adolescente, torna-se inconveniente franquear ao exclusivo arbítrio do juiz o poder de aplicar ou executar tais medidas independentemente do lapso temporal já transcorrido. Ora, se o legislador penal limita a possibilidade de aplicação ou execução da pena pelo escoamento temporal ao imputável, discriminar o autor de ato infracional, dentro da dimensão retributiva e restritiva de liberdade guardada no bojo de toda medida socioeducativa, à exceção da de advertência, que se esgota em si mesma, afiguraria nítido atentado ao princípio constitucional da isonomia (art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal).

O principal argumento reside, contudo, na "espinha dorsal" interpretativa da legislação menorista, o princípio da peculiar condição do adolescente como pessoa em desenvolvimento (artigos 6.º, 112 § 1.º e 121, *caput* do ECA). É este critério que permite ao juiz aplicar a medida mais adequada ao autor de ato infracional, sem prévia vinculação com a gravidade da conduta transgressora. É a peculiar condição do adolescente que alicerça a concessão ministerial de remissão como forma de exclusão do processo, ou judicial, como forma de suspensão ou extinção do processo (artigo 126 do ECA). Da mesma forma, será a peculiar condição do adolescente causa impeditiva da aplicação ou da execução da medida socioeducativa quando o sujeito passivo da pretensão estatal, devido ao transcurso do tempo, readapta-se espontaneamente a padrões de conduta socialmente aceitáveis, de forma a prescindir de qualquer forma de intervenção estatal voltada para sua reeducação, porque reeducado está. A finalidade última de toda medida socioeducativa, como bem ponderou o juiz e professor de Direito do Menor Guaraci de Campos Viana, em *e-mail* intitulado *Reflexões sobre a impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa em decorrência da ação do tempo*, é "destruir o delinqüente no homem e não destruir o homem delinqüente".

Admitindo-se a viabilidade de reconhecimento da prescrição socioeducativa, que critérios utilizar em sede infracional?

Já se constataram decisões judiciais favoráveis à extensão dos dispositivos do Código Penal relativos à prescrição ao ECA. Ressalvem-se a inexistência dos institutos da perempção e da decadência, já que a ação socioeducativa é pública incondicionada, bem como o prazo prescricional declaratório *in abstracto* da pretensão socioeducativa no que toca às medidas de internação, semiliberdade e liberdade assistida, totalizada em oito anos, haja vista o período máximo de aplicação destas medidas socioeducativas, que é o da medida de internação, passível de estender-se por até três anos, conjugado à tabela existente no artigo 109 do Código Penal.

Como as medidas de internação e semiliberdade não comportam prazo determinado (artigo 121 § 2.º e 120, § 2.º do ECA), seriam também de oito anos os prazos da prescrição retroativa, intercorrente e executória.

Caso a medida aplicada seja a de liberdade assistida, os lapsos prescricionais retroativo, intercorrente e executório dependerão do prazo mínimo fixado em sentença. Sendo de seis meses o lapso mínimo, segundo o artigo 118, § 2.º do ECA, a prescrição dar-se-ia em dois anos (artigo 109, inciso VI, do Código Penal). Se o prazo demarcado no título executivo judicial for igual a um ano e inferior a dois anos, a prescrição seria reconhecida ao cabo de quatro anos (artigo 109, inciso V, do Código Penal). Se igual ou superior a dois e não superior a três, a extinção da medida socioeducativa dar-se-ia em oito anos (art. 109. inciso IV do Código Penal).

Já as medidas de prestação de serviços à comunidade, reparação do dano e advertência teriam como prazos prescricionais da pretensão socioeducativa *in abstracto,* retroativo, intercorrente e executório o período de dois anos, porquanto a medida socioeducativa prevista no artigo 117, a mais severa dentre as três, não pode ultrapassar seis meses.

Em se tratando de internação-sanção, imposta por descumprimento reiterado e injustificado de medidas socioeducativas (art. 122, inciso III, do FCA), por ser o prazo máximo fixado em três meses (art. 122, § 1.º do ECA), o prazo prescricional da pretensão executória seria de dois anos (art. 109, inciso VI, do Código Penal).

Aos mesmos moldes do Código Penal, incidiriam causas interruptivas da prescrição, haveria atos infracionais imprescritíveis, correspondentes às condutas tratadas pelo artigo 5.º, incisos XLIII e XLIV da Constituição Federal. Ainda na hipótese de cumulação de medidas, a mais gravosa regularia o prazo prescricional e a substituição de medidas, por força dos artigos 99 e 113 do ECA, está só poderia operar-se dentro dos prazos prescricionais.

Anuindo na extensão do regramento prescricional próprio do Código Penal ao ECA, atente-se para os seguintes acórdãos:

"Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional praticado por menor de 18 (dezoito) anos. A Medidas socioeducativas de advertência e prestação de serviços à comunidade, aplicadas pelo prazo de 01 (um) ano. Aplicação das normas da parte geral do Código Penal. Inteligência do artigo 226 do referido Estatuto. Prescrição. Ocorrência entre a data do recebimento da representação e a da publicação do *decisum* condenatório. Decretação, de ofício, prejudicado o exame do mérito." (Ap. Criminal n. 30.496, TJSC, Rel. Alberto Costa, j. 27.08.1996).

"Processo especial. Ação delituosa praticada por menor de 18 (dezoito) anos – Decorrência de mais de 2 (dois) anos entre a data do conhecimento judicial do fato à da decisão – Pena inferior a 1 (um) ano – Extinção da punibilidade pela prescrição – Aplicação do artigo 926, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Decretação de ofício." (Ap. Criminal n. 30.422, TJSC, Rel. Marcio Batista, j. 13.12.1993).

Observe-se que tais acórdãos invocam o artigo 226 do ECA para justificarem a aplicação do instituto da prescrição. Todavia, esta não parece ser a melhor interpretação, pois tal dispositivo refere-se expressamente a crimes contra crianças e adolescentes. Não a atos infracionais por eles praticados. De qualquer forma, os argumentos em questão não prejudicam a plausibilidade do entendimento favorável à prescrição socioeducativa.

Outra corrente, porém, desvincula a aplicação do instituto da prescrição dos critérios objetivos do Código Penal, de modo que inexistiria lapso temporal prédefinido para o Estado deixar de impor a medida ou de executá-la. Assim, constatada concretamente, caso a caso, a ineficácia pedagógica da medida, tendo como referência o momento da aplicação ou execução da medida e não o do ato infracional, em obediência à peculiar condição do adolescente, o juiz poderá invocar o *non liquet* ou deixar de determinar a execução

da medida, levando em conta as alterações instadas pelo tempo na personalidade do adolescente, em suas condições culturais, socioeconômicas e maturacionais (artigos 100 e 112, § 1.º, do ECA). Para tanto, poderá recorrer a seu prudente arbítrio, mediante "inspeção judicial" em relação ao adolescente e aos responsáveis legais ou requisitar o assessoramento de equipe interprofissional (artigos 150 e 151 do ECA).

Nada lhe impede, igualmente, de socorrer-se da unidade do Direito, claramente positivada pela regra do artigo 152 ECA, para aferir carência superveniente de condição processual para reconhecimento pretensão socioeducativa por falta de interesse de agir, de sorte a declarar extinto o procedimento apuratório sem julgamento do mérito, por força do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Quiçá, ainda que *de lege ferenda* faça-se imperioso sanar eventual omissão legislativa, a fim de que os aplicadores da lei não atuem como legisladores, de posse da ferramenta técnica da prescrição, o magistrado estará, com certeza, evitando prováveis reflexos psicológicos maléficos decorrentes da aplicação ou efetivação de medida socioeducativa desnecessária. Contará, sem dúvida, com a oportunidade de atuar os mais nobres postulados do princípio da economia processual, não no sentido de evitar trabalho aos operadores do Direito, mas com o fito de lapidar a norma em atenção às exigências da realidade, revertendo, outrossim, tempo e recursos estatais para bem executar medidas socioeducativas, de aplicação e efetivação imprescindíveis ao bem do socioeducando e da sociedade, como almeja o Estado Democrático de Direito.

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

5.1

HOMICIDAS SERIAIS

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Quem é homicida serial (*serial killer*): 2.1 Algumas características do perfil psicológico do homicida serial; 2.2 Dados referentes à história de vida do homicida serial; 2.3 Psicodinâmica da conduta homicidiária – 3. Classificação dos homicidas seriais, segundo De Lucca: 3.1 O modelo S.I.R.; 3.2 Os onze tipos de homicidas seriais e suas motivações – 4. Algumas reflexões sobre a conduta da vítima – 5. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: Os homicidas seriais apresentam um perfil psicológico, no qual se destacam a hostilidade destrutiva e a ambivalência afetiva, numa história de conflitos e privações. Sua conduta homicidiária tem uma psicodinâmica, tendo como antecedente sua história de vida, passando por um "modelo" de solução, que os faz caminhar das fantasias destrutivas para o propósito de ação, desencadeando uma série de crimes graças a condições facilitadoras, nas quais se inclui a "vítima ideal". Podem-se reconhecer 11 tipos de homicidas seriais, dependendo de suas motivações básicas e dos fatores socioambientais, individuais e relacionais. As vítimas podem ter um papel importante na perpetração dos crimes, a partir de seu estado interior de fragilidade. Os homicidas seriais aspiram a uma espécie de absoluto, em sua busca de satisfações, tal como todos os indivíduos. Daí o interesse despertado por eles no grande público. Apresenta-se de particular importância a reflexão sobre o absoluto e o infinito na vida dos indivíduos.

Palavras-chave: Homicidas seriais; Personalidade e crime; Violência; Vítima.

1. Introdução

Os assim chamados homicidas seriais, comumente conhecidos como *serial killers*, constituem uma grande interrogação: quem são eles? por que motivos agem assim? A esta interrogação acrescenta-se outra: quem são suas vítimas? quando seu rapto se dá por sedução, como é possível elas se deixarem seduzir?

Segundo De Lucca (1997), não há um consenso quanto aos critérios para se classificar um homicida como serial. Os *experts* do F.B.I. teriam critérios mais rígidos e um leque mais fechado, começando pela motivação, que deveria ser direta ou indiretamente sexual, e pelo número de crimes, que deveriam ser no mínimo três. Já o próprio De Lucca oferece um leque mais amplo, conforme se pode ver no sistema de classificação por ele proposto.

Com vistas a oferecer alguns subsídios para se refletir sobre a primeira interrogação acima feita, trataremos, no primeiro item, de algumas características do perfil psicológico, da história de vida do homicida serial e, no segundo item, exporemos o sistema de classificação proposto por De Lucca (1997). Como subsídios para se refletir sobre a segunda interrogação, teceremos no terceiro item considerações gerais sobre o comportamento da vítima, com aplicações ao caso específico dos homicidas seriais.

Para o desenvolvimento do primeiro e segundo itens, nossas fontes de consulta foram, no que se refere mais diretamente aos homicidas seriais, De Lucca (1997),

Hollin (1996) e Yentzen (1994). A estas se acrescenta material encontrado na Internet (www.serialkillers.net/: artigos subscritados por Amy Goldman e casuística), bem como matéria da Revista Veja (de 26.02.1992). Para o desenvolvimento do terceiro item, a fonte imediata de consulta foi Manzanera (1990).

2. Quem é o homicida serial (*serial killer*)

2.1 Algumas características do perfil psicológico do homicida serial

Sobre o perfil psicológico do homicida serial, comecemos por dizer que ele mata por necessidade de matar. Assim como temos necessidade de respirar, de nos alimentar, ele tem necessidade de matar. Uma necessidade que não se liga a motivos racionais, compreensíveis. Seus motivos são internos, totalmente seus, estranhos, inexplicáveis, irremovíveis, ambivalentes, irracionais. A motivação sexual tornaria a conduta homicida até certo ponto explicável. Entretanto, enquanto motivação primeira, ela não parece ser a mais freqüente, contrariamente do que se pensa, segundo o psicólogo Rodney Galan Taboada, da Sociedade Brasileira de Psicologia Analítica, e o psicólogo americano Joel Norris, autor do livro *Assassinos Seqüenciais: a Ameaça Crescente* (Veja, 26.02.1992). Diz Taboada, referindo-se aos assassinos seqüenciais: "A sexualidade é usada por eles como um instrumento para submeter a vítima" (Veja, idem, p.36). Norris, conforme matéria citada da Veja, já entrevistou mais de 30 assassinos seqüenciais e pesquisou a vida de outros cem. Constatou que um terço deles adere a práticas de canibalismo, vampirismo e/ou necrofilia. Muitos também "aderem a alguma idéia, que pode ser o cristianismo, o satanismo, o racismo ou outros, e funciona como uma justificativa para os assassinatos" (idem, p.32). Concordando com a posição de Taboada sobre a baixa incidência da motivacão sexual, diz ele: "O assassino seqüencial se excita mais com o cerco e a dominação da vítima do que com a descarga sexual" (idem. p. 36). Neste sentido, é oportuna a observação de Bergeret (1990), o qual, ao defender a tese de que a violência no homem é fundamental, ou seja, primordial, inaugural (podendo tornar-se perversa, se não devidamente elaborada e integrada), diz que a mesma, ao se manifestar de forma perversa, poderá ter uma motivação sexual. Esta motivação, porém, seria mero pretexto para tornar a conduta violenta mais compreensível pela sociedade, a qual tem mais propensão a compreender as paixões humanas, do que a violência pura e simples. Para o referido autor, a violência, o "impulso homicida" antecederia ao próprio desejo sexual implícito no complexo de Édipo. Sua resolução se faria exatamente através de sua absorção pelo instinto de vida e de sua canalização dentro de um contexto de maturidade dos instintos, inclusive do sexual.

A partir dos depoimentos de Taboada e Norris e do posicionamento teórico de Bergeret, ter-se-ia como motivação, na base da conduta homicidiária dos homicidas seriais, uma violência fundamental, que busca o domínio, o controle, a destruição, sendo a sexual uma motivação secundária, ou, até mesmo, inconscientemente, um "mero pretexto".

Os homicidas seriais podem ser pessoas aparentemente normais, que trabalham, às vezes são casados e têm filhos e não inspiram a menor suspeita em seus vizinhos. No entanto, em contraste com essa aparente normalidade, eles têm, como um traço fundamental, segundo Yentzen (1997), uma profunda e brutal hostilidade destrutiva.

A hostilidade é um estado de sentimentos, uma atitude que implica sentimentos e pensamentos. "Incorpora, durante a infância, a totalidade da atitude materna, a qual muitas vezes inclui a própria hostilidade da mãe" (Wilson C., cit. por Yentzen, 1997, p. 284). Difere, pois, da agressivi-

dade, puramente instintiva. A agressividade tem uma história biológica, tem raízes instintuais biológicas. A hostilidade tem uma história de relações humanas, uma história cultural, uma história de repressões, frustrações, gerando passividade, dependência, revolta, vingança. A hostilidade gera (e aqui toca-se num dos aspectos da raiz do problema) profundas ambivalências, pelas quais o indivíduo busca desenfreadamente possuir e amar o objeto perdido, ao mesmo tempo que busca exercer sobre ele o poder e o domínio, busca subjugá-lo, muitas vezes via sadismo sexual, e, por fim, destruí-lo. Tem-se aqui um exemplo típico de manifestação e atuação do amor primitivo, no qual vêm fundidos os impulsos destrutivos (ver Sá, 1998). O ritual com que agem muitos homicidas seriais ilustra muito bem, de forma em parte simbólica, essa profunda ambivalência: aniquilam suas vítimas, torturando-as, violentando-as, matando-as e, por fim, dissecando seus corpos, ao mesmo tempo, porém, que querem tê-las consigo, querem possuí-las, (simbolicamente, querem "amá-las", ainda que com um amor primitivo), comendo e retendo partes de seus corpos, às vezes até acariciando-os após a morte. Marcelo, após ter violentado e estrangulado um garoto de seis anos e ter deixado seu corpo num terreno baldio, voltou ao local do crime à noite e, segundo explicou, colocou "as mãos do menino dentro do calção para que os ratos não roessem os seus dedinhos" (Veja, 26.02.1992). Alguns criminosos alegam que às vezes matavam a vítima porque ela não queria permanecer com eles por algum tempo. Jeffrey Dahmer é um deles (Yentzen, 1997). Uma das vítimas de Marcelo, um garoto de 10 anos, conseguiu escapar da morte e fugir porque submeteu-se a permanecer em companhia do mesmo, após inclusive ver seu irmão de seis anos ser violentado, estrangulado e morto por ele. É como se o homicida serial estivesse querendo satisfazer de forma plena, num só ritual, impulsos primitivos e contraditórios do ser humano, descarregar todas as tensões deles originadas, pelo que, noutros termos, estaria atingindo a satisfação absoluta, ou seja, o próprio absoluto. O ritual, neste caso, só poderá ser macabro, dificilmente compreensível. O impulso destrutivo não pode ser compreendido meramente através da agressividade, mas sim da hostilidade, tal como foi acima conceituada. É uma mescla de "amor", "ódio", sentimentos de solidão, desejo de posse, de vingança, terror de solidão, medo, medo do que existe dentro de si e do que existe fora de si. "A ação destrutiva pode ocultar sentimentos profundamente enraizados de medo ou frustração em relação aos quais as pessoas hostis tentam se defender. O ódio básico egodistônico é sentido como perigoso para a homeostase psicológica do self" (Yentzen, 1997, p. 283).Por conseguinte, a hostilidade poderá ter como conseqüências: ataques súbitos, brutais, mortíferos a vítimas inocentes, permeados de ambivalências simbólicas, representadas num ritual macabro e sádico.

Dentro do espectro das profundas ambivalências inerentes à hostilidade, tem-se a destacar:

– fortes sentimentos profundamente ambivalentes, centrados na fusão primitiva amor e ódio;

– sentimentos de abandono e solidão; terror da solidão;

– necessidade urgente de contacto, fugindo porém a novas relações, por temer novas experiências de abandono;

– dependência, passividade, depressão;

– necessidade de exercer o poder, o controle, o domínio, como forma de superar sua dependência e passividade;

– sexualidade perversa e sádica;

– agressividade hostil e destrutiva;

– vida imaginativa muito rica, rica em fantasias que se distanciam da realidade e estão orientadas para satisfações concretas e imediatas.

2.2 *Dados referentes à história de vida do homicida serial*

As famílias dos homicidas seriais em geral são caracterizadas por uma história de problemas e de conflitos. Lares desarmoniosos, desagregados. Pirolli (1997), em seu interessante trabalho sobre a psicodinâmica das personalidades psicopáticas, discorre sobre a idéia de uma possível "herança psíquica" presente nos psicopatas, recorrendo para tanto a Zac, que pesquisou a restruturação da família após a Segunda Guerra Mundial. Ou seja, famílias profundamente problemáticas e conflitivas fariam passar às gerações futuras seus conflitos, até que, numa determinada geração, eles como que se aglutinariam em determinado indivíduo e manifestar-se-iam através de condutas concretas (*acting out*), pelo que esse indivíduo se tornaria então um psicopata. "O psicopata seria aquele em que se depositaram os conflitos antigos não elaborados. E a quem, por estar fundado em tantas dívidas, é impossível recordar, repetir e elaborar. Veremos que a ele não cabe nem ao menos o repetir, mas somente o atuar" (Pirolli, p. 93).

O homicida serial não raras vezes é vítima de uma educação muito severa, de forte repressão sexual, pelo que se torna severamente prejudicada sua capacidade de lidar com seus instintos. A repressão se faz acompanhar de forte ansiedade e ambas nos fazem pensar num superego tirânico, sendo que esse "trio" é reconhecido por M. Klein (1927, 1933, 1934) como facilitador do desenvolvimento da conduta criminosa. Blacburn (*apud* Hollin, 1996) realizou um estudo comparativo entre criminosos violentos e não violentos e constatou que o que mais diferenciou os violentos dos não violentos foi a presença significativamente maior entre eles de indivíduos deprimidos-inibidos.

A história de vida dos homicidas seriais costuma ser rica de traumas emocionais, tanto na infância, como na adolescência. Vale lembrar ainda que eles, via de regra, foram vítimas de privações emocionais significativas. Sobre as conseqüências das privações emocionais para o desenvolvimento da hostilidade e da delinqüência, não se pode deixar de fazer menção a Winnicott e Bowlby (ver Sá, 1998).

2.3 *Psicodinâmica da conduta homicidiária*

A partir de tudo o que se disse até agora, pode-se pensar numa psicodinâmica da conduta homicidiária, na qual teríamos os fatores antecedentes, facilitadores: sentimentos de abandono e solidão, dependência, passividade, frustração afetiva, repressão sexual, medo e terror, ambivalência, desejo de controlar e dominar, perversão sexual. Tais fatores vão desencadear a hostilidade destrutiva, constituída, num primeiro momento (que pode durar anos), unicamente de pensamentos e sentimentos. Tais pensamentos e sentimentos, dependendo de "modelos de solução", vão orientar-se para a ação, num momento seguinte. Entre os "modelos de solução" estão outros crimes praticados, sobretudo se amplamente repercutidos na mídia.

Estando a hostilidade destrutiva orientada para a ação, é como se o gatilho estivesse armado. Basta agora o homicida serial em potencial encontrar condições facilitadoras e desencadeantes, que incluem, entre outras coisas, local propício e "vítima ideal" (que se ajusta aos seus impulsos e lhe facilita a ação). Ocorreria então a primeira experiência concreta de agressividade hostil destrutiva, ou seja, de atuação hostil destrutiva, através da prática homicida, na maioria das vezes com atos de brutal sadismo. Tem-se a primeira experiência da passagem ao ato, através da qual o agente criminoso se sente aliviado ao descarregar um manancial de tensões que vêm se acumulando em sua mente. Recompensado por essa experiência e tendo obtido sucesso, as portas estão abertas para outros ataques sucessivos, inexplicáveis,

destrutivos, que o criminoso passa a desferir contra outras vítimas. Suas vítimas, em sua maioria, não fazem parte de seu convívio familiar ou de seu ambiente mais próximo. Via de regra, são inocentes, ou seja, não assumem nenhuma atitude de provocação. São vítimas em geral desconhecidas suas, mas que, quando cruzam seu caminho, aparecem-lhe simbolicamente carregadas de significados, e em relação às quais ele vive profundos sentimentos ambivalentes.

3. Classificação dos homicidas seriais, segundo De Lucca

De Lucca (1997) propõe um sistema amplo de classificação dos homicidas seriais, prevendo uma ampla diversidade de tipos e de motivações. Contrapõe-se aos critérios do F.B.I, cujos *experts*, segundo ele, consideram como homicidas seriais somente aqueles que tenham em sua história no mínimo três vítimas e cuja conduta, de uma forma ou de outra, tenha uma motivação sexual. Cita a classificação de Holmes e De Burger e diz ser ela muito restrita, ao prever somente quatro tipos, não considerando também aqueles casos em que ocorrem somente duas vítimas. Fundamenta sua classificação no que ele chama de "modelo S.I.R." e propõe 11 tipos de homicidas seriais.

3.1 O Modelo S.I.R.

O modelo S.I.R. busca analisar e compreender o comportamento do homicida serial à luz da teoria sistêmica. O autor adota o conceito de sistema de Hall e Fagen (1956): "Um conjunto de objetos e de relações entre os objetos e entre os seus atributos". O modelo proposto pelo autor para analisar e classificar a conduta dos homicidas seriais prevê três fatores, ou três conjuntos de fatores: Fatores Socioambientais – F (S), Fatores Individuais – F (I) e Fatores Relacionais – F (R). Daí a sigla S.I.R.

Vejamos esses três conjuntos de fatores:

– F(S): famílias problemáticas, geradoras de uma série de traumas. Na adolescência e vida adulta: baixo nível de inserção social, com a vida interior voltada a fantasias sexuais e a imaginações distantes da realidade. Ocorrem eventos facilitadores e desencadeantes que, para o homicida serial, são fatais.

– F(I): duas características fundamentais do homicida serial são a força e qualidade de sua sexualidade e a sua vida imaginativa muito rica e articulada. Encontram-se nele necessidades estritamente subjetivas, muito estranhas, que ele coloca como justificativas de seus crimes.

– F(R): é a síntese, o ponto de encontro entre os dois fatores precedentes. Os homicidas seriais têm dificuldades em manter relações adequadas com o próximo. Ainda que aparentemente possam manter relações sociais, profundamente vivem na solidão, entregues às suas fantasias e imaginação. As relações sociais são superficiais e tensas, inclusive no seio familiar.

A conduta dos homicidas seriais, seu projeto de vida são resultantes, portanto, das matrizes psicológicas dos pensamentos familiares, somadas às suas características individuais.

Através de sua ação homicidiária, o homicida serial, cuja estrutura psíquica (cujo sistema) já é de si débil e precária, procura recompor, ainda que temporariamente, o seu sistema, já que, por conta de relações (ou novas relações) negativas e desagregatórias, esse seu sistema está se desmoronando e ele, o homicida, perde o senso de realidade e fica à mercê de seu mundo interno. Sob esse pressuposto da busca de um equilíbrio provisório, pode-se entender as oscilações da produção criminal dos homicidas seriais, com seus "altos" e "baixos".

3.2 Os onze tipos de homicidas seriais e suas motivações

De Lucca distingue 11 tipos de homicidas seriais (HS), a partir de suas motivações

(motivos), identificando nessas motivações os fatores primários (F1) e os fatores secundários (F2), bem como o grupo de fatores a que pertencem: S (socioambientais), I (individuas) e R (relacionais).

Os 11 tipos são os seguintes:

1) H.S. por ganho (vantagem econômica) pessoal (HS-GP)

Motivo: herança ou apólices de seguro. São mais freqüentes entre casais, principalmente por parte das mulheres, que têm levado uma vida cheia de privações e uma vida conjugal miserável e cheia de frustrações.

– F1(I): necessidades pessoais que se tornam prioritárias em relação a qualquer valor moral.

– F2 (R): despersonalização da vítima, que, em geral, pertence ao seio familiar, transformando-a em mero objeto. Os H.S. deste tipo são sociopatas puros.

2) H.S. situacional (HS-S)

Crimes cometidos exclusivamente por homens. Embora intencionais, não são premeditados. O indivíduo que, via de regra, está envolvido num outro crime, entra em pânico, quer por-se a salvo e se vê tomado de um desejo de matar, que se repete em toda situação análoga, sendo que as vítimas não constituem nenhum perigo para ele e são casuais. O crime pode resultar da raiva do agressor ante as negativas da vítima ou da frustração ante a insignificância do produto de seu roubo. Fazem parte deste grupo os "ladrões seriais", que roubam para satisfazer uma excitação, que se completa com o homicídio, como ocorreu quando matou pela primeira vez.

– F1(S): um "curto-circuito" na mente do homicida provocado pela presença inesperada de uma testemunha ou de um obstáculo à sua empreitada criminosa. Sua reação torna-se automática nos homicídios posteriores (evento desencadeante).

– F2 (I): comumente, estes homicidas são pessoas impulsivas, descontroladas, que carecem de "sangue frio" para enfrentar situações de *stress* agudo e súbito.

3) H.S. motivado por erotomania (HS-E)

Crimes raros, provocados pela fixação numa permanente excitação sexual (de natureza sobretudo psíquica), com idéias fixas num amor romântico idealizado, impossível, que tornam insatisfatória a convivência com os parceiros reais. Praticados exclusivamente por mulheres, que têm uma sexualidade muito acentuada, porém reprimida, sendo as vítimas do sexo maculino.

– F1(I): estado interior de insatisfação emocional da mulher, que a leva, desde quando ainda menina, a fugir da realidade e a mergulhar na vida imaginativa, à procura de seu "príncipe encantado". O homicídio é um meio de fugir à realidade frustrante. Cometido o primeiro, a mulher vê-se novamente frente à mesma realidade frustrante e continua a cometer os demais, à procura do mundo idealizado.

– F2 (R): relações insatisfatórias com um marido tedioso, não imaginativo, às vezes alcoólatra, violento, autoritário.

4) H.S. provocado por um conflito (HS-Co)

Os homicídios, cometidos principalmente por homens, são provocados por briga entre duas pessoas, das quais uma mata a outra, levada por impulsividade, graças a uma personalidade violenta pouco tolerante a situações de *stress*. O homicida tende a matar para fazer valer as próprias razões.

– F1(R): relação negativa, de duração variável, entre o assassino e a vítima. Também não premeditado, não tem fase "prodrômica". O crime é precedido por expressões de ameaça de morte.

– F2 (I): predisposição a atuar (*acting out*) de forma agressiva.

5) H.S. por vingança simbólica (HS-VS)

Homicídios cometidos só por homens. O homicida dirige contra suas vítimas,

totalmente inocentes, sua raiva e revolta endereçadas a outras pessoas, a um diretor de sua empresa, por exemplo, que o despediu ou lhe negou uma promoção; neste caso, as vítimas poderiam ser outros empregados. Às vezes, o homicida vinga-se de uma ou mais mulheres por conta de seu fracasso como homem, reafirmando assim sua superioridade. O criminoso comumente é filho de uma mãe tirânica, tornando-se um adolescente tímido, sexualmente reprimido e fracassado nas relações com as mulheres. (Afinidade com HS-CP e HS-Sex). O assassino estupra suas vítimas como forma de submetê-las a humilhação e vexame.

– F1(R):distorção das relações entre o assassino, que sente ter sofrido um dano irreparável, e a vítima, que representa o seu inimigo inatingível.

– F2 (I): incapacidade de tolerar frustrações e conflitos, elevado conceito de si e fortes reações paranóicas.

6) H.S. por motivação irracional (HS-MI)

Crimes praticados via de regra por esquizofrênicos paranóides, cujos motivos são irracionais, indecifráveis. A justificativa mais comum é a de que o indivíduo ouve vozes, divinas ou demoníacas, que ordenam a prática homicida. É necessário empreender uma investigação muito profunda, para identificar os casos de simulação de doença mental

– F1(I): no caso dos psicóticos, o fator praticamente exclusivo é seu estado psíquico. As vítimas são escolhidas ao acaso.

– F2 (S): genitores escassamente afetuosos, ambiente saturado de estímulos negativos, ocorrência de vários traumas durante o desenvolvimento.

7) H.S. motivado por extremismo (HS-Ex)

Homicídios motivados por uma fé em um sistema político, econômico, religioso ou social. Distinguem-se quatro subgrupos:

a) Por extremismo político (HS-ExP);

b) Por extremismo religioso (HS-ExR) (aproxima-se do HS-MI);

c) Por extremismo socioeconômico (HS-ExS);

d) Por extremismo paramilitar (HS-ExPm) (as vítimas são alvos que devem ser eliminados e o assassino se equipa com armas pesadas).

– F1(S): o tipo de tecido social e o nível de inserção nesse tecido são definitivos.

– F2 (I): as convicções do indivíduo, o fanatismo religioso, a intolerância racial.

8) H.S. por eutanásia (HS-Eu)

O indivíduo (tanto do sexo masculino como feminino) escolhe como vítimas pessoas que, a seu ver, estão sofrendo injustamente. O sentimento de piedade é só aparente. O verdadeiro motivo é uma sensação de poder e de domínio, pelo que este tipo se aproxima do que vem a seguir (HS-CP). Os homicídios são confundidos com mortes por causa natural.

– F1(I): convicções pessoais do assassino.

– F2 (S): países nos quais há maior tolerância para com a eutanásia.

9) H.S. por controle do poder (HS-CP)

Através dos homicídios, o indivíduo manifesta a sua necessidade de onipotência. Em geral, são praticados com brutalidade. Subdivide-se em três subgrupos:

a) Para ser o centro da atenção (HS-CPA). Coloca a vítima em situação de perigo e, em seguida, tenta salvá-la, claramente sem sucesso. Crimes cometidos sobretudo por mulheres que põem em perigo de vida seus próprios filhos ou outras crianças.

b) Por sadismo (HS-CPS). O assassino impõe à vítima o máximo de sofrimento possível, antes de matá-la, assumindo sobre ela o poder de vida ou morte. O prazer deriva das reações de dor da vítima. Associa-se a fantasias sexuais sádicas, ocorrendo

a prática de atos sexuais degradantes e violentos.

c) Homicídio serial missionário (HS-CPM). O indivíduo assume o papel do juiz e justiceiro e passa a eliminar certo grupo de pessoas (prostitutas, vagabundos, mendigos, homossexuais) e isto lhe dá muito prazer (aproxima-se do tipo HS-MI).

– F1(I) e F2 (S): necessidade prioritária de sentir-se importante, que não pode ser satisfeita em nenhuma esfera social.

10) H.S. sexual (HS-Sex)

Está presente uma motivação sexual primária na base da ação homicida. Pode haver o estupro (antes e/ou depois da morte) ou uma agressão sexual pela introdução de objetos nos orifícios do corpo da vítima. Distinguem-se dois subgrupos:

a) Homicídio serial sexual sádico (HS-Sex S). O indivíduo obtém gratificação sexual impondo grandes sofrimentos às vítimas. Muitos indivíduos começam sua carreira criminal com uma série de estupros. Na base desta conduta, pode haver uma "hiperestesia sexual".

b) Homicídio serial sexual necrófilo (HS-Sex N). É o oposto do antecedente. O assassino mata a vítima o mais rápido possível, procurando preservar o máximo possível seu corpo, a fim de manter consigo um corpo intacto. Às vezes, nem consegue completar o ato sexual. Após alguns dias, pode seccionar o cadáver para conservar algumas partes e desfazer-se do resto.

– F1(I) e F2(S): ambientes familiares traumatizantes, sobretudo no que diz respeito à sexualidade, podendo ter ocorrido abusos sexuais ou uma educação sexual muito severa e repressiva.

11) H.S. por motivações mistas (HS-MM)

As motivações variam de um homicídio para outro. As vítimas podem ser alternativamente do núcleo familiar, conhecidas ou desconhecidas. Estes homicídios freqüentemente não são bem esclarecidos.

– F1(I): o indivíduo parece impulsionado a matar, não consegue conter-se, por uma necessidade interna.

– F2(S): comumente, trata-se de infratores que, quando de seu primeiro homicídio, tinham já uma carreira criminal, pelo que o homicídio é simplesmente uma última etapa desse seu desvio em relação ao ambiente.

4. Algumas reflexões sobre a conduta da vítima

Hoje em dia, não se entende mais o papel das vítimas de crime como exclusivamente passivo. Isto sem falar necessariamente nos crimes de homicídios e lesões corporais nos quais a vítima tem uma conduta clara e reconhecidamente provocadora. A participação da vítima se faz de múltiplas formas, direta ou indiretamente, explícita ou latentemente, consciente ou inconscientemente. A busca inconsciente do fracasso, da privação, do acidente está presente em muitas pessoas. Tais "buscas" têm uma motivação básica de autodestruição e se associam à própria tendência suicida, conforme tivemos a oportunidade de expor em trabalho anterior, sobre a "personalidade do suicida" (Sá, 1995). A tendência suicida é um processo interior e insidioso de autodestruição. Como processo, não é algo acabado, mas que se implanta, se alimenta, se complexifica e desenvolve. Como interior, não é algo explícito, ao menos inicialmente, nem ao próprio indivíduo. Como insidioso, esse processo autodestrutivo vai se apossando aos poucos da mente do indivíduo, de forma sub-reptícia. A probabilidade de concretização dessa tendência autodestrutiva aumenta na medida da intensidade do supra-citado processo insidioso e da intensidade das condições precipitantes, bem como, por outro lado, diminui, na medida em que o indivíduo dispuser de processos alternativos ao processo autodestrutivo. A "tendência suicida" manifesta-se, concretiza-se não unicamente através da conduta suicida, pro-

priamente dita, mas também através de formas disfarçadas, alternativas e, evidentemente, atenuadas da mesma, incluindo-se entre elas a própria conduta vitimógena. Von Hentig (*apud* Manzanera, 1990), ao falar dos tipos de vítima, refere-se ao tipo deprimido, a saber, pessoas que se encontram abatidas no instinto de autoconservação e se colocam em situações de perigo. Assim se expressa ele, ao falar especificamente sobre vítimas de homicídio: "A vítima não é unicamente um objeto inanimado, senão um elemento ativo na dinâmica do assassinato. Não só se ajustam mutuamente com freqüência o autor e a vítima, como a fechadura e a chave, como também suas condições de vida apresentam freqüentemente peculiaridades complementárias" (Manzanera, 1990, p. 259).

Por outro lado, é de capital importância lembrar-se e frisar-se que, na base da conduta vitimógena, não se encontram unicamente motivações autodestrutivas. Pelo contrário, existem também motivações orientadas para a busca de satisfações fáceis, busca de prazer, lascívia, consolo, sucesso, ganho fácil, a partir de um estado de frustrações, vazio interior e solidão. Von Hentig reconhece os seguintes tipos de vítima, além do já citado tipo deprimido: ambicioso (desejoso de lucro), lascivo (propenso à luxúria) e solitário ("baixa suas defesas em busca de companhia e consolo") (Manzanera, 1990, p. 84). O autor fala das "vítimas com ânsia de viver": são pessoas que se sentem privadas dos bens e prazeres que outras têm, e querem, em curto espaço de tempo, recuperar o tempo perdido, movidas pela ânsia de liberdade, aventuras, novas experiências, etc. A este respeito, é digna de nota a curiosa coincidência entre as táticas adotadas pelo "maníaco do parque", que vitimou mais de dez mulheres em São Paulo em 1997/1998, e pelo famoso *serial killer* americano Jeffrey Dahmer, que atuou sobretudo na década de 80 até início da década de 90, tendo vitimado 17 jovens. Ambos prometiam às suas vítimas uma sessão de fotos destinadas à publicidade. Marcelo, conforme já citada matéria publicada na Veja (26.02.1992), matou barbaramente 13 meninos, com idades que variavam de seis a 12 anos: seduzia meninos pobres, prometia a eles lanche e uma boa soma de dinheiro. Percebe-se que, sob este ponto de vista, as frustrações e motivações do homicida serial e de suas vítimas, por mais paradoxal que possa parecer, podem se aproximar bastante, cada um buscando seu objetivo e formas de satisfação a seu modo. O homicida serial, já dissemos acima, está à procura de uma satisfação plena, como que de um absoluto. De igual forma, a vítima, verdadeiramente vítima, isto é, aquela que já se encontra num estado de alma frágil, carente, vulnerável, crivado de frustrações (tal como seu algoz), também está à procura de um absoluto. Eisenberg, ao classificar os tipos de relações entre delinqüente e vítima, refere-se, no primeiro grupo (num total de quatro), a uma "vinculação pessoal nascida de uma fixação psíquica ou física (simbiose)"(Manzanera, 1990, p. 127). Manzanera traz, à p. 130, um quadro esquemático das possíveis relações entre criminoso e vítima, no que diz respeito às variáveis conhecimento (conhece/desconhece) e atitude (atração/repulsa/indiferença), e prevê, entre todas as combinações possíveis, a relação atração/atração, na qual criminoso e vítima sentem-se atraídos um pelo outro. Podemos pensar portanto numa atração por parte da vítima, ainda que inconsciente e por motivos inconscientes, e ainda que frente a um criminoso por ela desconhecido. Segundo o mesmo autor, muitas vezes "a escolha da vítima depende da percepção que o criminoso tem dela". O criminoso, em sua possível capacidade intuitiva, poderá perceber, captar a maior ou menor acessibilidade, disponibilidade, fragilidade e carência da vítima (idem, p. 34).

Conclui-se, pois, que certas pessoas são portadoras de condições vitimógenas, que as tornam mais susceptíveis de se tornarem

vítimas de crimes: crimes de roubo, estelionato, estupro e também dos crimes dos homicidas seriais. São condições referentes, seja a um processo autodestrutivo, de busca inconsciente do sofrimento, fracasso, humilhação, punição ou até mesmo da morte, seja a um processo de busca de satisfações fáceis, de prazer, de ganho, de sucesso, de busca de soluções fáceis para frustrações profundas e antigas. Numa hipótese ou noutra, diríamos que o "estado de alma" dessas pessoas, via de regra, se caracteriza pela fragilidade, frustração, carência (afetiva, econômica, social), baixa auto-estima, susceptibilidade, sugestionabilidade, ingenuidade, confiança (ingênua), inexperiência, negligência, entre outras coisas. Por conseguinte, a prevenção contra a vitimização pelos mais diversos tipos de condutas criminais, inclusive a dos homicidas seriais, não importa simplesmente num cuidado redobrado em relação a lugares perigosos, propícios a práticas criminosas, e em relação a pessoas suspeitas, muitas vezes até claramente suspeitas. As pessoas têm que primeiramente tomar cuidado consigo mesmas, têm que primeiramente suspeitar de si mesmas. Têm que estar atentas às suas fragilidades, necessidades, carências (objetivas ou subjetivas), aos seus anseios, impulsos, frustrações e fantasias. Assim como no deserto a sede extrema faz com que o itinerante veja água onde não existe, assim também, analogamente falando, o estado de fragilidade, carências, frustrações, permeado de fantasias e sonhos, poderá fazer com que a pessoa veja somente verdade e esperança naquele que a seduz e fique totalmente cega para as armadilhas que ele lhe está preparando. O poder de sedução do homicida serial (quando se trata de sedução, pois o rapto pode se dar unicamente pelo uso da força e da violência) deve-se, entre outras coisas, a: a) total insensibilidade do infrator para com sua vítima, o que facilita sobremaneira a sua façanha persuasiva; b) estado de fragilidade e carência do infrator, o que faz com que ele saiba sintonizar-se muito bem com o estado de fragilidade e carência da vítima a adotar junto a ela as táticas persuasivas mais adequadas; c) estado de fragilidade, carência e inexperiência da vítima, que faz com que ela veja "água" onde só existe "areia".

Portanto, o combate à criminalidade, as medidas de prevenção da violência não dependem unicamente de esquemas de segurança, de medidas governamentais, de operações policiais eficientes, ou mesmo de programas de prevenção da própria criminalidade junto aos grupos de risco de se tornarem delinqüentes ou de voltarem à delinqüência. Dependem também de programas de prevenção das vítimas, de cuidados especiais por parte de todas as pessoas. As pessoas têm que aprender a olhar para seu interior e verificar com muita atenção se não está acontecendo ou se instalando dentro delas certo estado de "descuido inconsciente" para consigo mesmas, pelo que seriam levadas a não reconhecerem ou a minimizarem as condições de risco a que se expõem. Ou se, por outro lado, elas não estariam se aventurando a buscar soluções fáceis e imediatas, deixando-se tomar por sonhos e fantasias, à primeira vista muito mais atraentes e sedutoras do que a realidade, e, com isto, estariam se expondo a armadilhas e se tornando vulneráveis às mesmas. Muitos crimes não aconteceriam se não houvesse as assim chamadas "presas fáceis".

5. Conclusão

No centro do mundo misterioso e instigante do homicida serial vamos encontrar a agressividade hostil, destrutiva, sádica, que se alimenta de profundos sentimentos ambivalentes, mórbidos, obsessivos, cujo alvo, no final das contas, é o próprio absoluto. Suas raízes remontam ao amor primitivo da criança, no qual estão fundidos impulsos destrutivos. Remontam à época primordial em que imperava o que Freud chamou de sentimento oceânico, pelo qual a criança se sente fundida no universo e com ele identificada,

numa experiência primária de onipotência narcisística. Portanto, o alvo das fantasias, das necessidades e da hostilidade destrutiva do homicida serial é o próprio absoluto. Um absoluto jamais alcançado e jamais alcançável, porque sempre procurado e perseguido por vias profundamente equivocadas e mórbidas.

E aí nós nos perguntamos: por que motivo os homicidas seriais suscitam tanto interesse em nós, na opinião pública, na mídia em geral? Dizer que eles constituem uma preocupante ameaça à sociedade é dizer uma inverdade. Dizer que nós todos somos homicidas seriais em potencial não deixa de ter o seu lado de verdade. Tudo o que nos desperta muito interesse tem algo a ver conosco. Mas o que eu gostaria de realçar no homicida serial, e que tem muito a ver conosco hoje, com o homem, com a sociedade, é a sua profunda ambivalência, as suas contradições e a sua busca ambivalente e contraditória do absoluto. A sociedade hoje adota racionalmente o relativismo e nessa balança tende a colocar certos valores fundamentais da moral e da convivência humana. Só uma coisa o homem não admite como relativa: a sua felicidade, que ele quer plena, sem limites, como herança do sentimento oceânico, que dominava sua mente, quando recém-nascido. Na verdade, no profundo de seu ser, aspira ao absoluto, ao infinito, embora racionalmente e explicitamente os negue. Daí, suas condutas profundamente contraditórias e ambivalentes. O homem não quer se defrontar com a morte, procura vida plena, e esquece-se de que, para encontrar o sentido da vida, é imprescindível deparar-se com a morte e sobre ela refletir.

A sociedade procura sofregamente a vida, o poder, a riqueza, todas as formas de prazer, só que, ao fazê-lo, provoca a morte, a submissão, a miséria e o sofrimento. Neste sentido, a sociedade, como um todo, seria um grande *serial killer*; ela, em si, seria um grande homicida serial. Está à procura do absoluto, da vida e do amor, porém, por vias profundamente equivocadas, contraditórias, ambivalentes e mórbidas, tal como o fazem os homicidas seriais. O Prof. Dr. De Leon, do Instituto de Psicologia da USP, dizia, numa banca examinadora, da qual tivemos a honra de participar, no referido Instituto: "Nós hoje vivemos num verdadeiro Auschwitz". Para não aparentar estar incursionando por uma "vã filosofia", gostaria de explicitar brevemente três formas destes "homicídios seriais" da sociedade, aos quais nós todos acabamos aderindo às vezes, de uma forma ou de outra. São elas: o ataque ao meio ambiente, o capitalismo selvagem e a marcha impetuosa da globalização.

O homem, ao procurar com volúpia a vida na natureza, pensa somente em sua própria vida e esquece-se de que ela depende da vida da natureza. Em seu esquecimento, ataca a natureza, espalha a morte e alarga os caminhos para sua própria morte e de seus descendentes. O homem agarra-se desesperadamente ao meio ambiente, para ampliar seu poder e domínio, porém aos poucos destrói esse mesmo ambiente, impõe-lhe uma morte paulatina, processo mortífero esse que, senão estancado, atingirá as gerações futuras do próprio homem. Enfim, busca-se a vida, a felicidade, espalhando-se a morte e a destruição.

Quanto ao capitalismo selvagem, penso não ser exagero dizer que já traz inoculado em si o vírus da própria morte. Nele, o "rico", o explorador, precisa do "explorado", para dele extrair a vida. Só que, ao "sugar-lhe" a vida, ele o mata, e, ao matá-lo, estará decretando sua própria sentença de morte. Ocorre-me aqui uma alegoria. Ouvi tempos atrás de uma aluna, também bióloga, que o Instituto Butantã tira sangue de cavalos para fazer soro, ou seja, para preservar a vida. Só que, evidentemente, o cavalo destinado a esse fim vai fatalmente se enfraquecendo. Para tanto, o Instituto dá-lhe suprimentos alimentícios e vitamínicos especiais, para mantê-lo vivo o máximo de tempo possível e aproveitar o máximo o seu sangue. Uma medida que,

embora necessária, evidentemente, serve de alegoria para o que acontece no capitalismo selvagem, nas relações entre exploradores e explorados. O homicida serial, no seu ímpeto de matar, muitas vezes quer manter viva a sua vítima, a fim de que possa continuar usufruindo de sua vida e de seu corpo, para sua felicidade plena.

A globalização é um outro fenômeno no qual ocorre a marcha desenfreada para o poder, para a qualidade plena, para a felicidade global. Busca-se a qualidade total. A qualidade total, hoje a grande bandeira das organizações, tida como imprescindível para sua sobrevivência, insofismavelmente atinge as raias do absoluto. É o homem buscando mais uma vez o absolutamente perfeito, o global, uma vida sem limites. Só que, sob uma pretensa comunhão universal, à busca de uma vida plena, o que se observa é o grande risco de novamente espalhar a morte: a morte dos mais fracos, a morte dos que não se mostram totalmente qualificados à luz dos parâmetros da globalização. Há o risco de ocorrer a morte de povos, de países, na medida em que se sufocam suas identidades culturais, sua história, seu modo de ser próprio e irredutível. O amor sadio entre duas pessoas supõe a manutenção de suas identidades, como duas pessoas distintas e irredutíveis. O amor que funde as pessoas é sufocante e mortífero, tal como o é o amor do homicida serial. E há que se tomar muito cuidado. Há povos que não se sujeitam a perder sua identidade. Quando se vêem abalados em sua identidade e se sentem como que ameaçados de desmoronamento, podem partir para atos muitas vezes insanos, pelos quais espalham o terror e a morte, mas pelos quais estão reivindicando seu igual direito à vida plena.

Gostaríamos de concluir esta exposição, lembrando o Livro do Eclesiastes, da Bíblia Sagrada. Um livro sem dúvida pessimista, mas que, ao menos alegoricamente, lembra o curso vital do homicida serial e, por que não dizer, da própria sociedade de hoje, em sua busca desenfreada de uma vida plena, pela qual acaba espalhando e encontrando a infelicidade, a miséria e a morte. Diz o refererido livro, logo no início: "Vaidade das vaidades, diz o Eclesiastes, vaidade das vaidades, tudo é vaidade." O autor prosssegue, falando de sua caminhada pelo mundo, de suas grandes conquistas de poder, de toda sorte de bens materiais, de toda sorte de prazer, noutras palavras, falando de sua busca do infinito e do absoluto, mas chegando sempre à mesma conclusão fatídica: a de que tudo é vaidade e vento que passa. O otimismo existe e sempre deverá predominar. Deixamo-lo porém por conta da reflexão de cada um, conclamando a cada um para que tome consciência da realidade do absoluto e da necessidade de uma busca sadia do mesmo. Afinal, o sentimento oceânico um dia se manifestou em nós de forma explícita e, a partir daí, ele jamais deixou de existir. Dele ficou como herdeiro um desejo profundo em cada um de nós de comunhão com o infinito e o absoluto. O grande problema não está em procurar o infinito, o absoluto, mas em procurá-los pelas vias primitivas, infantis, profundamente equivocadas, que, no lugar de conduzirem à vida, conduzem à destruição e à morte. Esta lição devemos aprender com os *serial killers*: ao tomarmos um caminho que pensamos conduzir-nos à felicidade plena e ao absoluto, poderemos estar tomando justamente aquele que nos leva à destruição dos outros e que implanta em nós um processo insidioso e paulatino de nossa própria morte. Daí a aproximação que fizemos acima entre a psicodinâmica dos homicidas seriais e a psicodinâmica da tendência suicida.

Todos nós sofremos em nosso íntimo parcelas de solidão, porque, de um lado, jamais possuiremos plena e definitivamente o objeto e, de outro lado, jamais o objeto de nossa posse será absoluto e plenamente satisfatório. Tudo na vida se nos apresenta como relativo e, até certo, provisório, por mais que nós, na voracidade de nossos

desejos e na finitude de nosso ser, queiramos reter os objetos de nosso amor, tal como o fazem os *serial killers*, em seu ritual macabro e simbólico, ao desejarem reter consigo suas vítimas ou partes de seus corpos. No entanto, chego a pensar (e nisto Jung me daria razão) que seria saudável para o homem ter sempre como sua bússola e como sinal no horizonte, a orientá-lo em sua caminhada pelo universo, a perene e instigante hipótese do infinito e do absoluto.

Bibliografia:

BERGERET, J. *La violencia fundamental: el inagotable Edipo.* Trad.: Carlos Padrón y Soledad Escassi. Fondo de Cultura Econômica. Madrid: Ediciones Gráficas Ortega, 1990.

DE LUCCA, R. "L'Omicidio Seriale e il Modelo S.I.R.: una proposta de classificazione psicologica." *Rassegna Italiana di Criminologia.* 1997, anno VIII, n. 3/4, jul./out., 1997, p. 387-404.

HOLLIN, Clive R. *Psychological approaches to understanding serious crime*, in HOLLIN, *Psychology and crime: an introduction to criminological psychology*, London: Routledge, 1996, p. 63-99.

KLEIN, M. Tendências criminais em crianças normais (1927); O desenvolvimento inicial da consciência na criança (1933); Sobre a criminalidade (1934); in: *Contribuições à psicanálise.* São Paulo : Mestre Jou, 1981.

MANZANERA, L. R. *Victimologia: estudio de la víctima.* 2. ed. México: Editorial Porrúa, S.A., 1990.

PIROLLI, K. S. *Personalidade psicopática: um estudo sobre sua estrutura psíquica e seu funcionamento.* Dissertação de mestrado apresentada e defendida no CEPPE – Centro de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão, da Universidade Guarulhos, 1997.

———. *Revista Veja,* A mente do monstro, matéria assinada por Virginie Leite, 26.02.1992.

SÁ, Alvino A. de. (1998). *Privação emocional e delinqüência.* Trabalho apresentado na Segunda Jornada de Ciências Penais (realizada na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) no dia 07.10.1998, e no Congresso Internacional de Ciencias Penales, 98 (realizado em Havana, Cuba) no dia 19.11.1998.

———. (1996). A personalidade do suicida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 63-71, 3(10), abr./jun. 1996.

YENTZEN, J. *et al.* (1994). Destructive hostility: the Jeffrey Dahmer case (A psychitric and forensic study of a serial killer). *The American Journal of Forensic Medicine and Pathology.* 15 (4), dec./1994, p. 283-294.

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

5.2

¿ÉTICA EN LA CRIMINOLOGÍA EUROPEA?*

ANTONIO BERISTAIN

SUMÁRIO: 1. ¿Necesitamos también sentimientos éticos en la criminología? – 2. ¿La ética como sistema de metavalores? – 3. ¿Se puede acudir a la ética como último medio de control? – 4. ¿Puede la ética actual superar el maniqueísmo? – 5. ¿Supera la ética hodierna el control social retributivo y restaurador del derecho penal? – 6. ¿Dignidad ética del hombre como creador? – 7. La ética mística.

1. ¿Necesitamos también sentimientos éticos en la criminología?

Al igual que todos los criminólogos, tengo muchos motivos para felicitar al profesor Günther Kaiser (hablo especialmente en nombre de los colegas españoles y sudamericanos). En esta ocasión quiero recordar sólo uno de esos motivos: el carácter ético de su criminología.

Pero, ¿hacia dónde avanza hoy la criminología en Europa? ¿se admite la necesidad de la ética o se encuentra ésta amenazada? ¿es la ética importante para los criminólogos? ¿es imprescindible?

Mi pregunta fundamental es saber si podemos encontrar para la criminología una base antropo-ética que abarque la totalidad del ser, su pasado y futuro, y ubicar al hombre activamente en ese cosmos.

Dicho de otro modo: ¿puede lograrse todo esto sólo a través de una reactivación de los sentidos y de un uso creativo del conocimiento (metanoia ética)? Para alcanzar la sensibilidad necesaria, ¿tenemos que incluir en la criminología realidades éticas (y místicas) más allá de las dimensiones ya existentes: ley, delito, expiación, pena, retribución, compensación...? ¿Puede la criminología dar por satisfechas sus pretensiones sociales y políticas sólo con esas "dosis" de ética?

Permítanme que responda a esta pregunta con sentimientos profundamente contradictorios y no sólo con argumentos racionales.

Empezaré por el concepto de ética para explicar después las ventajas e inconvenientes que pueden derivarse de la ética en la criminología. Creo que el lugar de la ética en la criminología debe ser redefinido.

2. ¿La ética como sistema de metavalores?

Empecemos por el concepto de ética: la ética es como un rayo de luz procedente de otro reino y que penetra en el oscuro y frío mundo del derecho y la criminología. Este rayo de luz viene a recordar que la

(*) Texto de la conferencia "Ethik in der Kriminologie?", pronunciada en el Coloquio sobre Criminology in Europe-European Criminology?, celebrado en el Max-Planck-Institut de Friburgo de Brisgovia (Alemania), el 14 de enero de 1994 (cf. H-J. Albrecht, J. Kürzinger (Comps.), *Kriminologie in Europa-Europäische Kriminologie?, (Kolloquium aus Anlass des 65. Geburtstags von Prof. Dr. Dr.h.c. mult. Günther Kaiser)*, Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br., 1994, p. 39-44). Agradezco a la Profesora del Instituto Vasco de Criminología, Carmen Lasa, su atinada traducción del original en alemán.

consideración racional de las cosas con respecto a un fin no es la única posible y que, a la par y por encima del derecho, que también quiere ser razón y fin, existen otros muchos sistemas de valores muy distintos y más elevados.

Para nosotros la ética se expresa como luz especial, maravillosa, como valor, como deber y como fuerza. La ética es una especie de luz muy clara.

Si pudiéramos preguntar a Goethe qué es la ética, probablemente respondería "más luz...". Por eso, el artista vasco Eduardo Chillida ha construido en Frankfurt su "Casa de Goethe" sin tejado. Le parece que Goethe no podría soportar el tejado de su casa, ya que él necesitaba más luz, directa desde del cielo.

La ética es también un valor suprarracional, ni irracional ni confesional, que abarca todo el mundo.

Esta ética exige (al tiempo que posibilita) la tendencia en todo tiempo y lugar hacia la solidaridad, la paz, la justicia, la comprensión, la felicidad, el amor y la responsabilidad (más que a la mera reparación de la culpa).

Nuestra ética no es sólo una ética del deber, sino también una fuerza gratificante, una esperanza, un camino para la autorrealizaciónpersonal.

3. ¿Se puede acudir a la ética como último medio de control?

El profesor Kaiser observa una estrecha relación entre la criminología y la ética, una dependencia entre la capacidad funcional del entramado de control social y la fuerza formadora de la ética. Por eso, tal y como él lo entiende, el sistema de control social incluye religión, moral, iglesia y comunidad.[1]

A este respecto, comenta la máxima de Horacio "Quid leges sine moribus?" ("¿Qué es la criminología sin ética?"), con la respuesta de que, si las buenas costumbres fueran eficaces, no serían necesarias las leyes y que, si las buenas costumbres perdieran su vigencia, las leyes serían igualmente inútiles.

Muchos sociólogos mantienen que en la Europa de hoy (y en todo el mundo) la ética religiosa está perdiendo su fuerza de control social; también a los subsistemas ético y moral les falta una paralela claridad normativa y una institución de apoyo al estilo de las comunidades religiosas.

En la actual situación sociológica y espiritual de anomía surge la pregunta de quién establece con nitidez los valores y los hace obligatorios. "Al parecer – responde Kaiser[2] – son los propios ciudadanos con su interrelación o también la opinión pública y los medios de comunicación. Con esto, queda patente que los valores de nuestra sociedad serían menos universales, más fortuitos y probablemente más arbitrarios. Las orientaciones sólidas para la joven generación serían entonces menos creíbles y mucho menos convincentes aún a la hora de ser transmitidos. Aquí, al reconocer y señalar semejantes consecuencias, parece vislumbrarse el problema ético de la criminología.

En España la situación es idéntica. En este sentido, Tomás Calvo Buezas, profesor de antropología social en Madrid, en un estudio realizado en España con 5.188 jóvenes señala que el control social es ejercido por la familia en un 73%, por la escuela en un 24%, por los amigos en un 17%, por los medios de comunicación en un 11% y por la iglesia sólo en un 8%. Sin embargo, según este mismo estudio, la iglesia ofrece más confianza que instituciones públicas tales como el ejército, la justicia, el gobierno, los partidos y el parlamento. Por eso, la ética es la última posibilidad de control social en general y, especialmente, la última posibilidad de control social penal. Por decirlo con pa-

(1) KAISER, G. *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen.* 9. ed. Heidelberg, 1993, p. 110

(2) Op. cit., p. 114

Instituciones orientadoras en la vida y socializadoras de los valores de igualdad y solidaridad Encuesta escolar (1993), N=5.168			
Instituciones	*Orientación para la vida* 1	*Igualdad y solidaridad humana* 2	*Total* (1+2)
En la familia	73	36	109
Con los amigos	17	24	41
En la escuela	24	27	51
En la iglesia	8	26	34
En la radio, cine, TV	11	10	21
En ningún sitio	4	6	10
NS/NC	5	8	–

Confianza en las instituciones		**Iglesia (40'4)**	**Ejercito (21'7)**	**Partidos políticos (2'1)**	**Jueces (15'2)**	**Gobierno (7'2)**	**Congreso (5'4)**	**Ninguna (44'1)**
Encuestados (n)								
Población	Rural (970)	48'6	24'8	1'6	14'5	8'1	6'6	39'5
	Media ciudad (2.660)	40'1	21'5	2'0	16'1	6'8	5'2	45'9
	Gran ciudad (1.371)	37'9	21'3	2'3	15'0	7'8	5'4	46'5
Edad (años)	Menos de 14 (983)	63'1	27'5	2'5	17'4	13'4	4'9	27'2
	14/16 (2.125)	41'3	23'1	2'0	16'2	7'1	4'9	45'6
	17-19 (1.654)	31'1	18'9	1'7	14'0	4'6	5'9	51'7
	Más de 19 (307)	21'9	14'9	2'8	12'5	3'7	9'0	58'0
Nivel escolar	EGB (1.284)	60'9	27'1	2'2	18'2	13'0	4'2	30'1
	BUP (2.488)	34'3	20'5	1'7	14'7	5'8	6'6	49'5
	FP (1.269)	34'3	20'0	2'5	14'4	4'5	4'4	50'6
Sexo	Hombre (2.442)	35'8	24'6	2'6	15'4	7'7	5'8	43'9
	Mujer (2.726)	44'6	19'2	1'6	15'0	6'6	5'1	44'3
Clase social	Muy rica y rica (185)	47'5	31'8	4'0	18'5	7'5	6'0	33'7
	Media (3.312)	44'0	22'4	1'8	15'3	7'6	5'5	43'0
	Obrera (1.477)	34'0	20'4	2'2	15'5	6'9	5'2	50'0
	Pobre (34)	33'5	25'5	5'6	22'4	2'0	8'0	47'0
Tipo de colegio	Público (3.788)	36'3	21'5	2'1	15'3	6'9	5'5	47'6
	Privado (1.655)	52'6	23'8	2'3	15'8	8'7	5'7	37'8
	Religioso (1.406)	55'6	24'1	2'0	16'8	9'0	5'3	35'9
	Laico (231)	34'5	21'5	3'9	10'2	6'6	8'3	50'1

Fuente: Encuesta Escolar Iberoamericana 1993

labras del profesor Kaiser, como última posibilidad de control nos queda "la esperanza y la confianza en la conciencia moral de la sociedad, quizás también en la consolidación de los valores religiosos fundamentales.[3]

4. ¿Puede la ética actual superar el maniqueísmo?

El Nuevo Testamento con su relato de la mujer adúltera (San Juan, 8) nos ofrece una lección importante: todos somos culpables. Dicho de otro modo, todos delinquimos porque todos somos delincuentes. Por lo tanto, es falso pensar que sólo los que cometen delitos son delincuentes. Toda persona es limitada, imperfecta y culpable (como demuestran Paul Ricoeur, Kahlil Gibran, Raúl Zaffaroni y tantos especialistas).

Hasta los "ciudadanos modelos" son delincuentes, tal y como Friedrich von Spee señala en su "Cautio Criminalis": "15.ª pregunta: ¿Qué clase de gente es la que verdaderamente hostiga siempre a los soberanos en contra de las brujas?... El primer grupo está compuesto por teólogos y prelados, que cómoda y ricamente sentados en sus gabinetes, ocupados siempre en sus propios pensamientos, andan en las nubes. De lo que sucede en los tribunales, de los horrores del calabozo, del peso de las cadenas, de los instrumentos de tortura, del desamparo de los pobres, no saben nada. Al parecer, es incompatible con sus dignidades y obligaciones científicas el visitar cárceles, hablar con los miserables, escuchar las quejas de los desfavorecidos..." "El segundo grupo es el de los juristas..."

Un tópico peligroso es el de: "si todos somos delincuentes, en el fondo nadie es delincuente". En realidad lo somos, aunque medie una importante diferencia cuantitativa pero no cualitativa.

(3) KAISER, G. Eine hand wäscht die andere. Korruption in politik und wirtschaft. *Universitas* (46) 1991, p. 1062-1071, 1070.

5. ¿Supera la ética hodierna el control social retributivo y restaurador del derecho penal?

No se debe entender el control social del derecho penal como expiación o sólo como pena retributiva: "Malum passionis propter malum actionis" ("El daño que se sufre por el daño que se causó"). Sin embargo, en realidad, en todos los países a la mayoría de los delincuentes condenados se les impone la pena como expiación o respuesta retributiva.[4]

La ética exige a los criminólogos que critiquen con energía este orden de cosas, para transformar esta situación a través de nuevas alternativas más humanas.

En 1993, en el útimo Congreso Internacional de Criminología de Budapest fueron muchos los criminólogos que propusieron como alternativa las penas y medidas *restauradoras*. Muchos colegas ven la finalidad humana del derecho penal y de la criminología en la reparación, la compensación del daño, el acuerdo entre autor y víctima. Esta tendencia presenta grandes ventajas en comparación con la expiación y la retribución. No obstante, opino que la criminología actual, constituida sobre la base de la antropología y la sociología científicas, tiene la capacidad cognitiva, el deber y la energía necesarias para imaginar y elaborar otras alternativas más humanas, más dinámicas: la sanción recreativa.

Las personas, tanto hombres como mujeres, son activas, prometeicas y tienen la mirada puesta en el futuro. La respuesta al delito debe ser también creativa. Nada de expiar, rechazar o retribuir; en su lugar, generar y regenerar, reconstruir.

(4) Cf. *Observatoire international des prisons, Rapport 1993*. Les conditions de détentions des prisonniers ordinaires. Paris, 1993 (Con respecto a las cárceles de Dinamarca, Alemania, Inglaterra, Francia, Rumanía, Rusia, Suiza, Hungría, Colombia, Paraguay, El Salvador, Venezuela, Japón, Nueva Zelanda, Filipinas, Costa de Marfil, Madagascar, Uganda, Ruanda, Zaire y Zimbaue).

En la Capilla Sixtina, la "Creación del hombre" de Miguel Ángel muestra la mano de Dios en el momento de la creación del hombre, pero muestra también la mano del hombre, que debe seguir haciendo, forjando, otros hombres como él.

6. ¿Dignidad ética del hombre como creador?

Por todo ello, la sanción debe suponer algo más que una simple compensación de la falta. Tiene que dar lugar a una reconciliación. La criminología no debe únicamente preservar el hombre y el mundo, sino que debe desarrollarlos más y más. El hombre, a la luz de la antropología actual, no puede limitarse a conservar el mundo, sino que tiene la obligación de contribuir a su evolución y maduración. La sanción del futuro impone al autor del delito una tarea rebosante de sentido humano creador y una labor de reconciliación social.

7. La ética mística

Llego al final, aunque no pretendo llegar a una conclusión.

El tema de este coloquio internacional es el de "¿criminología europea?". Vamos a dedicarnos un momento a esta interrogación. Preguntémonos, como Graf Dürkheim: "¿Se ha quedado reducido el criminólogo a funcionario de una prolífera sociedad de consumo, producción y competitividad con leyes propias como última instancia soberana? ¿Ha errado en su camino interno de manera que, ahora, los más profundos estratos de su alma comienzan a rebelarse, a forzar un giro radical y de gran envergadura para su desarrollo espiritual a escala planetaria?"

Hasta ahora hemos hablado de ética civil o secular, del mínimo ético. ¿Podríamos hablar ahora, muy brevemente (de un modo muy general), sobre el máximo ético, sobre la mística?

La mística, como dice Dürkheim, no puede describirse, quizás tenga algo que ver con el alejamiento, el desapego, el rapto, algo parecido al numinoso, la propiedad que anuncia de forma infalible y clara la presencia de otra realidad en la conciencia humana. Ella es algo totalmente diferente. No es el superlativo de una percepción de lo bello o lo bueno... es algo que nos arrebata y nos vence con el poder de lo atractivo y peligroso al mismo tiempo, que nos hace salir del ámbito de nuestro universo propio y nos lleva a otro, que trasciende la dimensión de nuestro propio horizonte, donde algo nos espera,algo que puede destruir o salvar, ecadenar o liberar.

Los criminólogos podemos aprender algo de los místicos y también los místicos pueden aprender algo de los criminólogos, especialmente de las enseñanzas del profesor Günther Kaiser y de su fecunda vida creadora.

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

5.3

TEORÍA DEL CONOCIMIENTO FEMINISTA Y CRIMINOLOGÍA DE LA MUJER*

GERLINDA SMAUS

SUMÁRIO: 1. Feminismo y crítica de la ciencia – 2. Teoría del conocimiento feminista – Reivindicación y realidad – 3. Paradojas y fronteras de la ciencia feminista – 4. Derecho a una criminología feminista – Bibliografia.

Resumo: Este artigo aborda as características que a criminologia deveria possuir. Os critérios da ciência e investigação feminista geral têm sido desenvolvidos recentemente pela epistemologia feminista que considera a reação social como o paradgima de uma criminologia científica. É discutida, sobretudo, a crítica feminista da "normal science" androcentrista, suas vantagens e paradoxos. A pergunta é se a contribuição da mulher à criminologia é uma ajuda à ciência feminista e à reação social. A criminologia científica feminista teria que desconstruir o conceito de gênero, assim como o de crime e de criminosos.

Palavras-chave: Criminologia; Feminismo; Teoria do conhecimento feminista; Crítica à ciência; Metodologia.

Desde la década de los setenta la mayoría de los criminólogos y criminólogas se han ocupado del tema "sexo femenino". En tanto sólo algunos escritos pueden ser considerados feministas, ya que la misma teoría sexual social tuvo que ser desarrollada. El desarrollo de una epistemología feminista nos ofrece la posibilidad de ocuparnos nuevamente del feminismo y de su crítica a la ciencia moderna androcentrista. El punto central de esta crítica lo conforma la desatención que ha sufrido la "sexualización" de la sociedad en la ciencia. Introducimos el término feminista de "Gender" (género), cuya tematización representa, incluyendo a la criminología, uno de los criterios fundamentales de una ciencia que se considere feminista. Examinaremos de qué manera han influido en la criminología tres teorías del conocimiento feminista (empirismo, criterio femenino, posmodernismo). Una criminología feminista tiene que dejar de lado la concepción de sexo y de criminalidad, así como el concepto que tiene la criminología tradicional de los criminales.

(*) Traducción del original alemán: Alexis Donoso Cifuentes.

1. Feminismo y crítica de la ciencia

En la criminología no existe una sola definición de feminismo. Daly y Chesney-Lind mencionan cinco pautas del feminismo (1988, p. 535 y sig.tes). Gelsthorp y Morris opinan que el objeto de la propiedad común de la investigación feminista es la situación sexual y, junto a esto, defienden la concepción de que la jerarquía sexual y la opresión de la mujer se definen por la mera pertenencia a uno de los dos sexos. Que sólo la mujer pueda llevar a cabo este tipo de investigaciones y que esta investigación feminista persiga fines políticos es secundario (1988, p. 94). En Alemania se habla en iguales términos de investigación científica feminista y de investigación femenina, por lo que gene-

ralmente se entiende la investigación de la mujer por la mujer. Debido a la confusión que surge al delimitar el asunto se deben formular los criterios para juzgar los aportes criminológicos desde una posición feminista externa. Uno de los factores imprescindibles para la investigación y ciencia feminista lo conforma la epistemología feminista.

Según la teoría del conocimiento de Harding (1990), la *ciencia feminista* es la crítica a la ciencia androcentrista. En un comienzo tuvo que ser descubierto que la ciencia humana (del hombre), a primera vista objetiva, tiene su origen en el hombre. No es sólo que el sector del campo laboral denominado "ciencia" esté ocupado de modo casi absoluto por hombres, sino que ve el mundo desde una perspectiva masculina y lo interpreta en favor suyo. Bajo androcentrismo de la ciencia no se entiende una expresión de comportamientos biológicos masculinos, sino una forma expresiva de identidades, formas prácticas y necesidades de los hombres modeladas por la sociedad. El androcentrismo en la ciencia está relacionado tanto con los conflictos surgidos de la división del trabajo, como con los intereses masculinos individuales.

Una tendencia especial de la teoría científica femenina se ha servido de los métodos de la crítica literaria, de la interpretación histórica y del psicoanálisis para hacer de la ciencia un texto ya "leído". Esta orientación teórica ha descubierto los significados simbólicos y estructurales ocultos del género social y de su descuido por parte de la ciencia. La ciencia "normal" divide entre subjetividad y objetividad; el sujeto activo reconocido y el objeto pasivo a reconocer; razón, y emoción; cuerpo y alma. Estas contraposiciones expresan la coordinación con la dicotomía "masculino-femenino", donde lo masculino es considerado progresivo con respecto a lo femenino que persevera en una delimitación natural. Estas dicotomías no son, por consiguiente, propuestas complementarias, sino que jerárquicas, el progresismo masculino tiene que lograr la dominación de la mujer (Harding 1990, p. 131).[1] Estos valores hoy ocultos fueron, en un comienzo, expuestos abiertamente y declarados principio de las concepciones científicas modernas, en contraposición a las concepciones medievales. Fue la ilustración (Hume, Kant) la que impuso la división de cultura y naturaleza, raciocinio y cuerpo pre racional o sentimientos y valores irracionales.[2]

La *empresa de la ciencia moderna* hace una división entre el contexto a descubrir y la justificación del saber.[3] La producción de conocimientos del saber es separada también de su uso social y el científico es exento de la responsabilidad por sus descubrimientos. Es así como está relacionada la división del pensamiento y del sentir que es muy peligroso, porque es utilizado como ejemplo a seguir para otros ámbitos de la práctica social. La ciencia moderna esconde su relación con el poder, si bien hace suyo el deseo de los gobernantes (Harding 1990, p. 130 y sig.tes.). Si estos postulados del pensamiento androcentrista cumplen la meta de la "normal science", es decir la búsqueda de transparencia, verdad y certeza, la teoría del conocimiento feminista lo pone en duda sin proponer una solución coherente.

Las siguientes suposiciones y negligencias de la "normal science" androcentrista

(1) En los textos se puede leer también la "feminidad" reprimida. En la ciencia androcentrista fueron promovidos, mas allá de la exaltación de los valores masculinos, "el pensamiento intuitivo, la apreciación de relaciones y un comportamiento cuidadoso para con la naturaleza".

(2) La ciencia social que quiera alejarse de los sistemas metafísica especulativos "tendría" que (y sólo por esto tenemos una sociología) acercarse a los métodos positivistas fisicales cuantitativos.

(3) Contexto de descubrimiento: elección y definición de los problemas de la investigación; justificación y o contexto argumentativo – argumentación rigurosa que legitiman el saber – véase Harding, 1990, p. 113 sig. te.

son calificadas, en tanto, como reformables:

esta ciencia parte de la base de la existencia de una sociedad única para hombres y mujeres, si bien en la práctica casi ningún fenómeno tiene una relación sexual comprobada; lo que aquí hace falta es un verdadero análisis de la categoría género.

La ciencia moderna ha ignorado explícitamente el concepto de género, mientras, a su vez, se aprovechaba implícitamente de conceptos masculinos para la búsqueda del conocimiento necesario para sus fines (Harding 1990 p. 159). Esta se concentraba, sobre todo, en ámbitos de prestigio de la vida pública y descuidaba situaciones del ámbito que define como "no oficial, privado" y, como si fuera una casualidad, estas esferas son las que le corresponden a la mujer.

La investigación feminista ha hecho suyos estos temas bajo diversas condiciones del conocimiento teórico. Su deseo primordial es la tematización del concepto género.

Como viene insinuado por la última descripción, el sexo va mucho más allá de las simples diferencias anatómicas de los órganos de reproducción. Es en este punto donde tenemos que introducir una interpretación de sexo, antes de abrir la discusión.

Es indispensable hacer la diferencia entre sexo biológico y género social. No es sólo que "género" sea definido socialmente, sino que un simple vistazo a la historia nos demuestra que hasta la misma "diferenciación biológica" de sexos es aún construida artificialmente (Harding, p. 135) en la medida en que las diferencias son destacadas y las similitudes, por el contrario, oprimidas. La vida social ha creado en diferentes procedimientos tres niveles sexuales (genéricos):

1. Dicotomías tomadas en cuenta de modo diverso, que en sí no tienen nada que ver con el sexo y que fueron atribuidas a metáforas sexuales dobles. Harding las califica de simbolismo sexual o totemismo sexual (ibíd., p. 14). La ciencia androcentrista hace uso de este simbolismo cuando no quiere admitir a la mujer en la investigación (ibíd., p. 124) o cuando usa una terminología como "datos duros o suaves, tecnología suave o agresiva, razón e intuición, alma y materia, naturaleza y cultura" (ibíd., p. 127).

2. El simbolismo sexual es efectivo también, debido a que es reproducido en los sexos biológicos a través de la división de los procesos de actuación social necesarios. Harding lo califica como estructura de género social o como división específica del trabajo genérico social (ibíd., p. 14) que, por lo general, viene apostrofada "natural".

3. Bastante evidente es el nivel de las identidades genéricas individuales construidas socialmente (ibíd., p. 14).

En resumen, el género social no es hereditario sino que se aprende, no es cierto que el carácter y las actividades de la mujer sean determinadas biológicamente, mientras las de los hombres tengan un origen social. No existe ningún universo sexual neutro, toda la terminología de nuestro pensamiento así como todas las instituciones sociales forman parte de la dicotomía "masculino-femenino". De esta manera el término "feminismo" es considerado un "ismo" activo, o sea masculino, razón por la cual es también atacado.

2. Teoría del conocimiento feminista – Reivindicación y realidad

En el discurso de las teorías del conocimiento feminista se reconocen, a menudo tres, tendencias que no siempre dejan vislumbrar si se trata de modos de actuar explícitos o una lógica reconstructiva.

2.1 El *empirismo feminista* se caracteriza por su concepción de sexismo y androcentrismo en la investigación que los define como deformación causada por la sociedad que puede ser corregida con el es-

tricto uso de las normas metodológicas de la ciencia ya existente. Siguiendo esta línea sólo la "ciencia poco seria" y no la "normal science" es catalogada de problemática.

Como corrección de la "normal science" se puede considerar la localización de vacíos o "manchas blancas" en la investigación androcentrista, como también en la de la criminología. Es así como Smart ya en el año 1976 exigía superar el androcentrismo bajo lo cual comprendía sólo la concentración de la criminología en autores de delitos pertenecientes al sexo masculino. Para poder comprender la relación existente entre criminalidad, derecho penal y proceso penal, se debe examinar también el comportamiento criminal femenino y la aceptación de la identidad criminal por parte de la mujer. Ya entonces Smart pedía que se pusiera más atención a la coincidencia de las variables género, etnia y estrato social, al producirse los patrones de actos criminales. Gelsthorpe subraya que las teorías que se ocupan únicamente de la población criminal potencial no pueden ser teorías "buenas". A fin de cuentas la mujer experimenta el mismo destete, la misma estructura familiar, etc. que los hombres. Las teorías criminales tendrían que estar en condiciones de considerar el comportamiento de hombres y mujeres y de identificar aquellos factores que tienen una influencia diversa según el género. A la pregunta de si una teoría especial sería de ayuda para la comprensión de la criminalidad femenina, se debe responder que para la criminología esta tendría un significado fundamental (Gelsthorpe/Morris 1988, p. 103).

Otro requisito para la corrección de la "normal criminology" lo cumple la valorización de la mujer como criminal: Según Carlen es solamente un mito eso de que la mujer no pueda ser una verdadera criminal. No es justo pensar que la mujer no esté en condiciones de actuar intencionalmente al igual que los hombres; es así como su desviación es interpretada, erróneamente, tan sólo como una fuga de su rol biológico predeterminado (Carlen 1985, p. 6). Esta reflexión está vinculada a los estudios sobre la igualdad de sexos que hacen un problema de que la mujer sea discriminada formalmente (en el derecho) e informalmente en algunos ámbitos de la vida social.[4] Uno también puede preguntarse, citando a Smart, si la revalorización de la criminalidad de la mujer debe servir para poderla encerrar en huecos inmundos – (equality with vengeance, Smart 1990, p. 79). A las mujeres que han llevado a cabo estudios victimológicos les resultó más fácil decidirse a favor o en contra de la igualdad de la mujer en el derecho penal.

Ellas examinaron la práctica de la violación, del abuso sexual, de la prostitución, del incesto, de la discriminación en el trabajo, etc. y revelaron la interpretación represiva (silenced) u hostil que tienen las víctimas para con ellas mismas.

Sobre la tendencia empirista de la investigación de la mujer, tomaría en cuenta la mayoría de los trabajos sobre la criminalidad femenina, criminalidad de las jóvenes adolescentes o todos los trabajos que ven la respuesta a la criminalidad femenina en la determinación biológica de la mujer o en el rol social femenino; así por ejemplo, tenemos en los Estados Unidos a Simon (1975), Adler (1978), en Alemania a Gipser (1975), Bröckling (1980) y Funken (1989). También los notables aportes de Carlen (1985), Heidensohn (1985), Eaton (1986), Carlen and Worall (1987) que destacan la "otherness" o "difference" de la mujer no van más allá del empirismo, ya que comprenden la diferencia de la mujer de modo esencial. Los aportes mencionados fueron escritos por criminólogas. Esta orientación se puede catalogar como una "normal science" complementaria masculina o como ciencia femenina complementaria para delimitarla de las siguientes orientaciones.

(4) Marie Andrée Bertrand fue la primera en plantear este asunto (1967). Ver 1992.

2.2 El *enfoque de la teoría feminista* tiene su origen en la dialéctica señor-súbdito hegeliana y su ulterior desarrollo en la orientación marxista de la teoría del conocimiento. Los oprimidos están, sobre todo cuando se han unificado en movimientos de liberación social, en condiciones de comprender y analizar el mundo desde una perspectiva más amplia, ya que se quitan los anteojos y el camuflaje que impiden llevar a cabo una observación y comprensión justas (Harding 1990, p. 13). Esta dialéctica se puede utilizar también en la relación de géneros; la dominación masculina totalitaria tiene como consecuencia lógica una concepción e ideas pervertidas. La investigación androcentrista oprime el saber en general y el que cuestiona el patriarcado en la ciencia. A raíz de su posición subordinada la mujer no puede desarrollar ideas tan acabadas y pervertidas. El feminismo y el movimiento de la mujer crean argumentaciones políticas y motivacionales para un "enfoque" que comprende tanto una base moral como científica para la interpretación feminista de fenómenos naturales y sociales.

Si bien este enfoque será comprendido como una abstracción real, se pueden reconocer varias formulaciones de los puntos de vista posibles, se trata en realidad de coordenadas predispuestas en la mente. La crítica feminista de Rose (1983) se basa en el hecho que en la ciencia la mujer trabaja aún artesanalmente, que está en condiciones de superar el contraste entre rendimiento y ejecución, entre abstracto y concreto, entre cuerpo y alma. Hartsock (1983), en cambio, se refiere a particularidades que abarcan la universalidad de la experiencia femenina. Las mujeres son activas tanto en la enseñanza como en la producción, ellas han experimentado una "socialización doble". La superioridad del saber de la investigación androcentrista puede ser el producto de la experiencia de mujeres que, por ejemplo, hayan tomado parte en la fundación de centros para la rehabilitación de mujeres maltratadas, violadas o para las sobrevivientes de abuso sexual durante la niñez. Las científicas pueden, por una parte, calificar el saber (no sistemático) de estas mujeres como ciencia, por otra parte creen haber hecho una experiencia igual o parecida a la de las mujeres del proyecto por el cual están trabajando, por el sólo hecho de ser mujeres. De esta manera se supera la división existente entre el sujeto a reconocer y el objeto del conocimiento. Esto se nos aclara revisando la literatura que, por ejemplo, se ocupa del tema "violencia contra la mujer"; que generalmente proviene de proyectos de la mujer, lo más extraño es que las autoras no se consideran parte de la criminología y los integrantes de este grupo profesional tampoco las aceptan. En todo caso, estos informes tienen que ser considerados al llevar a cabo una recopilación científica de los problemas y es en este punto donde la criminología "normal" es aventajada por la comprensión feminista.

La nueva criminología que sobrepasa el enfoque orientativo es calificada como ciencia sucesiva, "successor science" (Smart 1990, p. 81; Cain 1990, p. 1 y sig, tes.), ya que su conocimiento, a diferencia del empirismo, no sólo lo aplica "junto" a la "normal science", sino que el dominio del saber de la "normal science" lo incluye, en un cierto modo, en la perspectiva más amplia del enfoque feminista. El ideal sería una ciencia sexual neutral.

2.3 El posmodernismo feminista cuestiona tanto el empirismo feminista como el enfoque feminista. El "posmodernismo" tiene que ver con la propagación de un profundo escepticismo frente a las declaraciones universales sobre la existencia, el ser etc., en la "normal science". Harding se refiere a la tradición científica de Nietzsche, Derrida, Foucault, Lacan o a corrientes como la semiótica, la deconstrucción, el psicoanálisis, el estructuralismo, la arqueología/genealogía de las ciencias humanas etc. Pero mientras la recepción de

estos escritos han llevado al escepticismo a una parte de los representantes del posmodernismo en lo que se refiere a la "verdad" y a la oposición social,[5] Harding ha encontrado en ellos los ladrillos para la edificación de una ciencia "nueva", más completa y "objetiva" desde el punto de vista universal de los oprimidos. Estos dos tipos de textos del posmodernismo son tan diversos el uno del otro, que a este punto propondría calificar el posmodernismo masculino como defensivo, y, en contraposición, el posmodernismo feminista como ofensivo.

La crítica feminista posmoderna de la ciencia se centra en el hecho de que ninguna de las teorías anteriores (master narrative), si bien pretenden ser teorías completas, han explicado las jerarquías y estructuras opresivas. Las teorías que sostienen que "clase" es la categoría de análisis más importante no son adecuadas, ya que no toman en consideración las estructuras étnicas ni las genéricas. Las identidades divididas y particularizadas tendrían que ser reunificadas y debería ser buscado el denominador común de la oposición contra la peligrosa ficción de hombre (genérico) = hombre como carácter natural y la consiguiente deformación y explotación resultantes. Esta crítica se puede aplicar completamente al empirismo; el enfoque feminista es cuestionado a raíz de que tras sus esfuerzos se encubren ideales inalcanzables como "el sueño de regresar a una condición primitiva- la fase de la primera infancia, la sociedad sin clases, la conciencia genérica anterior al sexo".

En la *criminología* el posmodernismo es conocido hasta hoy, según mi parecer, solamente como reivindicación. Smart comparte la crítica de las grandes corrientes teóricas y ve confirmadas sus omisiones en la criminología, pero ella va aún más lejos y reprocha a las teorías positivistas el que hayan prometido progreso en vano. En la criminología la investigación causal pretendía combatir a la criminología. Por cierto se trabajó con teorías conservadoras e inadecuadas (como la investigación cromosómica) y cuando estas fueron sustituidas por los partidarios del realismo de izquierda, la creencia en una teoría que explicara todo, una "master narrative" que permitiera el progreso en la práctica social, siguió vigente. Esta creencia es catalogada por Smart como atavística, pues la modernidad en la ciencia no está vinculada sólo a los valores androcentristas, sino también al racismo, sexismo y eurocentrismo entre otros. Es por esto que el posmodernismo feminista impugna la capacidad de la ciencia para allanar este tipo de problemas con teorías "más grandes y mejores".

La desconfianza frente a teorías más acabadas es tan grande que no se debe aspirar a la construcción de verdades feministas universales, sino que se deben impulsar análisis deconstructivos del poder que pretende poseer la verdad absoluta (Smart 1990, p. 76 sig. tes).

Según mi opinión, hasta ahora ninguna criminóloga alemana se ha sentido responsable de expresar un parecer sobre su concepción epistomológica de los temas criminológicos. Las investigaciones hechas hasta ahora son de carácter empírico, son investigaciones hechas por mujeres sobre mujeres. La concepción de la investigación sucesiva, es decir del enfoque femenino, dice que sean las mismas víctimas de la violencia o del abuso sexual las que decidan lo que es el saber, lo que hemos rechazado hasta ahora por carecer de fundamento científico. En todo caso podemos aprobar su revelación más débil que dice que la distancia existente entre el sujeto conocido y el objeto a reconocer, viene allanada por el hecho de que hayamos compartido experiencias muy importantes. Si dejáramos que se produjera una mejora de los criterios como lo exige el feminismo posmodernista, entonces la mu-

(5) Véase p.ej. Lyotard (1988) y Baudrillard (1988).

jer blanca de clase media (nosotras) no tendría ninguna oportunidad de ocuparse de la criminalidad desde el punto de vista de las afectadas.

3. Paradojas y fronteras de la ciencia feminista

3.1 Paradojas teóricas de la ciencia

Se deben aprobar las apreciaciones de Harding referidas al enfoque feminista que ha ampliado nuestra capacidad para comprender la dimensión del androcentrismo en la ciencia y para plantearle nuevas interrogantes. En todo caso, una discusión crítica con todas estas tendencias es indispensable.

Como las demás tendencias, el empirismo se caracteriza por la indiferencia que asume frente a su propio modo de actuar; la mujer considera irrelevante la identidad sexual del cienciado, pero se considera más apta para obtener resultados más objetivos y menos desfigurados. Esto podría ser insertado en la relación argumentativa (comprobación de hipótesis), que sería dudoso a raíz de que el contexto a revelar, es decir en el cual se deciden y plantean las preguntas y los problemas, está ya desfigurado. Los vacíos del conocimiento a cubrir tienen un carácter sistemático; sólo en pocos casos se originaron involuntariamente, más bien apoyan la hegemonía masculina tanto en la ciencia como en otros ámbitos. A raíz del carácter político de estos vacíos no existe posibilidad alguna para que estos nuevos principios sean reconocidos y elevados a un nivel plausible (Harding 1990, p. 109 sig. tes).

La inconsecuencia del enfoque feminista nos he conocida por haber sido vencida en el posmodernismo; ¿Existe algún enfoque feminista donde se considere etnia, capa social y cultura? Efectivamente, en el posmodernismo el enfoque feminista que se refiere a una práctica unitaria de la mujer se descompone en varios puntos de vista, en todo caso el enfoque feminista no tiende al relativismo. La libertad de valores no aporta nada a la objetividad cuando es considerado un deber llevar a cabo valores y proyectos de tipo antiautoritarios, participativos, emancipatorios y antielitistas. Saber qué tipo de compromiso resulta de ello, posee una mayor comprensión en sí mismo. El enfoque feminista refleja, por consiguiente, el contexto de los descubrimientos, pero no da cuentas de los criterios para llevar a cabo un juicio adecuado ni de validez en el contexto constitutivo.

El problema del feminismo posmodernista es su renuncia a la unidad, mientras la "otra parte", la "ciencia normal" se alía a proyectos sociales racistas, sexistas, imperialistas y clasistas que tienen una marcada tendencia totalitaria (Harding 1990, p. 80 adelante). Según el posmodernismo masculino defensivo pueden existir, a lo sumo, verdades parciales; según Harding, en cambio, las teorías que se hacen pasar por verdades absolutas tendrían que ser superadas. Aquí no se trata tan sólo de caminos y métodos a seguir, sino de cuestiones de fondo. Este problema debe ser demostrado en el ejemplo de la criminología.

3.2 Vacío teórico de la criminología como dialéctica de la renuncia teórica y de la sobreexigencia teórica

La renuncia teórica de la criminología, impulsada por el discurso posmoderno, no ha causado gran revuelo debido a que el eclecticismo reinante en la criminología no ha sido causa de grandes daños (!a no ser que sea por una teoría unificada!). Una criminología multifactorial no está en condiciones de desarrollar una "master narrative". La criminología crítica buscó, ya desde sus inicios en la década de los setenta, contrarrestar la falta de teoría de la criminología.[6] En la actualidad, la exigen-

(6) Algunos de los fundadores de la criminología crítica en Inglaterra como John Lea y Jock

cia del modernismo no es legitimada por el discurso posmoderno masculino. La ciencia legitimista y los aficionados pueden volver a respirar tranquilamente. En este punto es donde la crítica de Smart yerra. Es comprensible que uno se sume a una crítica que aduzca al hombre, que siempre ha tenido la palabra en la criminología. Ello es claro, pero no significa que una teoría que no funcione en la práctica, tenga que ser necesariamente errónea. La relación existente entre teoría y práctica en la tradición ilustrada es mucho más compleja de lo supuesto por Smart. En la criminología no se produjeron, ni conocimientos tecnocráticos ni un saber crítico que dependieran del concepto "praxis". El saber tecnocrático de la criminología etiológica conforma el fundamento para la administración de los "criminales". El saber de la criminología crítica, por el contrario, nos permite adivinar la dificultad sufrida, sin mencionar la represión de los hechos, para deconstruir el término de criminalidad que es catalogado de criminalidad (ver Smaus 1986). Los realistas de izquierda renuncian seguramente por esto a sus teorías anteriores, ya que presuponen un concepto de praxis crítico. Su nuevo concepto de praxis realista fue concebido en el sentido de status quo.[7] Uno puede comprender el cansancio que abruma a los teóricos críticos (el posmodernismo también posee un contexto descubridor) pero esto no justifica la renuncia teórica y su sustitución por pequeñas verdades.

En un estado ateórico, hasta los intentos bien intencionados terminan por deconstruir las construcciones señoriales. Superar la abstracción de la "master narrative" y unificar etnia y género sería la siguiente exigencia.[8] ¿De qué manera puede ser cumplida esa exigencia? Hasta ahora estas variables son tratadas como si poseyeran cualidades independientes entre sí, como si tuvieran la misma eficacia y esencia; es así como podemos observar, por ejemplo, que la mujer negra es tratada con la misma rigidez que el hombre blanco. Esto es interpretado como consecuencia de la variable "Ethnie" que no es una explicación, sino una observación doble. Yo diría que el "trato de hombre" que recibe la mujer negra está relacionado con la función que ésta cumple al interior de la familia; ellas, al igual que los jefes de familia blancos, tienen el poder y son las que sustentan a la familia, por consiguiente exigen el espacio del mundo laboral que se les niega a sus maridos negros. Es por esto que el hombre de color no puede aparecer como un patriarca frente a la madre de sus hijos (impotencia). La mujer negra es desde el punto de vista biológico, por supuesto, una mujer, pero ha asumido los deberes y derechos masculinos por lo que será tratada como si fuera un hombre.[9] Para lograr hacer una noción unificada de varios distintivos como, por ejemplo, "pobre, mujer, negra" se necesita llevar a cabo una empresa teórica muy difícil. Identidades divididas o, mejor dicho, socializaciones dobles, son la regla en la sociedad "pos" moderna, de lo cual el posmodernismo tendría que tomar nota si, por ejemplo, quisiera distanciarse del estructuralismo.

Joung (1984) que son citados por Smart, tienen que ser descartados, ya que a principios de la década de los ochenta se han distanciado de ella.

(7) Ellos restringen el concepto de criminalidad a sólo "criminalidad de los integrantes de las capas sociales bajas". Las razones de esta criminalidad tampoco importan pues la criminalidad es un problema moral. No es necesario luchar contra el "eisberg" de los problemas sociales, sino sólo contra su punta = criminalidad. Véase Lea/Young, 1984.

(8) En el inglés estadounidense son utilizados los términos "class, race y gender". Debido a que en la sociología alemana el termino clase tiene una connotación marxista y la expresión raza es considerada racista usaré los términos capa y etnia.

(9) De esta manera se puede reinterpretar la descripción naturalista de Rice (1990, p. 57 y sig. tes.).

3.3 Disolución de las paradojas en el proceso y la necesidad de una nueva "master narrative"

En lo que se refiere a las condiciones teóricas y científicas, podemos constatar que la ciencia feminista no puede escapar a las paradojas o sea hacer uso de los medios que critica o, dicho de otra manera, ella puede cuestionar sólo parcialmente la ciencia androcentrista.[10] Las feministas posmodernas cuestionan tanto la "buena", como la "mala" ciencia y de esta manera se quitan a sí mismas el suelo (Harding 1990, p. 147) en el cual querían reproducirse. Las condiciones de nuestro trabajo las encontramos ya así y no las podemos cambiar de un día para otro. Harding propone considerar la teoría del conocimiento feminista como meditación transitoria sobre declaraciones feministas y formas de praxis (ibíd., p. 151). La solución de las paradojas y el precisar los derechos en la ciencia pueden surgir recién de la lucha por una sociedad feminista (ibíd., p. 148). Si los siguientes criterios científicos, como:

1. corroboración de hipótesis por medio de observación experimental,

2. empleo de métodos inductivos y deductivos y

3. considerar refutable por principio toda presuposición, fueran examinados bajo una lupa crítica, quedaría demostrado que el feminismo no necesita desarrollar ningún método nuevo[11] (algo que fue admitido voluntariamente por la investigadora Gelsthorpe). La mujer no pretende una ciencia que gire a su alrededor, sino más bien un objetivo a seguir. En un comienzo tiene que establecer una hipótesis que se centre en la mujer para estar en condiciones de comprender y superar la sexualización.

"El objetivo de la búsqueda del conocimiento feminista consiste en formular teorías en las cuales la actividad de la mujer aparezca como una función social en donde la condición genérica sea comprendida como componente real – es decir de importancia explanatoria – de la historia humana" (Harding 1990, p. 147).

En lo que concierne a las teorías, antes he insinuado que una deconstrucción feminista es comprensible únicamente cuando se reestablece el contexto dividido según parámetros diversos. Ello incluso, aunque se trate de conceptos de la "normal science", como poder, recursos y muchos más. No está de más decir que el concepto ("diversity") de los enfoques que han sufrido una mejora son mucho más que una simple enumeración o características que resalten superficialmente. Sin tener noticias de un todo no se pueden comprender las diferencias. Los artículos que expresan las variables capa, género y etnia, sólo con las palabras "pobre", "mujer", "negra", ceden la comprensión del texto a la intuición de la lectora. La etnia es mucho más que melanina sobre la piel y género algo muy diferente de composición hormonal. Para destacar la importancia de las variables género y etnia, necesitamos una "master-narrative" que se refiera a una tercera variable, una explicativa. Las variables "nuevas", género y etnia, se expresan en valores de estructura de capas sociales. Sexo significa:

– ceteris paribus- que entre el hombre y la mujer existe una división desigual del poder y de los recursos; etnia significa

> nunciar a los postulados de la libertad de valores y, a su vez, aplicación de un criterio de valor propio, discusión de los resultados con las "usuarias" (p. 94).

(10) Este tipo de inconsecuencias caracterizan también el programa de la sociología feminista: superar el androcentrismo; utilización de la perspectiva genética; emancipación de la mujer; parcialidad y consternación personal; contacto con el movimiento de la mujer. (Brück entre otros, 1992, p. 26 sig. tes.).

(11) La investigación científica no puede seguir adelante sin un análisis cuantitativo (Gelsthorpe, 1990, p. 101). Ella resume las posibilidades de la comprensión feminista de la siguiente manera: concentración en problemas sociales de peso, luchar y hacer suyo el deseo de los sujetos de la investigación, re-

– ceteris paribus- que existe una división desigual de los recursos y del poder entre los distintos grupos étnicos. Este es el marco (comprendido el mercado laboral nacional e internacional) en el cual la acción de particularidades individuales en interacción con otras será confirmada o anulada (compárese Kuhn/Wolpe 1978). La "riqueza" puede, por ejemplo, influenciar tanto la acción de la variable etnia, como "sexo femenino". Hace parte del (buen) sentido común que las propiedades etnia y género, que son construidas socialmente, signifiquen una división desigual de las posibilidades en la vida, que es otra forma de escribir estructura de capas. De un saber explícito del modernismo no se puede hacer un saber implícito del posmodernismo sólo por el hecho de que hasta ahora las teorías de clase o de capas no hayan tematizado a fondo algunas características opresivas. Las teorías modernas no deben ser rechazadas, sino más bien reelaboradas críticamente.

El feminismo posmodernista usa expresiones morales como "opresión" cuando se refiere a la unión de la teoría. Esta nueva teoría que abarca todas las líneas de explotación referidas a las capas etnia y género, implica algo mucho más grande que pequeñas historias, más bien terminaría siendo una "mega narrative" de la opresión y explotación. Pero, ¿dónde están los lugares en los cuales la explotación se autoreproduce? ¿Son conocidos estos lugares únicamente por el hombre blanco adinerado cuya apreciación, como teme Harding, unifica al mundo? Al actor en plena ejecución de resistencia le basta, quizás, conocer a sus opresores inmediatos, en cambio la dimensión y estructura de éstos, puede ser comprendida sólo por un observador desinteresado.

3.4 Top 1 la criminología feminista

Aún nos tenemos que ocupar del problema de que en la ciencia feminista la categoría género no haya sido elaborada teóricamente, salvo en contados casos. Harding constata que la mayoría de los aportes teóricos se concentran sólo en uno o dos niveles del género social, por lo que las relaciones entre el estrato simbólico, la división del trabajo y la identidad individual, son poco claras. Las palabras "hombre" y "mujer" son empleadas como categorías residuales, sin tener en cuenta que los caracteres genéricos (lo señalado) son una construcción del "patriarcado" y las palabras (las señales), abstracciones tanto del sentido común, como de la "normal science". Las diferencias genéricas son destacadas, si bien son el producto de la división de cualidades en masculinas y femeninas por obra del "patriarcado", a nivel simbólico,[12] y sin una división social del trabajo no pueden ser sustentadas.

Esa omisión es un problema tan central que propondría hacer dependiente las cualidades de la ciencia "feminista" no del enfoque y de los métodos, sino de una tematización adecuada de los tres "planos" de la sexualización. En el plano de las entidades individuales se demostraría que la esencia de "hombre" o "mujer" no es registrada por el control penal, sino que el control social reproduce identidades sociales genéricas de modo muy peculiar tratando de corregir aquellas que fracasan. En el plano de la división del trabajo se demostraría, entre otros, que la mujer recibe un trato diverso del hombre, ya que debe asegurar la reproducción individual. En el plano simbólico se revelaría cual de los dos sexos ostenta el derecho penal. Al derecho penal no se puede aplicar lo que afirma Tove Stang Dahl sobre el derecho: "The modern gender-neutral legal machinery meets the gender-specific reality – or let me rather phrase the controverse: the often gender-relative reality

(12) Véase Henry/Milovanovic, 1991, p. 299: "...discursive practices produce texts (narrative constructions), imaginary constructions, that anchor signifiers to particular signifieds, producing a particular image claiming to be the reality".

meets the unisex law" (1986, p. 361).[13] Entretanto existen análisis instructivos sobre la relación entre patriarcado y derecho,[14] por ejemplo Mac Kinnon (1979), Aktins/Hoggett (1984). O'Donovan (1985), Messerschmidt (1988) o Lautmann (1990), en tanto, no pueden hacer prevalecer su opinión mientras la criminología permanezca en su estado atávico.

4. Derecho a una criminología feminista

El deseo principal del feminismo científico es hacer comprender la realidad sexualizada. ¿Qué tipo de criterio ha desarrollado, en tanto, la criminología científica? Desde el cambio de paradigmas en la década de los sesenta se ha impuesto la opinión según la cual criminalidad y los criminales no poseen un carácter ontogénico, sino más bien construido. Una criminología científica feminista debe estar en condiciones de unificar las teorías progresivas, a saber; la de la sexualización y la del principio de definición. Estas tareas, es decir una tematización adecuada de la "realidad sexualizada" y el reconocimiento del carácter construido de la criminalidad, están ligadas fuertemente. La totalidad de los honrados esfuerzos por iniciar a la mujer en la criminología, no llevan a ninguna parte si no se toma en cuenta el carácter no ontogénico que se le atribuye a la criminalidad. ¿Cómo puede hablarse de las causas de la criminalidad femenina en vez de concentrarse en la adjudicación selectiva de la etiqueta criminal? La comprensión heurística del "labeling approach" o del punto de reacción en la criminología nació al mismo tiempo que el feminismo, sólo que estos casi no se han tomado en cuenta. Junto a la deconstrucción del término criminalidad, el punto de reacción se concentraba en la selectividad de clase específica que le estaba asignada. La comprensión feminista hubiera podido hacer suyo este principio, pues la adjudicación selectiva de la "etiqueta" criminal comprende la selectividad de género específica. En vez de esto la comprensión feminista trató, y trata aún hoy, de mejorar la criminología desfigurada por el etiologismo y por la especifidad de clase. Todas estas tentativas tendrían, en tanto, que fracasar debido a la confusión del término "criminalidad". Algunos ejemplos podrían reforzar esta situación; Daly y Chesney-Lind identifican dos de los cuestionamientos más importantes de la criminología: ¿pueden ser aplicadas las teorías de criminalidad masculina a las femeninas? y ¿de qué manera pueden ser explicadas las diferencias intersexuales existentes en la carga de criminalidad? (1988, p. 514 y sig. tes.).

Chesney-Lind, que ha aportado conocimientos de mucho valor sobre la reproducción de género diaria, escribe que los actos criminales cometidos por muchachas son definidos por los órganos de control social como una inversión de papeles o como desviaciones sexuales (1987, p. 17). Ella califica incluso la criminalidad juvenil femenina como la criminalización de sus estrategias de supervivencia (1989, p. 17) no desde una perspectiva analítica, sino desde un punto de vista moral.[15]

Para Mareen Cain perseverar en una concepción ontogénica de la criminalidad es casi una contradicción. Criminología

(13) Olsen identifica varias caracterizaciones (posibles) del derecho como masculinas, andróginas y patriarcales.

(14) El patriarcado (como forma de dominación que legalmente no debiera existir) es considerado como autor de esas construcciones, debido a que las diferencias sexuales (en los tres niveles) no están relacionadas simétricamente, ni de modo moral ni político.

(15) Véase Chesney-Lind: "American society has defined as desirable youthful, physically perfect women. This means that girls on the streets, who have little else of value to trade, are encouraged to utilize this ressourse" (1989, p. 20 sig. tes.).

feminista es para Cain ocuparse de los órganos de control social bajo el aspecto de la justicia y del trato de la mujer como autor y víctima. La criminología feminista tiene que superar las fronteras inherentes a la criminología y partir desde una teoría genérica feminista que no se encuentre enmarcada en la criminología. No tiene que cuestionar partiendo de la justicia o criminalidad, sino de la sexualización (1990, p. 1 y sig. tes; ver 1989).

En un principio como este no hay espacio para la etiología, ya que ella se pregunta "what in the social construction of maleness is so profoundly criminogenic, why do males so disproportinally turn out to be criminals" (1990, p. 12). Los principios son etiológicos aún cuando a menudo nazca la impresión que una formulación más cuidadosa como "comportamiento supuestamente ("putativ") criminal o distinto" pudiera ascenderlos a la criminología crítica. Pero esto no sería suficiente, ya que las llamadas criminólogas no cuestionan para nada el derecho penal. Al parecer se identifican con este y lo consideran una expresión moral humana y de bienes a preservar. Van más allá de los conocimientos que describen el derecho penal como un instrumento muy selectivo tanto por sus formulaciones expresadas en general como en su implementación. Que incluya sólo a hombres de las capas sociales más bajas y que estos sean en su mayoría negros, es un tema del cual se han escrito libros enteros. ¿Por qué son los hombres de las clases más desposeídas tan propensos a cometer actos criminales? – esta es una pregunta tan ingenua que está demás hacerla, en cambio tendría que ser argumentado el por qué de las coaliciones silenciosas hechas con los patriarcas blancos adinerados que gozan de inmunidad penal.

El análisis genérico específico de las decisiones tribunales nos demuestra que la mujer es tratada con mayor benevolencia que los hombres-la criminóloga no sabe bien lo que puede exigir, ¿la revalorización de la mujer al darle la pena correspondiente?

¿qué es lo que entiende Daly bajo "labeling approach" cuando este concepto viene refutado por las penas menos drásticas que los jueces imponen a la mujer casada (y a padres de familia) en desmedro de la mujer soltera (1989, p. 137)?[16] Labeling approach es, sobre todo, un método que no anticipa ningún resultado de los procesos selectivos. Labeling, a modo de comprensión, nos hubiera demostrado que la mujer es, por regla general pero no siempre, tratada con más indulgencia, mientras que una teoría sobre el patriarcado hubiera podido explicar la relación de estos hechos (compárese Kips 1991). Justamente de las criminólogas más renombradas echamos de menos el examen del carácter masculino dominante del derecho penal tanto a nivel primario, como secundario de la criminalización y de su significado para la reproducción del patriarcado (ver Smaus 1990; 1991).

El haber considerado los aspectos mencionados más arriba, es decir una tematización adecuada de la construcción de géneros de la realidad en los tres niveles, podría habernos llevado a comprender que la criminalidad es una etiqueta asignada de preferencia al hombre. El hom-

(16) Daly opina que de la teoría del conflicto o labeling, que toma en consideración las diferencias de clase y étnicas, tendría que haber sucedido una penalización mas fuerte de la mujer. En vez de ser así, constata que los jueces castigan con menor benevolencia a hombres y mujeres que son padres y madres de familia (1989, p. 10 y sig. tes.). Esta asistencia social va tan lejos que los jueces imponen penas menos fuertes donde el autor y la víctima estaban más cerca (p.ej. el hombre que golpea y la mujer que es golpeada). Sin querer injuriar el significado subjetivo de la organización familiar el prototipo de la relación matrimonial y de la familia norteamericana no surgió seguramente del pensamiento feminista. Sobre crítica a la asistencia social de los jueces ver Hanmer/Stanko, 1985.

bre y la mujer no se encuentran ante el tribunal por razones biológicas, no obstante los miembros de esas instituciones reaccionan ante ellos como si se tratara de portadores de género social, cuya actuación se tematiza en roles. Los roles mismos son motivados en y por medio de la división del trabajo genérico, por lo tanto será juzgada la relación de la persona para con esa estructura (compárese categorías como mujer negra, mujer casada). El trato diferencial que reciben el hombre y la mujer ante el tribunal (y otras instituciones), sea al repartir las etiquetas, sea para determinar las medidas, se refiere, pasando por la identidad individual social del(la) acusado(a), a su posición en la realidad sexual y es de esta manera que el sistema de control respectivo reproduce el status quo de la estructura de géneros como tales (compárese Kersten 1986; Lees 1986).[17] En vez de molestarse porque en el derecho penal los hombres estén "entre ellos", una consideración adecuada tanto del principio de reacción, como de la teoría de la sexualización, hubieran ayudado a responder la pregunta sobre qué género – a nivel simbólico – tiene el control del instrumento "derecho penal" y de sus definiciones. Pero como ya se ha mencionado, en la criminología feminista esta discusión la buscamos sin resultado. Algunas mujeres como Heidensohn retroceden y caen en la terminología naturalista: "Does biological difference and differential gender justify the provisions of different facilities for women in courts and prisions?" (1987, p. 12 y sig. tes.).[18] !Y pensar que las diferencias biológicas genéricas han sido ya definidas sexistas![19]

Una de las razones por la cual la criminología feminista haya desatendido tanto los problemas centrales, depende quizás del temor a abandonar el marco de su tema al sobrepasar por partida doble las fronteras de la criminología. La criminología no puede deconstuir su concepto central – criminología –; no puede asignar a la investigación sexual el abuso de menores, el hurto a la economía, las drogas al sector de la salud, sin dejar de perder su carácter. La reproducción de la estructura de géneros por medio del derecho penal puede ser tratada en la sociología del derecho penal o en la sociología feminista. La criminología que le hace honor a su nombre se ocupa de las razones de la criminalidad y de los criminales (Smart 1990, p. 75).

Este es un tópico no científico y muy conservador y es de temer que un feminismo que se considere progresivo no pueda sobrevivir a esta alianza sin sufrir graves daños. La transgresión y deconstrucción feminista de la criminología, no nos debe inspirar temor, pues, como lo demuestra la historia de la criminología crítica, la criminología puede sobrevivir también como psicología del derecho penal, ya que al fin de cuentas el carácter heterogéneo de la criminología está constituido no por la criminalidad, sino que por el derecho penal.

(17) Ver A. R. Edwards. Hallazgos como los siguientes tendrían que ser reinterpretados: S.Edwards opina haber demostrado que el personal de instituciones judiciales se deja impresionar no por el sexo femenino en sí, sino por la concepción y calificación de las cualidades asociadas al género social. El género en sí no existe sin las cualidades que le son atribuidas. S.Edwards ha retenido y reproducido, en realidad, aquellas cualidades del rol femenino que han surgido de los procesos judiciales (1989, p. 175).

(18) Parecido a Carlen y Worral, 1987; Allen, 1989.

(19) La biología es uno de los campos de mayor importancia para la investigación feminista. Prescindiendo de los intentos por montar una teoría de la evolución feminista, que sería mas plausible de la "normal science", se puede constatar que toda la investigación estaba desfigurada no por el antropologismo, sino por el androcentrismo. Incluso en el comportamiento de los chimpancés se interpreta lo que el señor quiere. (Ver Harding, 1990, p. 85 sig. tes.).

Bibliografia

ADLER, R. *Sisters in crime*. Nueva York, 1978.

ALLEN, J. Men. Crime and criminology: Recasting the questions, en: *International Journal of the Sociology of Law* 17, 1989, p. 19-39.

ATKINS, S. e HOGGETT, B. *Women and the law*. Oxford, 19"84.

BAUDRILLARD, J. The simulation, en: *Wege aus der moderne. Schlüsselworte der Postmoderne – Diskussion,* editado por W. Welch. Weinheim, 1988, p. 153-162.

BERTRAND, M.-A. *The myth of sexual equality before the law, criminality*. Montreal : Centre de psichologie et de pédagogie, 1967, p. 129-159.

———.Eine radikale femministische kritik von kriminologie und strafrecht, en: *Kriminologie.* Eine feministische perspektive, editado por U. Krüger. Pfaffenweiler. 1992, p. 13-26.

BRÖCKLING, E. *Frauenkriminalität.* Darstellung und kritik kriminologischer und devianzsoziologischer theorien. Stuttgart, 1980.

BRÜCK, B.; KAHLERT, H.; KRÜLL, M.; MILZ, H.;OSTERLAND, A.;WEGEHAUPT-SCHNEIDER, I. *Feministische soziologie*. Nueva York : Francfort Meno, 1992.

CAIN, M. Towards transgression: New directions in feminist criminology, en: *International Journal of the Sociology of Law* 18, 1990, p. 1-18.

———. Growing up good: *Policing of girls* in Europe. Londres, 1989.

CARLEN, P. *Criminal women*. Cambridge. 1985.

CARLEN, P.;WORALL, A. Gender. *Crime and justice*. Filadelfia, 1987.

CHESNEY-LIND, M. Girl's crime and woman's place: Towards a feminist model of female delinquency, en: *Crime and delinquency*, 1989, n. 1, p. 5-29.

DALY, K. Criminal justice ideologies and practices in different voices: some feminist questions about justice, en: *International Journal of the Sociology of Law* 17, 1989, p. 1-18.

DALY, K.; CHESNEY-LIND, M. Feminism and criminology, en: *Justice Quarterly* 5, 1988, n. 4, p. 497-538.

EATON, M. *Justice for women? Family,* court and social control. Milton Keynes, 1986.

EDWARDS, A. R. Sex/gender, sexism and criminal justice: some theoretical considerations, en: *International Journal of the Socilogy of Law* 17, 1989, p. 165-184.

FUNKEN, Ch. *Frau-Frauen-Kriminalität.* Opladen, 1989.

GELSTHORPE, L. Feminist methodologies in criminology: a new approach or old wine in the new bottles?, en: *Feminist Perspectives in Criminology*, editado por L. Gelsthorpe, A. Morris. Filadelfia : Milton Keynes, 1990, p. 89-106.

GELSTHORPE, L.; MORRIS, A. Feminism and criminology in britain, en: *British Journal for Criminology* 28, 1988, n. 2, p. 93-110.

———. Feminist perspectives in *criminology*. Filadelfia : Milton Keynes, 1990.

GIPSER, D. *Mädchenkriminalität*. Munich, 1975.

HANMER, J.; STANKO, E. Striping away the retoric of protection: Violence to the women, law and the state, en: *International Journal of the Sociology of Law* 13, 1985, p. 357-374.

HARDING, S. *Feministische Wissenschaftstheorie: Zum Verhältnis von Wissenschaft und sozialem Geschlecht*. Hamburgo, 1990.

HARTSOCK, N. The feminist standpoint: Developing the ground for a specifically feminist historical materialism, en: *Discoverig reality*. Feminist Perspectives on Epistemology, Methaphisics, Methodology and Philosophy of Science, editado por S. Harding, M. Hintikka. Dordrecht, 1983.

HEIDENSOHN, F. *Women and crime*. Londres, 1985.

HENRY, S.; MILOVANOVIC, D. Constitutive criminology: The maturation of critical criminology, en: *Criminology* 29, 1991, n. 2, p. 293-315.

KERSTEN, J. Gut und geschlecht. Zur institutionellen verfestigung abweichenden verhaltens bei jungen und mädchen, en: *Kriminologisches Journal* 18, 1986, p. 241-257.

KIPS, M. Strafrecht für männer, psychiatrie für frauen, en: *Kriminologisches Journal* 23, 1991, p. 125-134.

KUHN, A.;WOLPE, A. *Feminism and materialism*, Women and Modes of Production, Londres, 1978.

LAUTMANN, R. *Die gleichheit der geschlechter und die wirklichkeit des rechts*. Opladen, 1990.

LEA, J.; JOUNG, J. *What is to be done about law and order*? Harmondsworth, 1984.

LEES, S. Sitte, anstand und soziale kontrolle von mädchen. Eine englische studie, en: *Kriminologisches Journal* 18, 1986, p. 258-272.

LYOTARD, J.-F. Die moderne redigieren, en: *Wege aus der moderne,* editado por W. Welch. Weinheim, 1988, p. 204-214.

MACKINNON, C. *Sexual harrasment of working women. A case of sex discrimination.* Londres : New Haven, 1979.

MESSERSCHMIDT, J. Überlegungen zu einer sozialistisch-feministischen kriminologie, en: *Radikale kriminologie*, editado por H. Janssen; R. Kaulitzlky e R. Michalowski. Bielefeld, 1988, p. 83-101.

MORRIS, A.; GELSTHORPE, L. Feminist perspectives in criminology: transforming and transgressing, en: *Women and Criminal Justice* 2, 1991, p. 3-26.

O'DONNOVAN, K. *Sexual divisions in law.* Londres, 1985.

OLSEN, F. Feminism and critical legal theory: An American perspective, en: *International Journal of the Sociology of Law* 18, 1990, p. 199-215.

RICE, M. Challenging orthodoxies in feminist theory, en: *Feminist perspectives in criminology*, editado por L. Gelsthorpe e A. Morris. Milton Keynes : Filadelfia, 1990, p. 57-69.

ROSE, H. Hand, Brain and Heart, A feminist epitemology for the natural sciences, en: *Signs: Journal of Women and Culture in Society* 9, 1983.

SIMON, R. *Women and crime.* Lexington, D.C. 1975.

SMART, C. Feminist approaches to criminology or postmodern woman meets atavistic man, en: *Feminist perspectives in criminology*, editado por L. Gelsthorpe e A. Morris. Milton Keynes : Filadelfia, 1990, p. 70-84.

SMAUS, G. Theorie und empirie im kriminologischen unterricht, en: *Kriminologie als selbständiges, interdisziplinäres hochschulstudium*, editado por G. Löschper; G. Manke e F. Sack. Pfaffenweiler, 1986, p. 248-270.

———. Das strafrecht und die frauenkriminalität, en: *Kriminologisches Journal* 22, 1990, cuaderno 4, p. 266-283.

———. Reproduktion der frauenrolle im gefängnis, en: *Streit* 9, 1991, cuaderno 1, p. 23-33.

STANG DAHL, T. Women's law: Method, problems, values, en: *Contemporary Crises* 10, 1986, 4, p. 301-316.

6. POLÍCIA E DIREITO

6.1

O INQUÉRITO POLICIAL À LUZ DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

ADILSON JOSÉ VIEIRA PINTO

SUMÁRIO: 1. Parte I. Nota do autor – 2. Parte II. Desenvolvimento: 2.1 Democracia ou democratização?; 2.2 A Polícia Civil e a democratização; 2.3 Inquérito Policial; 2.4 O inquérito proposto; 2.4.1 O primeiro momento; 2.4.2 O segundo momento – 3. Parte III. Conclusão – Bibliografia.

1. Parte I. Nota do autor

A ultimação deste trabalho foi alcançada em setembro de 1998, sendo que o noticiado ato administrativo da Delegacia Geral de Polícia, que encerra o corrente texto, à oportunidade não passava de projeto. Seqüencialmente, em novembro daquele período, o mesmo teve definitiva vez com a publicação da Portaria 18, reproduzida pelo IBCCrim em janeiro deste ano (1999), no boletim 74, p. 13/14.

2. Parte II. Desenvolvimento

2.1 Democracia ou democratização?

Hoje, irrefragavelmente se vê alojando, em substituição ao deprimente regime até recentemente experimentado, o Estado Democrático de Direito. É assim que coloco por ter entendido a lição do Mestre Fábio Konder Comparato que opera a diferença entre democratização e democracia, nestes termos: "Proponho distinguir a democratização da democracia, observando que esta é um regime político estabelecido, enquanto aquela é o processo tendente ao estabelecimento desse regime."[1]

Não pensa diferente o Prof. José Afonso da Silva, posto que no mesmo sentido oferece tranqüilo ensinamento: "Para concluir, vamos dizer algo sobre nossa concepção da *democracia como revolução permanente*. Não há mistério nisso, se tivermos em mente que a busca da democratização tem sido uma luta constante da humanidade. Essa visão é que nos levou a reconhecer que *democracia* é um conceito histórico, historicidade que enriquece seu conteúdo a cada etapa do envolver social, como um *processo* de afirmação do povo **e de garantia dos direitos fundamentais** que o povo vai conquistando no correr da história."[2] (*grifos originais* e **grifo meu**).

Assimilando que nos vemos submetidos a um processo de democratização, com o auxílio daqueles mestres apreende-se o que vem a ser democracia, registrando-se, desde já, compreensão novamente convergente.

Para Fábio Konder Comparato: "Convenhamos em reconhecer na democracia

(1) COMPARATO, Fábio Konder. Para Viver a democracia, in *Democratizar a segurança*. São Paulo : Brasiliense, 1989, p. 205.

(2) SILVA, José Afonso da. Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Seabra Fagundes, in *Perspectivas das formas políticas*. Org. Carmem Antunes Rocha. Belo Horizonte : Del Rey, 1995, p. 149.

o regime político no qual o poder decisório pertence, em última instância, à vontade majoritária do povo, *respeitados os direitos individuais*, objetivando a realização da maior liberdade com a menor desigualdade social possíveis, numa determinada situação histórica."[3] (grifo meu).

Para José Afonso da Silva: "(...) um processo de convivência social em que o poder emana do povo há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua história, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes".[4]

2.2 *A Polícia Civil e a democratização*

A Polícia Civil, com seu papel inquestionavelmente desenhado no § 4.º do art. 144 da Carta Política, também atua, concorrentemente, com vistas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Em nome disso, torna-se um braço do Estado, e nessa esteira sua vocação, como a dos demais órgãos de segurança pública, fica contaminada pela opção ideológica daquele.

Com satisfação assistiu-se à inumação do chamado estado de exceção, qual produzido pelo perfil ditatorial dos diversos governantes de então, não se olvidando que a certeza da continuidade do duvidoso projeto passava, obrigatoriamente, pela condenação de legítimos direitos humanos fundamentais. Sendo segmentos do testilhado Estado, serviam-se os órgãos de segurança da contenção e até supressão dos mais naturais desejos de qualquer homem.

Não obstante a democracia seja algo que vem sendo edificado – como o anteriormente visto –, o certo é que o regime precedente, por sepultamento, deu imediata e definitiva vez àquela. Diferentemente, o processo de democratização da polícia se opera com alguma aderência provocada por parcela mínima de seus agentes. Os mesmos, não obstante oriundos do povo, neste particular daquele se diferem, posto que inviabilizam a produção de velocidade compatível à emergente cristalização da Instituição como instrumento de defesa da pessoa humana. Embora paradoxal, é integrante do povo contra este agindo.

De positivo é a adjetivação que se pode emprestar aos argumentos que alicerçam a duvidosa postura funcional dos supramencionados indivíduos: inconsistentes e não perenes. O novo regime, naquela estrábica concepção, teria trazido a reboque uma polícia frouxa – e assim ineficiente – (ela, e não eles!), que costumeiramente se depara com intransponíveis obstáculos erigidos pela intransigente atuação dos órgãos de *proteção dos direitos humanos*. Para os agentes que assim "pensam" – amadoristicamente, senão com visão restrita ou ausência desta –, os integrantes dos referidos órgãos de proteção somente se prestam a defender os violadores de direitos, às vezes em detrimento de legítimos interesses dos que foram alvos das infringências. Tranqüilizo-me quando percebo que os donos dessa postura são os mesmos que difundem pensamentos igualmente irrisórios, tais como: "manda quem pode, obedece quem tem juízo", "viatura não é carro de padeiro" etc..

Daí decorrem, por ora, os elevados tributos quotidianamente pagos, de vez que a relutância daqueles poucos "servidores" em obstinarem os direitos de seus iguais faz cravar na lapela de cada policial-cidadão o emblema do arbítrio. Não observam que estão na contramão da história.

Nessa condição há de se ver implantada, queiram aqueles ou não, uma segurança pública por inteiro conformada com a ideologia que ora se experimenta. Os ór-

(3) Idem, op. cit., nota de rodapé 1, p. 205.

(4) Idem, op. cit. nota de rodapé 2, p. 149.

gãos de segurança devem estar voltados, diferentemente do modelo anterior e porque são segmentos do Estado (como dito), à garantia e preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O respeito ao ser humano não obstrui a eficiência do trabalho da polícia, até porque este existe em nome daquele.

Se corretamente selecionado por uma Administração que atua sob os signos da ética e da moral, recebendo por parte daquela uma adequada formação e incessante aprimoramento profissional, dos superiores beberem orientações positivas e vendo no controle interno uma atuação necessária e sadia, o cidadão policial civil poderá oferecer à sociedade um trabalho despido de violações e eficaz ao mesmo tempo. Aliás, num parêntesis, de se registrar que o sempre discutido controle externo somente tem lugar quando da eventual falha do primeiro (o interno), consistente no desconhecimento do fato determinante, ou na inação, ante o mesmo, do responsável pelas providências que aquele reclama.

Somente inexistirão os falados tributos quando a atuação de cada agente da polícia, no decorrer do processo de democratização dos órgãos de segurança, estiver focando a cidadania, e dessa forma voltada à asseguração dos positivados direitos fundamentais do homem.

2.3 Inquérito policial

Não obstante a investigação criminal se verifique secularmente, a implantação do *inquérito policial* no Brasil (com este *nomen juris*) deu-se com o Decreto 4.824, de 22.11.1871 – que regulamentou a Lei 2.033, de 20 de setembro daquele ano –, tendo seu art. 42 esta redação: "O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices (...)".

Pode ser definido como sendo o procedimento administrativo de polícia judiciária que, por intermédio de investigação, visa a confirmação da existência ou não de uma determinada infração penal, suas circunstâncias e o estabelecimento da correspondente autoria.

Ressalto que a afirmação sobre a *confirmação da existência ou não de uma determinada infração penal* não carrega a possibilidade da autoridade policial inaugurar o inquérito sem a presença dos elementos que dêem conta da possibilidade, ainda que pálida, do fato objeto constituir-se transgressão a conteúdo proibitivo contemplado pela legislação penal substantiva. O evento que a seu conhecimento chegar deve conter, ao menos, mínimos contornos de ilicitude penal.

No atinente ao seu objetivo, creio que a maioria esmagadora dos doutrinadores descuidam-se quando afirmam que o inquérito policial visa a preparação da ação penal. Nesse sentido também a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal: "Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal (...)" (n. IV da Exposição). Isso é colocar o procedimento e, por forçosa conseqüência, o Delegado de Polícia a serviço do pólo acusatório. A existência de elementos que evidenciam a inocorrência do fato gerador de sua instauração – a infração –, e também a improcedência da suspeita que preliminarmente recaia a determinado indivíduo (melhor, cidadão), impõem inexorável determinação, pela autoridade judiciária, de seu arquivamento, à evidência ressalvada a possibilidade de seu ressurgimento, conforme estatuído no art. 18 do CPP.

Assim é que se me apresenta mais consentânea e precisa a indicação de que o inquérito policial colima a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal (nem sempre o *parquet*) sobre a infração; e como acima visto, por vezes – a opinião –, não se volta à instalação da ação.

Embora o inquérito policial tenha sua disciplina formalmente vinculada ao direi-

to processual penal – e nesse âmbito usualmente é estudado –, o conhecimento das normas específicas a essa matéria são insuficientes para a correta construção do cuidado procedimento.

O estudo há de ser realizado com a concorrência de outras fontes, mesmo porque a divisão do Direito em ramos se dá por razões didáticas; visa facilitar o ensino e o aprendizado.

O mergulho no Direito Constitucional é um dos passos iniciais daquele que tem por atribuição a direção dos trabalhos de investigação criminal e, por conseqüência, a direção do inquérito. Desse necessário aprofundamento doutrinário surgirão os entendimentos acerca das genuínas aspirações do povo (aqui se destaca o gozo dos direitos fundamentais da pessoa humana), das funções do Estado (aqui se destaca a preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana) e das limitações que a estes são impostas no interesse do primeiro. É a formal raiz do Direito.

Deve o seu responsável utilizar-se, também, do regramento imposto pela doutrina administrativa – porquanto procedimento com essa natureza e a cargo de autoridade do Poder Executivo –, até mesmo porque é o Direito Administrativo que, além de guardar os fundamentos daquela disciplina (como todas outras), tem com esta os traços mais comuns.

Se considerarmos a ordem jurídica como sendo uma orquestra, temos no Direito Constitucional seu verdadeiro maestro e nas demais disciplinas os músicos; nesse sentido, o inquérito policial é instrumento que não pode estar desafinado. Se estudado em dissonância com os princípios constitucionais, a harmonia estará seriamente comprometida.

2.4 O inquérito proposto

A desejada humanização do inquérito, que lhe dará perfeita consonância com os fundamentos do Estado Democrático – aqui ressalto a cidadania e a dignidade da pessoa humana (cf. incisos II e III do art. 1.º, da CF) –, deveria impor alterações nos diplomas que o regulam; no entanto, muito há de prontamente praticável se atentas e daquela forma estiverem voltadas as autoridades aos princípios que lhes são impostos.

Em nome da dignidade da pessoa humana deveria o inquérito ser visto sob dois momentos instrutórios distintos.

O primeiro refere-se ao tanto que seu curso tem em vista a confirmação da existência ou não da infração penal, bem assim as suas circunstâncias. O outro tem seu marco quando da possibilidade de atribuição à determinada pessoa da responsabilidade pela ocorrência de específico fato – objeto de investigação. A atribuição da responsabilidade em apreço não pode ser confundida com a simples suspeita de participação delituosa por vezes observada desde quando passada a *notitia criminis*. Há de ser encarada como algo mais sério, posto que derivada de um feixe de consistentes elementos indicadores de verossímil participação delitiva (aqui empregada em *lato sensu*), donde surgirá o indiciamento.

2.4.1 O primeiro momento

Inicialmente, afigura-se importante dizer do modelo adotado pela legislação pátria no que tange ao *sistema da persecução criminal*. É sob esse ângulo o entendimento mais abrangente, e não sob o restrito prisma do *sistema processual penal*.

A respeito daquele, vale o registro da aula do Prof. Rogério Lauria Tucci que, ao asseverar que no Brasil vigora o sistema misto, assim defende o seu entendimento: "(...) a investigatória, da *informatio delicti*, consubstanciada, geralmente, no *inquérito policial*, e a subseqüente, dita da *ação penal*, em que se desenrola o *processo judiciário*, compreensivo da instrução e do julgamento da causa. Aquela

apresenta-se essencialmente *inquisitiva*; esta, de sua vez, com características do *procedimento acusatório*, dominado pelo contraditório, pela publicidade e pela oralidade."[5]

Malgrado bem recepcionar o entendimento acima, não se pode deixar de consignar a majoritária posição defendida pelos demais processualistas, da qual se destaca a encontrada na obra intitulada "Teoria Geral do Processo",[6] a seis mãos levantada:

"No *processo inquisitivo*, onde as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em um único órgão, é o juiz que inicia de ofício o processo, que recolhe as provas e que, a final, profere a decisão.

O *processo acusatório* – que prevaleceu em Roma e em Atenas – é um processo penal de partes, em que acusador e acusado se encontram em pé de igualdade; é, ainda, um processo de ação, com as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade.

Ao lado desses dois sistemas ainda existe o *processo penal misto*, em que há somente algumas etapas secretas e não contraditórias.

No processo penal brasileiro adota-se o sistema acusatório."

Voltado ao primeiro enfoque da instrução que se promove no inquérito, qual direcionado à coleta dos elementos informativos sobre a infração e suas circunstâncias, exsurge de fundamental importância a abordagem do modelo inquisitório do procedimento, com seus decorrentes reflexos.

A Polícia Judiciária, na busca da verdade sobre o fato objeto da investigação e, por consectário, igualmente do inquérito policial, deve, com observância a princípios legalmente insculpidos – especialmente o da legalidade –, perseguir e seqüencialmente coletar todos elementos que com aquele digam respeito. Tal busca não pode estar obstaculizada, sendo uma rocha a contrapor a investigação, dentre outras, a implantação, na forma vista no processo judicial, do contraditório e da ampla defesa na fase inicial da *persecutio criminis*. O *inquisitio* há de predominar nesse primeiro momento.

Por ser aquela fase uma corrida à cata dos elementos informativos, inexistindo, até então, pessoa a justificar ou discordar de fatos que a ninguém vêm formalmente endereçados, seria estéril o emprego daqueles direitos.

Acerca dos mencionados elementos, que constituem o chamado *devido processo legal* (ou *due process of law*), vale acrescentar o ditoso entendimento de Alexandre de Moraes: "Por *ampla defesa*, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor."[7]

Embora não se sabendo se é coincidência de entendimento ou mero cochilo, o certo é que numa passagem o Prof. Bismael B. Moraes vincula a inquisitoriedade tão-só à *investigação das infrações penais e suas circunstâncias*, deixando, outrossim, a autoria escanteada. Aquele assim diz: "O nosso inquérito originou-se e sobrevive,

(5) *Apud* Bismael B. Moraes. Arquivos da Polícia Civil, in *Elementos de Inquérito Policial*, ano 1994, Vol. XLII, p. 11.

(6) CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 58-59.

(7) MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo : Atlas, 1997, v. 3, p. 250.

em razão das peculiaridades dos seus atos, como procedimento inquisitório. Do contrário, a investigação das infrações penais e suas circunstâncias, sem dúvida, seria impraticável."[8]

Continuando, para o êxito da investigação, não pode a atuação policial ficar à mercê da existência de ritos que lhe determinem caminho. À autoridade policial é dada a escolha do ritmo e rumo da investigação, na conformidade das exigências do específico evento àquele objeto, bem como das circunstâncias externas que sempre lhes cercam. Age, desse modo, com discricionaridade, que não deve ser entendida como algo ao arrepio da lei; ao contrário, cuida-se de atuação com aquela afinada, contudo, sendo ao detentor da medida entregue a possibilidade da já referida escolha.

Esboça visão que aponta para o mesmo sentido e, por isso, de alta pertinência, o conhecido processualista José Frederico Marques: "À polícia judiciária deve ser dado um amplo campo de liberdade de ação, limitado tão-só pelas sanções aos atos ilegais que seus agentes praticarem."[9]

De se extrair idêntico entendimento da lição de Fernando de Almeida Pedroso: "Há de ser resguardado, dessarte, o poder discricionário da autoridade que preside a investigação (cf. art. 14, CPP), com o que fica preservada a sua função inquisitiva."[10]

De final, registro o douto ensinamento do Prof. Tourinho Filho: "Uma vez instaurado o inquérito, a Autoridade Policial o conduz à sua *causa finalis* (que é o esclarecimento do fato e da respectiva autoria), sem que deva obedecer a uma seqüência previamente traçada em lei. Ora, o que empresta a uma investigação o matiz da inquisitorialidade é, exatamente, o não permitir-se o contraditório, a imposição da sigilação e a não-intromissão de pessoas estranhas durante a feitura dos atos persecutórios."[11]

A continuidade deste desenvolver reclama uma precedente incursão sobre o tema *discricionariedade*. Embora para o renomado dicionarista Aurélio Buarque de Holanda Ferreira[12] tal se confunde com arbitrário, ao menos na ótica jurídica as palavras em cotejo não guardam sinonímia. O ato discricionário encontra amparo no direito; já o arbitrário àquele se opõe. Sobre isso se tem o seguro ensinamento do Prof. Mário Mazagão: "(...) ação da polícia não é arbitrária, é discricionária. O arbítrio é a faculdade de operar ou deixar de operar, de acordo com os impulsos individuais, sem quaisquer limites. A discrição é a faculdade de operar ou deixar de operar, dentro, porém, de um campo, cujos limites são fixados estritamente pelo direito".[13]

Rapidamente colhe-se o seguinte: seu modelo inquisitório, a decorrência da impertinência do contraditório e da ampla defesa na *persecutio* inicial e o agir discricionário do dirigente da investigação; além, é óbvio, do sigilo contemplado pelo art. 20 *caput*, do Código de Processo Penal, que com o primeiro interage.

Encerram-se, aqui, as rápidas pinceladas sobre o primeiro momento do inquérito, evidenciando-se a ausência de propostas transformativas, eis que a essa fase nada de novo vem destinado, a não ser a

(8) Idem tr. cit., nota de rodapé 5, p. 11.

(9) MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio/São Paulo : Forense, 1965, Vol. I, p. 156-157.

(10) PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo Penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2. ed. São Paulo : RT, 1994, p. 58.

(11) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 1990, v. 1, p. 188.

(12) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário básico da língua portuguesa, Folha/Aurélio*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1994/1995, p. 224-225. "Discricionário. *Adj.* Que procede, ou se exerce, à discrição, sem restrições, sem condições; arbitrário, caprichoso, discricional".

(13) *Apud* José Frederico Marques, op. cit., nota de rodapé 9, p. 154-155.

motivação de todos atos em seu caderno efetivados, desde o porquê de sua inauguração (quer na forma de *portaria*, quer na forma de *despacho*, próprio no início do corpo do requerimento, da requisição e do auto de prisão em flagrante delito). No entanto, a motivação de todos os atos será à frente melhor abordada, quando tratado o indiciamento.

2.4.2 O segundo momento

Para a correta compreensão deste modelo, mister se faz enxergar o investigado como sujeito de direitos, afastando, outrossim, a idéia de tê-lo como objeto de investigação. Vale aqui lembrar a importância emblemática que reserva o título do opúsculo produzido pelo Prof. Roberto Maurício Genofre – "O indiciado: de objeto de investigações a sujeito de direitos"[14] – e as luzes produzidas pelo ainda jovem Fauzi Hassan Chouke, [15] que têm estes termos:

"O novo processo penal, acobertando explicitamente valores de garantia ao suspeito e alterando definitivamente papéis até então cristalizados, clama por certo uma nova postura *ética* do órgão acusatório nessa etapa prévia, na medida em que, se a participação do investigado aparece limitada pela própria natureza da atividade que se desenvolve, deve o titular da investigação preservar também meios de prova que favoreçam àquele, tendo este compromisso assumido em muitos ordenamentos o *status* de lei.

Resumindo, pela forma anunciada não se deixa de reconhecer ao indigitado a qualidade de *sujeito* da investigação (e não mais seu mero *objeto*), conferindo-se-lhe alguns direitos, mas impossibilitando o exercício do contraditório pleno."

Coletados os meios de provas da ocorrência da infração e suas circunstâncias – sempre à luz dos enfoques supra-referidos –, por vezes há o estabelecimento da correlata autoria, co-autoria ou participação delitiva. Surge, aí, o momento exato da autoridade policial proceder o ato denominado de *indiciamento*.

É quando da decisão do indiciamento de determinada pessoa que a autoridade policial exterioriza seu positivo entendimento acerca da possível responsabilidade penal daquela com o fato infracional objeto da investigação.

Sobre o ato em foco, bem explica o Magistrado Sérgio Pitombo: "O indiciamento, que se leva a efeito no inquérito, deve, portanto, ser, no mínimo, o resultado concreto da mencionada convergência de indícios, que assinalam, incriminado certo indivíduo, ou determinados indivíduos, qual praticantes de ato, ou de atos, havidos pela legislação como ilícitos e típicos."[16]

Embora não seja sinônimo de acusação (esta a cargo, exclusivo, do titular da ação penal) e nem mesmo possa ser com esta comparado, o certo é que o indiciamento enseja sérias conseqüências negativas ao indivíduo – ainda que tão-só na órbita interna. Falar que essas decorrências não ocorrem é estultice ou falta de sensibilidade humana.

Por isso, há de ser medida tomada com seriedade jurídica, porque obrigatoriamente calcada nos seguros elementos coligidos no inquérito, idôneos a endereçar a provável responsabilidade do fato a quem pelo ato é alcançado. Somente assim, com todo esse alicerce a sustentar a

(14) GENOFRE, Roberto Maurício. Justiça e Democracia, in *O indiciado: de objeto de investigações a sujeito de direitos,* São Paulo : RT, 1.º semestre de 1996, p. 176-183.

(15) CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal.* São Paulo : RT, 1995, p. 98.

(16) PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Mais de cento e vinte e seis anos de inquérito policial, perspectivas para o futuro, in *Revista ADPESP (Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo)*, ano 19, n. 25, mar. 1998, p. 17-18.

decisão, é que a probabilidade de erro será quase inexistente; por certo os apartados da infração não serão por ele injustamente atingidos. Esse ato somente deve ganhar realidade jurídica se preexistentes os mesmos requisitos exigidos à decretação de prisão preventiva, quais sejam a *prova de existência do crime* e *indícios suficientes da autoria* (cf. art. 312, do CPP).

Além de hierarquizar o indiciamento, maior importância lhe reserva o precitado ao colocá-lo como *formação da culpa*: "(...) há, consoante a *formação da culpa*, escala de menos para mais, em relação à situação averiguada da autoria a saber: suspeito, indiciado, acusado e condenado."[17]

Para não trescalar a arbitrariedade, o Constituinte Paulista determina, como requisito de validade, a observância da motivação das decisões tomadas em quaisquer procedimentos administrativos (cf. art. 4.º, da CE). Esse princípio propiciará, sobretudo, o controle de legalidade do ato praticado. É em nome da transparência, da clareza, que esse princípio passou a ter seu império em toda Administração Pública, sendo legítima a afirmação que o inquérito de seu obrigatório emprego não escapa. Mais, ainda, pela discricionariedade que bem adjetiva a maioria dos atos que lhe são próprios.

Especial orientação sobre o que vem a ser *motivação* é passada pelo administrativista Diógenes Gasparini, em oportunidade que promove a sua diferença do *motivo:* "Tampouco se confundem o *motivo* e a *motivação* do ato administrativo. O motivo, como vimos, é a situação fática ou legal, objetiva, real, empírica, que levou o agente à prática do ato. A motivação é a enunciação, descrição ou explicitação do motivo. É a narrativa do motivo. Normalmente é a motivação apresentada sob a forma de considerandos."[18]

(17) Idem tr. cit., nota de rodapé 16, p. 18.

(18) GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1992, p. 71.

Dessa forma se me apresenta de todo razoável que a decisão sobre o indiciamento seja precedida de motivação. A autoridade policial há de indicar (em sede de despacho escrito) os elementos que confirmem a ocorrência do fato delitivo e, ainda, os que determinam a provável autoria (os motivos). Talvez seja este o ponto alto da *formação da culpa*, sistematicamente citada por Sérgio Pitombo, no artigo das penúltimas notas de rodapé.

Aliás, diga-se que providência idêntica é a tempo conhecida. A redação do art. 37, da Lei 6.368/76, impõe à autoridade policial o exercício da motivação quando em seu parágrafo único dispõe: "A autoridade deverá justificar, em despacho fundamentado, as razões que a levaram à classificação legal do fato, mencionando concretamente as circunstâncias referidas neste artigo, sem prejuízo de posterior alteração da classificação pelo Ministério Público ou pelo juiz."

Outra, é a específica à prisão em flagrante delito. Após a autuação do conduzido, a autoridade policial fará minudente análise dos elementos coligidos, quer sobre os que digam da existência da infração e suas circunstâncias, quer sobre os que pertinem à indicação da autoria, além, é óbvio, do próprio contexto da prisão, que deverá, obrigatoriamente, harmonizar-se a uma das quatro hipóteses contempladas no art. 302, do CPP. Da análise minudente aflorarão os motivos a permitir não só a imputação do fato àquele conduzido (com o decorrente indiciamento), bem como seu encarceramento (salvo os casos de livrar-se solto ou de prestação de fiança), sendo que essa motivação deverá ganhar formalismo em documento próprio, denominado *nota de culpa*; ressalto que cópia, mediante recibo, deverá ser entregue ao preso.

Nova consideração a merecer destaque, não propriamente ao que ora se desenvolve, mas por certo voltada ao respeito à pessoa humana, é a da possibilidade legal do relaxamento da prisão em flagrante delito pela autoridade que presidiu o respe-

ctivo auto. Esse *desfazimento* ocorrerá quando os elementos informativos colecionados nos autos não garantam a ocorrência da infração; ou não apontam, com efetividade, o preso como sendo o seu autor; ou, também, não tornam caracterizada a necessária circunstância flagrancial. Com suporte no § 1.º do art. 304, do CPP, a ser inversamente analisado, será promovido o relaxamento da prisão, não expedindo-se, assim, nota de culpa. É evidente que quando tal ocorre por força da última forma, o indiciamento do autor subsiste como medida necessária.

Mesma atuação se apresentaria quando da constatação de elementos que assegurem a existência de uma excludente de ilicitude, de sorte a não ser promovido o encarceramento de alguém a quem não se possa (ao menos até o ensejado momento) ser atribuído o cometimento de crime. Contudo, enquanto pacífica a primeira forma, a última é discutível, sendo cerne a afirmação de que somente a autoridade judiciária poderia posicionar-se acerca das cuidadas excludentes. Mesmo que alinhado à idéia da possibilidade jurídica, é certo que esse esboço presta-se apenas a colorir o trabalho, não sendo pretensão sua defesa porque, por suas incertezas e grandiosidade, reclamaria específico tratamento.

A motivação, além de permitir o controle de legalidade do ato que lhe determinou, possibilitará ao indiciado o conhecimento das razões do convencimento do Delegado de Polícia acerca da autoria da infração. Registre-se, por oportuno, que a ciência ao indiciado deve ser oficialmente verificada (como o visto na nota de culpa). É direito que não lhe pode ser sonegado.

Infelizmente, a reclamada providência não faz parte da rotina funcional de parte dos Delegados de Polícia – exceto quando das situações explicitamente determinadas –, sendo cediço, pelo tanto já exposto, a desnecessidade de específico comando legal a dar-lhe existência.

Como parte do indiciamento tem-se o interrogatório. Aqui vale o registro do debate doutrinário acerca da natureza do ato. Meio de prova ou de defesa? Quer me parecer que razão assiste àqueles que defendem a tese última, não obstante o instituto componha o Título VII, do CPP, que trata "Da Prova". A previsão contida no art. 186 do CPP ("Antes de iniciar o interogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.") não resiste à redação do inciso LXIII do art. 5.º, da CF, que é a seguinte: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de *permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;" (grifo meu).

Ora, salta aos olhos a impossibilidade de convivência desses dois comandos. Como pode ter o preso *direito* de permanecer calado, ao tempo em que seu silêncio será interpretado em próprio prejuízo? É evidente que a disciplina processual se vê revogada. A respeito, com usual brilhantismo leciona Ada Pellegrini Grinover:

"O *direito de permanecer calado*, é importante que se lembre, é um relevantíssimo direito do suspeito ou acusado, e não apenas do preso. A preocupação do constituinte foi com a situação mais delicada do preso, que deve ser informado de seu direito ao silêncio, mesmo antes do interrogatório, para que nenhuma declaração, mesmo espontânea, possa ser contra ele utilizada, sem essa advertência. Mas é claro que o dispositivo abrange qualquer suspeito ou acusado.

Ademais, o dispositivo derroga aquelas normas legislativas que faziam do silêncio do acusado, no interrogatório, quase uma admissão de culpabilidade, determinando que o acusado, no interrogatório, devia ser admoestado de que seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa. Claro que isso representava uma inaceitável contrapartida para o direito ao silêncio, não se podendo falar,

nesse enfoque, num verdadeiro direito, na verdadeira observância da regra do *nemo tenetur se detegere, nemo tenetur se accusare.*"[19]

Abdicando do direito de permanecer calado – diga-se, medida por vezes inteligente, máxime àquele que com o fato não guarda liame –, será por meio do interrogatório que o indiciado dará os passos iniciais à edificação de sua defesa (repito não se tratar da ampla defesa, própria da fase acusatória), isso porque conhecendo os elementos probatórios existentes no inquérito, quais formadores de sua culpa, bem poderá arrostá-los, indicando, outrossim, os meios de prova a sustentar suas contraponderações. Nestes termos, inclusive, é a redação do parágrafo único do art. 188, do CPP: "Se o acusado negar a imputação no todo ou em parte, será convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações".

Se à oitiva do indiciado deve ser observada a disciplina do interrogatório judicial, no que aplicável, a assertiva acima, consistente na possibilidade de, após contradizer, pleitear a produção de provas para escorar sua versão, mais do que exercício doutrinário, é direito daquele; a menos que alguém consiga demonstrar sua inaplicabilidade na persecução inicial!

Poderá valer-se o indiciado, também, da previsão contida no art. 14, do CCP, e isso presume-se coerente em momento posterior ao do interrogatório, eis que as indicações em seu favor, naquela ocasião, dar-se-ão com arrimo no transcrito parágrafo único do art. 188. Retomando o art. 14, valiosa se apresenta a análise da expressão *a juízo da autoridade*, pois o texto de lei sugere a possibilidade do Delegado de Polícia deferir ou não a pretensão do interessado na conformidade com sua vontade, entendimento talvez absorvido por diversos processualistas, dentre estes Magalhães Noronha. Vejamos: "A prescrição do art. 14 compreende-se, dada a natureza *administrativa* do inquérito que se não compadece com *investigação contraditória*. O que o acusado tem direito é à *instrução contraditória*, nos termos do art. 5.º, LV, da Constituição Federal. Pode, pois, a autoridade indeferir requerimento seu, bem como do ofendido, que não é quem preside ao inquérito e cuja intervenção interessada a todo instante tumultuará o procedimento."[20]

A decisão do Delegado de Polícia sobre o pedido formulado com base naquele artigo não pode prescindir de motivação, e os motivos não devem ser, sob pena da instalação do arbítrio, decorrentes da mera vontade daquela autoridade, do volume de trabalho que enfrenta, do momentoso estado de humor etc. O indeferimento deve se justificar quando o pedido não guarda vínculo probatório, é irrealizável, é postergatório, ou o evidente resultado a ser produzido pela buscada diligência preexiste nos autos. Se a medida transpira pertinência e por decisão da autoridade se vê obstruída, esta fica à serviço do pólo acusatório, dantes rechaçado.

Tranqüilizo-me quando observado o enfoque a esse respeito passado por Espínola Filho:

"A finalidade do inquérito é apurar a existência de uma infração punível e descobrir os responsáveis por ela; não visa determinar a condenação do, ou dos indivíduos, que são apontados como os culpados; êsses indivíduos teem o direito de promover, desde logo, os elementos capazes de ilidir a acusação, contra eles dirigida; é-lhes, portanto, perfeitamente lícito requerer qualquer diligência, que considerem util aos interesses da sua defesa. Fica ao critério da autoridade, que preside ao inquérito, deferir tal pedido, ou não o atender, o

(19) GRINOVER, Ada Pellegrini. A Polícia à luz do Direito, in *A Polícia Civil e as garantias constitucionais de liberdade*. Coord. Bismael B. Moraes. São Paulo : RT, 1991, p. 17.

(20) NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. Obra atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 1990, p. 22.

que, naturalmente, só fará se entender que a diligência desejada não é realizavel praticamente, ou é inócua ou prejudicial à apuração exata dos fatos.

De modo nenhum poderá justificar-se a recusa de atenção ao requerimento de diligência capaz de trazer um esclarecimento real da ocorrência. (...)

Mister se faz não desatender nunca a que *o inquérito não é um instrumento de acusação; e, sim, uma investigação destinada ao descobrimento da verdade.*"[21] (grifo meu).

Partindo-se da premissa de que todos os atos da autoridade devem ser motivados – de fazer e de não fazer –, a decisão sobre o não-indiciamento daquele a quem, inicialmente, foi endereçada a participação ativa na ocorrência do ilícito penal igualmente deverá estar calçada de jurídicos e sólidos argumentos encontráveis no conjunto probatório, quer porque afastam a possibilidade do indigitado ter cometido o fato em discussão, quer porque não foram idôneos à troca do rótulo inicial *suspeito*, para o mais hierarquizado "*indiciado*". De igual forma, o entendimento do Delegado de Polícia reclama escâncaras. Nesse mesmo sentido, o posicionamento do Prof. Roberto Maurício Genofre, no bojo de artigo que traz sugestivo nome: "Ressalte-se ainda que, da mesma forma, o despacho que não indiciar, que ouvir em declarações o suspeito, deve ser também de convicção motivada, para que fiquem transparentes as razões do órgão apuratório, sem prejuízo, é claro, da *opinio delicti* do Ministério Público, com a palavra final no momento do exercício da *persecutio criminis*, deduzindo a pretensão punitiva em Juízo."[22]

Apresenta-se como sede própria o seguinte e breve comentário sobre o indiciamento ou não. O primeiro, à evidência, pode gerar desconforto à defesa, pois dela exigirá, no porvir – eventual fase processual –, mais esforço contestatório; por seu turno, o segundo (não-indiciamento), possivelmente esvaziará, ainda que minimamente, os contornos do alinhamento da peça vestibular acusatória. No entanto, estando uma outra decisão satisfatoriamente motivada, tais implicações nada devem dizer à autoridade policial, que tão-só busca a verdade dos fatos, jamais o ingresso em qualquer dos pólos referidos.

Atento ao perfil que se apresenta, sobra em relevância, embora a motivação já tenha sido objeto de razoável argumentação, a abordagem da necessidade de fundamentação do ato que determine a denominada *identificação criminal*, bem assim o de decisão que afasta tal providência. A identificação em testilha é medida a gerar a certeza da real identidade do indiciado e, assim, terceira pessoa afastará, com boa facilidade, equivocadas ligações que se lhes apresentem com o específico fato. Nesse sentido o Dr. Coriolano Nogueira Cobra, que empresta seu nome à Academia de Polícia: "No inquérito policial, a sua função é a de evitar enganos quanto à pessoa a ser processada, porque ela firma a identidade daquele que a Polícia aponta como autor de crime, de modo a possibilitar a dissipação de qualquer dúvida que possa surgir."[23]

Se é a certeza da identidade da pessoa a única justificativa à existência desse ato, e sendo este inegavelmente constrangedor, de alta pertinência o regramento produzido pelos legisladores constituintes (cf. inciso LVIII do art. 5.º, da CF), consistente na restrição de sua aplicação, qual reservada àqueles que não foram alvo da identificação civil, ou, ainda, nas hipóteses legalmente previstas. Para que identificar criminalmente o agente que faz prova da real

(21) ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado.* Rio de Janeiro/São Paulo : Freitas Bastos, 1942, Vol. I, p. 265-266.

(22) Idem nota de rodapé 14, p. 180.

(23) COBRA, Coriolano Nogueira. *Manual de investigação policial.* 5. ed. São Paulo : Sugestões Literárias, 1976, p. 149.

identidade? No entanto, há de ser efetiva a prova da identidade, vez que a incerteza legitima a identificação criminal.

A reclamada defesa da cidadania não deve ter seu foco limitado à figura do indiciado. Para que a exposição supra não dite esse entendimento, consigno que ofendido (ou seu representante) e testemunha têm idênticas expectativas, sendo da responsabilidade da autoridade ficar àquelas voltada.

À testemunha é devida precedente informação sobre os motivos que determinem sua presença na unidade. O chamamento da testemunha não mais pode se operar por intermédio de pálido documento convocatório. Pálido porque os fins consignados no respectivo suporte – a intimação (melhor, a notificação) – em regra, não traz mais do que a rotineira expressão *para fins de esclarecimentos*. Ora, deverá a autoridade garantir à testemunha o prévio conhecimento dos motivos justificadores daquela providência. O normal desgaste que a esqualidez do documento acarreta ao futuro depoente não se afina com nada que chegue sequer próximo a respeito. Novamente a motivação se põe imprescindível.

No concernente ao ofendido, respeito de similar realce mostra-se devido, quando para este é dado conhecer, formalmente, a finalização da investigação produzida, bem como o endereçamento do correspondente procedimento administrativo, nos moldes do que se tem da minuta de portaria a ser adiante ventilada e parcialmente reproduzida.

Finalizando o que tanto já às mãos tem a autoridade policial, consigno o entendimento de que a incomunicabilidade do indiciado, preconizada no art. 21, do CPP, tem que se vergar à ideologia posta pelo novo regime. Própria do estado de exceção, não pode subsistir neste Estado Democrático de Direito, eis que a Carta Política em vigência não a permite sequer quando da necessidade de defesa do próprio Estado e das Instituições Democráticas; que dirá quando da condução de isolada investigação criminal!

Neste ponto final é reservado espaço à sugestão que, adotada pelos legisladores, provavelmente encontraria eco junto àqueles que festejam o *processo penal garantidor*. Não se trata de algo vinculado imediatamente ao inquérito, mas a sua existência lhe daria verdadeiro suporte.

Cuida-se, precisamente, da indistinta aplicação de precioso instrumento garantista, hoje visto quando da responsabilização penal de funcionários públicos ante os chamados *crimes funcionais*, cujas específicas regras estão do Capítulo II do Título II, do CPP (Dos Processos Especiais).

Antes de uma pequena abordagem vale o registro feito por Júlio Fabbrini Mirabete: "Para o processo referente aos chamados crimes de responsabilidade dos funcionários públicos cuidou a lei de estabelecer um rito especial, tendo em vista os elevados interesses da administração pública, resguardando-a no que respeita à probidade, ao decoro, à segurança e outros bens jurídicos que lhe são essenciais ao bom funcionamento, com determinadas cautelas. Com isso também se protege a pessoa do funcionário, em decorrência do exercício de suas funções, muitas vezes alvo de acusações infundadas por motivos até políticos."[24]

Embora aquela lição nada diga sobre o "cidadão comum", é descabida a afirmação de que o mesmo é infenso a acusações infundadas – quer as em sentido amplo, que dão início ao inquérito, quer as em sentido estrito, jurídico, impulsionadoras da ação penal.

A possibilidade do acusado, antes do início do processo crime, conhecer os termos da denúncia ou da queixa, bem como o teor do material que lhes dá suporte,

(24) MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 651.

além de constituir-se em verdadeira equiparação de armas, possibilitaria àquele sujeito a eventual exibição de elementos extratores da verossimilhança que sempre deve impregnar os argumentos do titular da ação, constitutivos da peça acusatória. Ademais, de se reconhecer que, na mostrada hipótese, a decisão da autoridade judiciária seria passada com mais serenidade.

3. Parte III. Conclusão

Conclui-se que não é dado à Polícia Civil, e a nenhum outro órgão ou agente, o afastamento, um milímetro que seja, dos já realçados fundamentos da República. Conclui-se que a atuação da autoridade policial há de ser essencialmente ética e jurídica, assim em comunhão com os valores pregados pelo Estado Democrático de Direito. Conclui-se que para isso deve a autoridade policial assegurar na persecução inicial o respeito à dignidade da pessoa humana, vez que esse respeito, como já afirmado, não tem o condão de propiciar o esvaziamento do conteúdo investigatório que lhe dá existência. Conclui-se, também, que o desejado aprimoramento não é refém da prosperação da modesta e pálida sugestão de alteração legislativa agora vista e de outras tantas com maior envergadura e brilho apresentadas, pois muito há de prontamente aplicável, tornando, dessarte, o inquérito *um procedimento administrativo garantidor*.

De final conclui-se, e com muita alegria, que a Polícia Civil bandeirante avança em direção ao único porto que lhe será seguro, qual sustentado nas pilastras da defesa *da cidadania*, do respeito *à dignidade da pessoa humana* e da garantia *dos direitos fundamentais do homem*. Tal se tem das últimas iniciativas (exemplificando: Portarias DGP 30/97 e 31/97), e bem assim se extrai da informal permissão de Sua Excelência, o Senhor Delegado Geral de Polícia, para a inclusão, neste suporte, de minuta de portaria proposta pelo Dr. José Pedro Zaccariotto, digno Delegado de Polícia, que bem serve a demonstrar a boa doutrina institucional que por certo imperará na rotina de trabalho da polícia judiciária paulista. Por encontrar-se em fase de estudos, mesmo que final, pertinente (mas suficiente ao propósito colimado) a inserção, tão-só, dos motivos – considerandos – que justificam a edição daquele ato administrativo.

"Portaria DGP n. (...), de (...)

Dispõe sobre medidas e cautelas a serem adotadas na elaboração de inquéritos policiais e para a garantia dos direitos da pessoa humana.

O Delegado Geral de Polícia, no uso de suas atribuições, e com específico fundamento no art. 15, I, *p*, do Decreto 39.948, de 8 de fevereiro de 1995;

Considerando que à Polícia Civil, na condição de órgão constitucionalmente consagrado à defesa das instituições democráticas, impende o mais efetivo e irrestrito respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana;

Considerando que, em decorrência desse inequívoco compromisso democrático, a legalidade de toda e qualquer atividade policial civil residirá no seu exercício como garantia dos direitos fundamentais;

Considerando ainda que, nesse diapasão, as incumbências de investigação criminal e de polícia judiciária, principais misteres policiais civis, deverão sempre desenvolver-se em perfeita consonância aos imperativos constitucionais, éticos e técnicos voltados à preservação do *status dignitatis* da pessoa humana, mediante transparentes procedimentos garantistas a serem evidenciados no inquérito policial;

Considerando, derradeiramente, que o perene aprimoramento institucional deve se conformar como meta inafastável de todo administrador público e, pois, também dos delegados de polícia, os dirigentes policiais civis; (...)

Luiz Paulo Braga Braun
Delegado Geral de Polícia"[25]

Bibliografia

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal.* São Paulo: RT, 1995, p. 98.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 13. ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 58-59.

COBRA, Coriolano Nogueira. *Manual de investigação policial.* 5. ed. São Paulo : Sugestões Literárias, 1976, p. 149.

COMPARATO, Fábio Konder. Para viver a democracia, in *Democratizar a Segurança.* São Paulo : Editora Brasiliense, 1989, p. 205.

ESPÍNOLA Fº, Eduardo. *Código de Processo penal brasileiro anotado.* Rio/São Paulo : Freitas Bastos, 1942, Vol. I, p. 265-266.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário básico da língua portuguesa, Folha/Aurélio.* Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1994/1995, p. 224-225.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1992, p. 71.

GENOFRE, Roberto Maurício. Justiça e Democracia, in *O indiciado: de objeto de investigações a sujeito de direitos.* São Paulo : RT, 1.º semestre de 1996, p. 180.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Polícia à Luz do Direito, in *A Polícia Civil e as garantias constitucionais de liberdade.* Coord. Bismael B. Moraes. São Paulo : RT, 1991, p. 17.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* 2. ed. Rio/São Paulo : Forense, 1965, Vol. I, p. 156-157.

MAZAGÃO, Mário. *Elementos de direito processual penal.* 2. ed. Rio/São Paulo : Forense, 1965, Vol. I, p. 154-155, *apud* José Frederico Marques.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo penal interpretado.* 5. ed. São Paulo : Atlas, 1997, p. 651.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* São Paulo : Atlas, 1997, v. 3, p. 250.

MORAES, Bismael B. Arquivos da Polícia Civil, in *Elementos de Inquérito Policial.* São Paulo, 1994, Vol. XLII, p. 11.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal.* Obra atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 1990, p. 22.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo Penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites.* 2. ed. São Paulo : RT, 1994, p. 58.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Mais de cento e vinte e seis anos de inquérito policial – perspectivas para o futuro, in *Revista da ADPESP (Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo)*, ano 19, n. 25. São Paulo, março de 1998, p. 17-18.

SILVA, José Afonso da. Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Seabra Fagundes, in *Perspectivas das Formas Polícia.* Org. Carmem Antunes Rocha. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 149.

TOURINHO Fº, Fernando da Costa. *Processo Penal.* 12. ed. São Paulo : Saraiva, 1990, v. 1, p. 188.

TUCCI, Rogério Lauria. Arquivos da Polícia Civil, in *Elementos de Inquérito Policial.* São Paulo, 1994, Vol. XLII, p. 11, *apud* Bismael B. Moraes.

ZACCARIOTTO, José Pedro. Ofício 560 – ATPC (Assessoria Técnica da Polícia Civil). São Paulo, 16.08.1998.

(25) ZACCARIOTTO, José Pedro. Ofício 560/ ATPC (Assessoria Técnica da Polícia Civil). São Paulo, 16.08.1998.

6. POLÍCIA E DIREITO

6.2

ENSAIO SOBRE UM PROJETO DE AVALIAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL[1]

CARLOS MAGNO NAZARETH CERQUEIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O que é o sistema de justiça criminal: 2.1 Apresentação; 2.2 Definição: o sistema de justiça criminal; 2.3 Os órgãos do sistema de justiça criminal; 2.3.1 A polícia; 2.3.2 O Ministério Público; 2.3.3 Os Juízes Criminais – 3. Medidas de avaliação do sistema de justiça criminal: 3.1 Avaliação do desempenho organizacional; 3.2 Indicadores de sucesso; 3.3 O sucesso do sistema de justiça criminal; 3.4 As fases e as atividades do sistema de justiça criminal; 3.4.1 Fase 1: Ocorrências criminosas (Ocr.); 3.4.2 Fase 2: Ocorrências criminosas conhecidas (Ocr.c); 3.4.3 Fase 3: Ocorrências criminosas atendidas (Ocr.at); 3.4.4 Fase 4: Ocorrências criminosas registradas (Ocr.r); 3.4.5 Fase 5: Ocorrências criminosas investigadas (Ocr.i); 3.4.6 Fase 6: Ocorrências criminosas esclarecidas (Ocr.e); 3.4.7 Fase 7: Processos criminais (Pr.); 3.4.8 Fase 8: Execução penal (Ep) – 4. Conclusões finais – Anexos.

1. Introdução

No momento em que se discute o controle externo das polícias brasileiras, há necessidade de se ampliar este debate para alcançar o conjunto total do sistema de justiça criminal. Entendo que não se pode falar em controle externo sem deixar de esclarecer o que se quer controlar e como controlar.

Neste artigo, pretendo discutir os processos de avaliação do sistema de justiça criminal a partir de um dos seus principais objetivos: a punição dos crimes. Ouve-se com freqüência dizer-se que a impunidade é a causa maior da criminalidade que atormenta as grandes cidades e é sempre enfocada, nestas ocasiões, a ação da polícia, tornando-se nas ruas a grande solução, pois é apontada para resolver os problemas da impunidade.

A experiência me tem feito verificar que pelo fato do sistema de justiça criminal não ser visto como um conjunto integrado, as reclamações sobre a impunidade têm gerado no interior desse sistema algumas tensões; elas são observadas nas diversas apreciações feitas pelos diferentes integrantes do sistema, tais como: "a polícia prende e a justiça solta; a justiça solta porque a polícia prende sem investigar". O fato que se constata é um quadro de mútuas acusações. A Polícia Militar reclama da Polícia Civil; essa reclama da outra polícia e dos promotores e esses reclamam dos policiais. Quem tem razão? Será que todos estão certos?

Parece-me que a resposta virá quando se tiver um conhecimento preciso de como o sistema funciona no controle e na repressão da criminalidade; como são articuladas as atividades de cada subsistema e como se processa essa coordenação.

Neste ensaio, estarei examinando os objetivos de cada órgão: Polícia Militar e Polícia Civil; Ministério Público e Varas

(1) Este artigo é um resumo da monografia apresentada no "Curso de Especialização em Políticas Públicas" da Escola de Políticas Públicas e de Governo, da UFRJ, ano de 1997.

Criminais. A partir do entendimento das missões e das tarefas executadas por esses órgãos, para possibilitar a punição dos crimes ocorridos, teremos condições de medir o desempenho organizacional. A proposta deste ensaio é a de um projeto de avaliação do conjunto do sistema de justiça criminal como um conjunto articulado e integrado e não como um conjunto de órgãos autônomos, separados e desconectados.

As avaliações populares e jornalísticas desse sistema são sempre assentadas em critérios subjetivos e completamente inadequados. Creio que isto decorra da falta de hábito da administração pública brasileira avaliar corretamente a eficácia das suas organizações, por falta de critérios precisos e adequados. É um objetivo deste estudo a definição desses critérios e indicadores do sucesso organizacional. Normalmente a eficiência, a eficácia e a efetividade são critérios escolhidos para a avaliação do sucesso organizacional. Neste artigo resolvi, para facilitar a exposição e fugir das dificuldades conceituais, não utilizar estes critérios; serão examinados os indicadores de sucesso organizacional sem ligações com a idéia de eficácia, eficiência ou efetividade.

Há vários aspectos para a análise do sistema de justiça criminal. Devido à sua complexidade, não estarei examinando todos eles, só os examinarei quanto ao aspecto repressivo e o papel das polícias, dos promotores e dos juízes criminais. Estarão fora da análise os defensores públicos, o sistema prisional, a legislação penal e o público.

É importante fazer a distinção das avaliações dos órgãos do sistema considerados isoladamente, das avaliações do sistema considerado em seu conjunto. Aqui estarei tratando da segunda forma, não obstante considerar ser importante que as polícias, o Ministério Público e a Justiça Criminal produzam relatórios específicos de suas atividades que são necessários para prestação de contas à sociedade dos serviços realizados. Ao lado desses, julgo imprescindível um relatório que contemple o resultado da avaliação do sistema de justiça criminal, como um todo, na sua atividade exclusiva de repressão criminal.

2. O que é o sistema de justiça criminal

2.1 Apresentação

Nesta parte do texto, pretendo discutir os aspectos conceituais e legais do sistema de justiça criminal. Discorrerei sobre o conceito, os objetivos e a estrutura organizacional do sistema de justiça criminal, delineando os caminhos para superação das dificuldades para a construção de um projeto de avaliação do sistema de justiça criminal.

2.2 Definição: o sistema de justiça criminal

Usarei como referência para construção da compreensão do sistema de justiça criminal o conceito de "sistema penal" proposto por Eugênio R. Zaffaroni. Ele define este sistema como "o controle social punitivo institucionalizado".[2] Usa o termo – controle social – na acepção usada pelos sociólogos, isto é, como sendo "qualquer influência exercida pela sociedade sobre o indivíduo".[3] Por punição entende a aplicação de sanções a determinadas condutas criminalizadas e por punições institucionalizadas entende as que ocorrem mediante formas ou procedimentos estabelecidos, mesmo que não sejam os estritamente legais. Quando emprega a expressão "punitivo institucionalizado", o autor

(2) ZAFFARONI, Eugenio R. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina.* Buenos Aires : Depalma, 1986, p. 7.

(3) Citando Don Martinale. La Sociedad Norte-Americana, Mexico, 1970, p. 299, Zaffaroni explica que a expressão "controle social" remonta a Edward Ross, desde que este publicou a primeira edição de seu livro sobre este tema.

quer deixar claro que nela se enquadram as "punições ilegais",[4] que muitas vezes são aplicadas por determinados setores do sistema penal.

Ele explica também a razão de usar a expressão penal, uma vez que se trata de "um sistema que se orienta para penalizar ou punir determinadas pessoas".[5] Chama atenção, também na importância de ressaltar, que na realidade o sistema penal não pune a todos aqueles que deveriam ser punidos, o que, na sua visão, caso ocorresse, implicaria na "penalização de toda a população".[6]

Não usa o conceito de "sistema de justiça criminal" adotado por Stuart S. Nagel,[7] diz ele, por entender que "reduziria a análise do discurso a um parâmetro jurídico que sempre depende de uma decisão do poder político que, na realidade, faz que importantíssimas e graves funções do sistema penal fiquem fora da justiça criminal".[8]

Adotarei a expressão "sistema de justiça criminal", apesar das ressalvas de Zaffaroni, já que os objetivos do nosso estudo estão voltados apenas aos seus aspectos organizacionais. Como o interesse deste ensaio é para refletir sobre os procedimentos de avaliação do sistema, torna-se necessário defini-lo, desvendando os seus objetivos, que servirão como referencial para o processo avaliatório.

Entendo ser *o sistema de justiça criminal um conjunto de órgãos do Estado que tem como objetivo a repressão criminal, isto é, a administração da aplicação da sanção penal.*

Sua matéria-prima de trabalho são as condutas criminalizadas, isto é, o crime. Conhecer tais condutas, descobrir os criminosos para puni-los será seu grande objetivo.

2.3 Os órgãos do sistema de justiça criminal

Embora Zaffaroni tenha suscitado as dificuldades para se entender o sistema penal na acepção orgânica, utilizarei nessa análise os critérios desenvolvidos pela concepção sistêmica das organizações.

É preciso esclarecer quais são os órgãos que compõem o referido sistema e quais são os seus objetivos. Serão esclarecidas quais as áreas que farão parte da análise e quais as que ficarão fora do exame desse estudo.

Os elementos que usualmente são definidos como integrantes do sistema são os seguintes:

- a legislação penal e processual penal;
- a organização policial;
- os órgãos dos tribunais de justiça;
- os órgãos encarregados do tratamento dos presos.

Zaffaroni[9] entende que não se pode excluir do sistema os legisladores e o público, pois, segundo ele, "os dois são protagonistas de primeira linha, já que os primeiros são os que dão a pauta de configuração, enquanto que o público tem a faculdade de pôr o sistema em movimento e, pelo menos teoricamente, controlá-lo". Concordo com esta apreciação, embora neste ensaio pretendo examinar somente os aspectos ligados à atuação da polícia, do Ministério Público e dos juízes criminais.

Parece ser suficiente o exame dos órgãos do sistema de justiça criminal para o desenvolvimento do proposto por este estudo. Ficaria bastante complexo e trabalhoso, fugindo um pouco dos objetivos

(4) ZAFFARONI, Eugenio R. Op. cit., p. 8.

(5) Idem.

(6) Idem.

(7) A expressão "sistema de justiça" criminal é usada por Stuart S. Nagel no seu livro, *Modeling the criminal Justice system.* Beverly Hills, 1997.

(8) ZAFFARONI, Eugenio R. Op. cit., p. 8.

(9) Idem, p. 9, Idem, p. 50.

deste trabalho, examinar-se todos os elementos do referido sistema.[10]

2.3.1 A polícia

No caso brasileiro (art. 144, CF), são os seguintes os órgãos encarregados pela segurança pública:

- polícia federal;
- polícia rodoviária federal;
- polícia ferroviária federal;
- polícias civis;
- e polícias militares.

No âmbito estadual, o que interessa ao presente ensaio, são as polícias estaduais, Civil e Militar. A Polícia Militar, força auxiliar do Exército, juntamente com a Polícia Civil, subordina-se ao Governador do Estado. Suas atribuições definidas pela Constituição Federal são as seguintes:

- às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (§ 4.º, art. 144, CF);
- às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares (§ 5.º, art. 144, CF).

No que interessa ao estudo (repressão criminal), é a polícia civil a mais importante. Ela é encarregada da investigação dos crimes e da realização do inquérito policial, peça burocrática que serve ao promotor para fazer a denúncia e iniciar a ação penal. É no distrito policial que a população faz as denúncias dos crimes; é nele que a Polícia Militar também comunica as ocorrências policiais decorrentes da sua atuação.

Apresentadas estas considerações, pode-se resumir as tarefas das polícias que serão apreciadas neste ensaio:

- tomar conhecimento dos crimes, atendendo e registrando as ocorrências criminosas;
- investigar os crimes, identificando os autores para que sejam presos e processados;
- preparar o inquérito policial e os autos de prisão em flagrante delito para apreciação do Ministério Público.

A polícia, por ser a entrada inicial do sistema de justiça criminal, acaba sendo a grande responsável pelo conhecimento oficial dos crimes.

2.3.2 O Ministério Público

Segundo a Constituição Federal, o Ministério Público "é a instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

No artigo 129 da referida Constituição são definidas as suas atribuições, que são as seguintes:

- VII – exercer o controle externo da atividade policial na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos de suas manifestações processuais.

Anotou-se somente as atribuições constitucionais que interessam à atividade de repressão criminal. É no Código de Processo Penal que se encontram as atribuições do promotor no tocante à sua participação na justiça criminal. Na fase policial, são as seguintes:

- apreciar o inquérito policial;
- oferecer a denúncia, expondo o fato criminoso, com todas as circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identifi-

(10) Ver gráfico n. 1. Está citado em COELHO, Edmundo Campos. *A criminalidade urbana violenta*. Rio de Janeiro. Set. 1987. (mimeo). Gráfico 17.

cá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas (art. 41, CPP);

- devolver o inquérito policial para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (art. 16, CPP);
- solicitar arquivamento do inquérito, por falta de base para a apresentação da denúncia (art. 18, CPP).

Na fase processual o promotor promoverá e fiscalizará a execução da lei e funcionará no papel de acusador (art. 257, CPP).

Podemos resumir as tarefas do promotor que serão apreciadas neste trabalho:

- receber os inquéritos;
- devolver para novas diligências aqueles que julgar não estarem suficientemente esclarecidos;
- denunciar os suspeitos indiciados;
- e solicitar arquivamento dos inquéritos.

2.3.3 Os Juízes Criminais

A Constituição Federal discorre sobre os órgãos do Poder Judiciário sem definir as atribuições da justiça criminal. Estabelece os princípios para os Estados organizarem a sua Justiça. Na Constituição do Estado do Rio de Janeiro (Cap. III), encontram-se, entre outros temas, as disposições gerais referentes ao Poder Judiciário e as competências dos tribunais.

No Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (Art. 93), estão estabelecidas as competências dos juízes de direito e interessa ao estudo a prescrição concernente aos atos de processar e julgar as ações penais.

É no Código de Processo Penal que estão contidas as prescrições dos juízes criminais que serão analisadas. Na fase policial, tais tarefas são as seguintes:

- aceitar a denúncia do promotor, nos crimes de ação pública;
- rejeitar a denúncia nos casos em que o fato narrado não constituir crime, já estiver extinta a punibilidade (art. 43, CPP), ou faltar condições para o exercício da ação penal;
- autorizar o arquivamento dos inquéritos;
- remeter ao Procurador Geral as solicitações de arquivamento de inquéritos que considerar improcedentes (art. 28, CPP).

Na fase processual, aceitando a denúncia do promotor, inicia-se a instrução criminal, sendo o responsável pela regularidade do processo e pela manutenção da ordem no curso dos respectivos atos (art. 251, CPP). Ao final da instrução criminal tem a responsabilidade de julgar o fato e se for caso aplicar a devida sanção penal.

3. Medidas de avaliação do sistema de justiça criminal

3.1 Avaliação do desempenho organizacional

Não é muito comum, na esfera da administração pública, projetos sistemáticos de avaliação de desempenho organizacional; a preocupação tem sido quase sempre com o desempenho individual, mesmo assim, quase sempre orientado para a progressão das carreiras e sempre desvinculado de qualquer preocupação com os objetivos organizacionais. No caso das organizações que constituem o sistema de justiça criminal, as avaliações de desempenho individual inexistem de forma sistemática.

O que se pretende agora é desenvolver algumas reflexões preliminares para a definição de um projeto de avaliação de desempenho da justiça criminal.

Uma primeira reflexão é que não se estará fazendo avaliação de organizações isoladamente, mas sim de um conjunto delas; estará se realizando uma análise interorganizacional, isto é, análise de um conjunto de diversas organizações, em uma relação de interdependência, orientadas por um objetivo comum que é o da repressão

penal. Concorrem para este objetivo as atividades das Polícias Civil e Militar; as do Ministério Público e as da Justiça Criminal. Cada uma dessas atividades com objetivos distintos gerando também produtos distintos.

Para realizar essa análise interorganizacional, utilizou-se a metodologia desenvolvida por Leo G. de Almeida[11] para gerenciar o que ele chama de processo de trabalho. Creio que o seu conceito de processo de trabalho pode adequar-se perfeitamente ao modelo interorganizacional que representa o sistema de justiça criminal. Conceitua o processo como: "o conjunto de recursos – humanos e materiais – dedicados às atividades necessárias à produção de um resultado final específico, *independentemente* de relacionamento hierárquico".[12]

O autor chama atenção para o grifo na palavra independentemente por estar propondo o exame de atividades que não precisam ocorrer dentro de uma cadeia hierárquica, isto é, subordinado a uma mesma chefia ou direção, ou a um mesmo departamento.

No caso do sistema, em exame, já se observou que se trata de um processo de trabalho mais complexo, envolvendo atividades de organizações diferentes, com autonomia e sem qualquer vinculação hierárquica entre elas. Essas atividades são seqüenciadas e interdependentes.

Uma outra reflexão, que reforça a primeira, é a de que o sistema de justiça criminal pode ser considerado um processo de trabalho seqüencial e articulado de atividades de organizações diferentes que têm produtos parciais que deverão estar orientados por um produto final. A operacionalização deste sistema tem uma racionalidade própria que é a "lógica do sistema".

Outra reflexão necessária é sobre essa racionalidade. É ela quem vai orientar os objetivos parciais das diferentes atividades que se desenvolverão nas diferentes fases e que constituirão o processo de trabalho ora em exame. Para que tal idéia fique mais clara, é necessário entender-se tal racionalidade e com isto determinar os objetivos parciais de cada subsistema.

Em cada fase do sistema o objetivo das atividades deverá ser o de propiciar as condições necessárias para a realização do objetivo maior do sistema que é a aplicação da sanção penal.

O processo de trabalho se inicia com o cometimento dos crimes. Caso eles ocorram, será preciso que:

- sejam inicialmente *conhecidos* pela polícia;
- conhecidos, sejam *atendidos* pela polícia;
- atendidos, sejam *registrados* pela polícia;
- registrados, sejam *investigados* pela polícia;
- investigados, sejam *esclarecidos* pela polícia;
- esclarecidos, sejam *denunciados* pelo ministério público;
- denunciados, sejam *julgados* pela justiça criminal.

A racionalidade está representada no gráfico das atividades do sistema de justiça criminal.[13] Esse gráfico serve também para a análise das diferentes atividades em uma configuração de processo de trabalho. Com essa *lógica,* poderemos descrever o fluxo das atividades do sistema. É o seguinte:

1. a Polícia Militar (PM) toma conhecimento dos crimes;

2. ela, também, dá o primeiro atendimento à ocorrência criminosa;

3. recebendo a ocorrência da PM, a Polícia Civil (PC) a registra;

(11) ALMEIDA, Leo G. *Gerência de processo.* Rio de Janeiro : Qualitymark, 1993.

(12) Idem, p. 30.

(13) O gráfico n. 2 foi elaborado aproveitando-se o modelo do gráfico do sistema de justiça criminal.

4. a PC dá início à investigação do crime;

5. a PC ainda termina a investigação esclarecendo o crime;

6. esclarecido o crime, o Ministério Público (MP) o denuncia;

7. denunciado o crime, ele é julgado pela Justiça Criminal (JC).

Aqui encerro o exame dessas reflexões preliminares. Todas elas abaixo enumeradas,

- natureza interorganizacional,
- processo de trabalho de organizações, diferentes com atividades seqüenciadas,
- lógica do sistema,

serviram para mostrar como o modelo de Leo G. de Almeida se ajusta ao sistema de justiça criminal e qual o impacto que provoca na avaliação do seu desempenho organizacional.

Para a análise do processo de trabalho da justiça criminal, organizamos o seu fluxo em diversas fases (ver gráfico anexo). Na análise delas estarei trabalhando com os seguintes elementos:

- o nome do processo e da atividade;
- setor responsável pela atividade;
- as equações que determinam a produtividade e a taxa de sucesso das fases;
- os objetivos: missões e metas das atividades;
- fatores críticos;
- clientes da atividade.

Com este modelo de análise, examino as atividades do sistema de justiça criminal para estabelecer as condições para a discussão de um projeto de avaliação de desempenho organizacional.

Na metodologia proposta por G. de Almeida,[14] aqui adaptada, esta análise é realizada por um colegiado integrado por representantes dos diversos setores, cujas atividades estarão sendo apreciadas. Eles discutem todos os aspectos relativos aos dados acima assinalados. No caso desse estudo, preferi, por razões impostas pela natureza didática, assumir a tarefa de organizar os dados da análise.

3.2 Indicadores de sucesso

Como já foi assinalado, utilizarei o modelo gráfico (anexo 2) para representar o fluxo das ocorrências criminosas no sistema social e no de justiça criminal; servirá também para explicar a racionalidade do referido sistema. Com base nele, estabeleci as diversas fases deste fluxo para analisar os diferentes aspectos do acontecimento criminal e as respectivas atividades do processo de trabalho da justiça criminal.

Analisaremos as seguintes fases:

- Fase 1: Ocorrências criminosas (Ocr.).
- Fase 2: Ocorrências criminosas conhecidas (Ocr.c).
- Fase 3: Ocorrências criminosas atendidas (Ocr.at).

Atividade do sistema: Atendimento de Ocorrências.

- Fase 4: Ocorrências criminosas registradas (Ocr.r).

Atividade do sistema: Registro de ocorrências.

- Fase 5: Ocorrências criminosas investigadas (Ocr.i).

Atividade do sistema: Realização do inquérito policial.

- Fase 6: Ocorrências criminosas esclarecidas (Ocr.e).

Atividade do sistema: Decisão do promotor.

- Fase 7: Processos criminais (Pr.).

Atividade do sistema: Julgamento dos crimes.

As fases 1 e 2 ficam fora do tratamento do sistema de justiça criminal; o sistema começa realmente a operar na fase 3, com a atuação da Polícia Militar (policiamento ostensivo), passando a Polícia Civil (po-

(14) ALMEIDA, Leo G. Op. cit., p. 46.

lícia judiciária) nas fases seguintes (4 e 5), seguindo para o Ministério Público (fase 6) e terminando com a Justiça Criminal (fase 7).

Examinaremos cada fase tentando verificar as possibilidades da determinação dos seus indicadores de sucesso.

3.3 O sucesso do sistema de justiça criminal

Sabe-se que a satisfação de uma necessidade da sociedade é condição para o sucesso de uma organização. No caso da justiça criminal, considerada como um serviço público, é correto partirmos da idéia de que ela existe para atender a uma necessidade da sociedade: a segurança. Não é errado se concluir que o produto da justiça criminal satisfaz a uma necessidade social.

Partindo-se da definição do sistema de justiça criminal proposta neste estudo (ver fls. 268), tem-se como um de seus objetivos a repressão criminal. Conseqüência legítima dessa repressão é a aplicação da sanção penal aos que infringem a legislação penal, isto é, aos criminosos.

O interesse aqui será avaliar o aspecto repressivo do sistema, razão por que se trabalhará privilegiando a idéia de que o produto do sistema de justiça criminal é a punição dos criminosos. Colocada esta afirmativa, podemos estabelecer a sanção condenatória como o produto principal do referido sistema.

A produtividade do sistema será medida pela quantidade das sanções condenatórias aplicadas pela justiça criminal. Não basta ter a quantidade de sanções penais para termos uma boa indicação da produtividade do sistema; é preciso construir uma taxa que relacione a quantidade de sanções penais com a quantidade dos crimes ocorridos.

Se a necessidade de segurança da sociedade é alcançada com a punição dos criminosos, a sanção condenatória (Sc) será o produto que interessará para a medida do sucesso do sistema de justiça criminal. Esta medida nos dirá de que maneira os crimes ocorridos (Ocorrências criminosas – Ocr.) estão sendo punidos. A equação será: *Sc/Ocr.*

Essa equação indicará a taxa de sucesso do sistema de justiça criminal tomado em seu conjunto. Utilizando-se a *lógica do sistema,* o sistema ideal seria aquele que punisse todos os crimes cometidos, isto é, se são cometidos mil crimes, todos eles deveriam ser conhecidos, atendidos, registrados, investigados, esclarecidos, denunciados, julgados e sentenciados. Se isso fosse possível, a taxa de sucesso do sistema seria 1 e significaria que todos os mil crimes cometidos poderiam ser penalizados.

O valor 1 seria então o resultado que significaria o maior nível de sucesso do sistema; logo, quanto menos afastado do valor 1, menos punição estaria sendo aplicada pelo sistema. Vê-se que é impossível a punição de todos os crimes ocorridos; haverá sempre uma margem de criminalidade desconhecida pelo sistema e, portanto, fora da ação da repressão criminal.

Na análise das atividades do sistema para a identificação dos indicadores estar-se-á trabalhando com o aspecto repressivo do sistema; serão estabelecidas de pronto para cada fase três equações:

- Equação 1 – medida da produtividade da fase; indicará a quantidade dos seus produtos ou resultados.
- Equação 2 – medida do nível de sucesso da atividade da fase considerada; é a medida de sucesso do produto parcial, ou seja, a determinação numérica de como se está atingindo o objetivo parcial estabelecido pela *lógica do sistema.*
- Equação 3 – medida da contribuição da atividade (produto parcial) da fase para o alcance do objetivo final do sistema – a sanção condenatória.

Essas três equações servirão para definir os níveis de sucesso dos diferentes subsistemas enquanto operando articuladamente

(sistema) para a realização do objetivo final da justiça criminal.

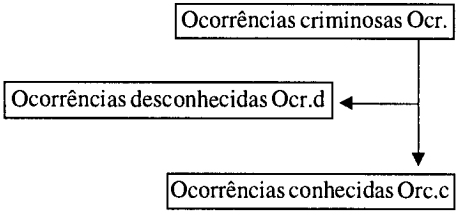
Visto que se está examinando um sistema que opera com organizações independentes, será necessário analisar-se o sucesso das atividades de cada subsistema isoladamente. Essas medidas serão orientadas pelas missões e metas definidas para cada atividade e pelos seus fatores críticos. A *lógica do sistema* estará presidindo sempre o processo de avaliação do sistema de justiça criminal.

Com essas observações, pretendo encaminhar a análise dos indicadores de sucesso do referido sistema.

3.4 As fases e as atividades do sistema de justiça criminal

3.4.1 Fase 1: Ocorrências criminosas (Orc)

GRÁFICO DA FASE 1



Esta fase analisa as ocorrências que são produzidas pelos criminosos reincidentes e primários. São chamadas de ocorrências criminosas todas infrações penais ocorridas em uma determinada comunidade.

Apesar de todas as ocorrências criminosas serem conhecidas pela sociedade, sabe-se que nem todas elas são conhecidas pelo sistema de justiça criminal.

Adota-se a classificação das ocorrências criminosas (Ocr.) em ocorrências criminosas desconhecidas (Ocr.d) e conhecidas (Ocr.c), podendo-se estabelecer a primeira equação dessa fase:

Equação 1 – Ocr = Ocr.c + Ocr.d

Esta equação determinará a extensão numérica da totalidade dos crimes ocorridos.

Do ponto de vista da racionalidade do sistema, pode-se dizer que o objetivo pretendido desta fase é o *de que todas as ocorrências criminosas sejam conhecidas pelo sistema de justiça criminal.* Pode-se estabelecer a segunda equação desta fase:

Equação 2 – Ocr.c/Ocr

Esta equação determinará o sucesso desta fase no aspecto relativo ao alcance do objetivo de se conhecer o maior número de crimes.

Do ponto de vista do objetivo do sistema de justiça criminal – *a repressão criminal* –, pode-se estabelecer a terceira equação desta fase:

Equação 3 – Sc/Ocr.

Esta equação determinará o sucesso do aspecto repressivo do sistema, ou seja, a taxa de sanções condenatórias (Sc).

Percebe-se a dificuldade de se conhecer com exatidão os resultados das equações desta fase pelo fato de não se poder estimar as Ocr.d, e com isso desconhece-se o número real dos crimes ocorridos (Ocr.). Pode-se dizer que as Ocr.d constituem parte da chamada *cifra oculta da criminalidade.*

Lola Aniyar de Castro[15] ao falar dos "fantasmas da criminologia tradicional" aponta esta cifra como um deles. Ela distingue a *criminalidade legal, aparente e real.* Define a *legal como sendo a registrada nas estatísticas oficiais; a aparente como sendo a que é conhecida pelo sistema de justiça criminal, ainda que não apareça registrada; e real como sendo a quantidade dos crimes verdadeiramente cometida em determinado momento.* Para a autora, a *cifra oculta da criminalidade* seria a diferença entre a criminalidade real e a aparente.

(15) ANIYAR de Castro, Lolita. *Criminologia de reação social.* Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 67-68.

Não é difícil perceber que, no esquema gráfico deste estudo, a criminalidade real será Ocr., a aparente será Ocr.c e a legal serão as ocorrências registradas (Ocr.r), analisadas na fase 4.

Lopez-Rey,[16] ao estudar a extensão numérica dos crimes, classifica-os de forma diferente da autora acima; ele classifica de *crime oculto ou desconhecido, crime descoberto mas não denunciado e crime descoberto e denunciado.* Considera impossível conhecermos a extensão total dos crimes (a criminalidade real). Esta é a principal razão de não ter sido possível se determinar as equações dessa fase.

Fala da dificuldade em se conhecer a extensão numérica dos crimes desconhecidos; diz que esta extensão tem sido estimada por diferentes métodos complicados que acabam sendo aproximações grosseiras que não garantem a sua exatidão. O certo é que o seu número é bastante considerável. Pesquisas de vitimização e de auto-denúncias têm sido realizadas em alguns países visando obter-se por aproximação dados sobre os índices da criminalidade desconhecida e alguns outros aspectos a respeito do seu desconhecimento. É certo, que embora tais crimes não sejam processados pelo sistema de justiça criminal, eles são percebidos pela população, eles são reais, provocam vítimas, provocam danos, provocam soluções informais; Lopez-Rey afirma que se deva fazer esforços para a redução desses crimes; para que isto possa ser concretizado, é preciso conhecermos os motivos que determinam tal desconhecimento.

É bom conhecermos os motivos que são apontados pelas pesquisas:

- não adianta ir à polícia;
- não causar problemas ao transgressor;
- não querer perder tempo;
- não saber o que dizer e ter medo de represálias;
- não compreender que um crime foi cometido;
- estar envolvido ativamente em crimes;
- só ser conhecido pelo criminoso que não relatou.

É necessário enfatizar que essas razões de cunho pessoal, segundo Lopez-Rey, dão a impressão de que a denúncia de um crime dependerá muito dessas condições pessoais, pois o ato de denunciar ou testemunhar um crime é uma ação individual.

Cabe aqui ressaltar a importância para o sistema de justiça criminal da participação da sociedade. Ela é quem pode fornecer as informações sobre os crimes e os criminosos, promovendo a ação da polícia. Esta é a razão, a meu juízo, de Zaffaroni (ver fls. 268) considerar o público parte integrante do referido sistema.

Lopez-Rey, além de destacar os aspectos individuais, afirma que existem outras razões ligadas à própria ineficiência do sistema de justiça criminal que devem ser consideradas. Fala também de outras situações ligadas a atitudes coletivas, condições precárias de vida, materialismo generalizado, atitudes de indiferença e outros que podem ser objeto de estudo para a definição precisa de medidas de redução dessas taxas. Fica a sugestão da conveniência de se buscar formas de diminuir a taxa de crimes desconhecidos trabalhando-se tanto nas suas causas pessoais quanto nas outras causas determinadas pela natureza do fenômeno criminal ou pela natureza do desempenho organizacional.

É importante o exame dessa fase pelo fato dela propiciar o exame da cifra oculta da criminalidade, podendo-se com isto assinalar uma característica importante da justiça criminal, que é a sua limitação para reprimir os crimes que ocorram na sociedade.

Síntese da fase 1

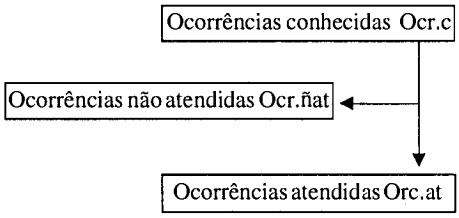
A primeira fase (Ocr.) tem início com o fato criminoso, que pode ser ou não conhecido pelo sistema de justiça criminal.

(16) LOPEZ, Rey Manuel. *Crime, um estudo analítico.* Rio de Janeiro : Artenova, 1973, p. 10./85.

Entendi ser importante verificar esta fase com a finalidade de poder esclarecer os aspectos referentes à criminalidade desconhecida (Ocr.d) e as suas repercussões no âmbito do sistema social e da justiça criminal. Uma conseqüência importante é o de gerar na sociedade a sensação de impunidade e a outra a de marcar a limitação da capacidade de repressão do sistema de justiça criminal. Na questão que interessa ao presente estudo me parece importante ressaltar a impossibilidade do sistema de alcançar todos os crimes cometidos. As medidas de eficácia da fase não podem ser obtidas.

3.4.2 Fase 2: Ocorrências criminosas conhecidas (Ocr.c)

GRÁFICO DA FASE 2



Esta fase analisa as ocorrências criminosas que são conhecidas pela sociedade ou mesmo pelo sistema de justiça criminal (Ocr.c). Mesmo sendo conhecidas, nem todas elas são atendidas pela polícia. É a criminalidade aparente de Lola de Castro.

Adota-se a classificação das ocorrências criminosas conhecidas (Ocr.c) em ocorrências criminosas atendidas (Ocr.at) e ocorrências criminosas conhecidas, mas não atendidas (Ocr.ñat), podendo-se estabelecer a primeira equação desta fase 2:

Equação 1 – Ocr.c = Ocr.at + Ocr.ñat

Há dificuldade para se estimar os crimes que não são atendidos (Ocr.ñat) pela polícia nesta fase; eles fazem parte da *cifra oculta da criminalidade,* ficando difícil, por isso, estimar-se a extensão numérica das Ocr.c.

Do ponto de vista da racionalidade do sistema, pode-se dizer que o objetivo pretendido desta fase *é o do atendimento pelo sistema de justiça criminal da totalidade dos crimes conhecidos.* Pode-se estabelecer a segunda equação desta fase:

Equação 2 – Ocr.at/Ocr.c

Esta equação determinaria o sucesso desta fase para o atendimento do maior número de crimes conhecidos.

Do ponto de vista do objetivo do sistema de justiça criminal – *a repressão criminal* –, pode-se estabelecer a terceira equação desta fase:

Equação 3 – Sc/Ocr.c

Esta equação determinaria a eficácia do aspecto repressivo desta fase, ou seja, o percentual de Ocr.c condenadas pela justiça.

Existe também nesta fase dificuldade para se conhecer os resultados das equações devido a não se poder determinar com exatidão o valor de Ocr.c.

A dificuldade para a precisa determinação dessas equações é pelo fato de se estar operando na área da *cifra oculta da criminalidade.* As Ocr.ñat fazem parte dessa cifra.

Nesta fase também não estará sendo examinada nenhuma atividade do sistema de justiça criminal. Iniciamos na fase seguinte o exame do processo de trabalho da justiça criminal.

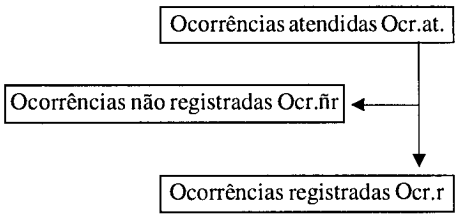
Síntese da fase 2

A segunda fase (Ocr.c) analisa o fato criminoso que é conhecido. Não se estabeleceu, da mesma forma que para primeira fase, nenhuma atividade do sistema. Aqui ocorrem fatos criminosos que não percorrem todo o fluxo do sistema (Ocr.ñat). Parece ser uma situação de impunidade mais grave pelo fato de contar com a cumplicidade do próprio sistema. As medidas de sucesso da fase não podem ser obtidas.

Uma observação que faço de imediato é sobre a necessidade de se considerar no estudo da avaliação do sistema de justiça criminal o papel da impunidade gerado pela existência da criminalidade desconhecida ou não denunciada.

3.4.3 Fase 3: Ocorrências criminosas atendidas (Ocr.at)

GRÁFICO DA FASE 3



3.4.3.1 Processo de trabalho

Nome do processo: Justiça Criminal.

Atividade: Atendimento de ocorrências criminosas.

Setor responsável: Polícia Militar e Polícia Civil.

Objetivos

Missão: Atendimento inicial das solicitações do público, prestando o auxílio ou o socorro aos solicitantes, tomando as iniciais providências para o esclarecimento dos crimes. Efetuar, quando for o caso, prisões e apreensões.

Meta: Atender com qualidade a totalidade das ocorrências criminosas.

Fatores críticos:

- não noticiar o crime à polícia;
- demora no acionamento da polícia;
- não atendimento da chamada telefônica;
- deslocamento tardio para o local solicitado;
- não atendimento da ocorrência criminal;
- má preservação do local de crime;
- inadequada investigação preliminar (não identifica ou ouve as testemunhas iniciais);
- demora ou ausência da perícia;
- interdições demoradas de locais de crimes;
- demora no atendimento das ocorrências na delegacia policial;
- ocorrências não registradas.

Clientes: São os que solicitam o apoio policial, isto é, o público em geral, as vítimas, os agressores, as testemunhas, outros circunstantes que souberam do fato criminoso e os policias.

Os indicadores

Esta fase analisa as ocorrências criminosas que são conhecidas e atendidas pela polícia; são as ocorrências que entram oficialmente no sistema. Aqui começa a operar efetivamente o sistema de justiça criminal com a atividade denominada (neste ensaio) de *atendimento de ocorrências criminosas.* Esta atividade é exercida preferencialmente pelo setor da polícia responsável, pelo policiamento ostensivo: a Polícia Militar.

O atendimento inicial da ocorrência, pelo policiamento ostensivo, não assegura o seu devido registro pela polícia judiciária. São as ocorrências não registradas(Ocr.ñr). Elas fazem parte da já *vista cifra da criminalidade.*

Adota-se a classificação das ocorrências desta fase em ocorrências criminosas atendidas e registradas (Ocr.r) e ocorrências criminosas atendidas e não registradas (Ocr.ñr). Para se determinar a totalidade das Ocr.at, pode-se estabelecer a seguinte equação:

Equação 1 – Ocr.at = Ocr.r + Ocr.ñr

Dificilmente obtém-se o valor exato de Ocr.ñr, ficando por tal inviabilizada a resolução desta equação.

Do ponto de vista da racionalidade do sistema, pode-se dizer que o objetivo pretendido desta fase é o de que *todas as ocorrências atendidas (Ocr.at) pelo policiamento ostensivo sejam registradas(Ocr.r)*

pela polícia judiciária. Com isso se pode estabelecer a segunda equação desta fase:

Equação 2 – Ocr.r/Ocr.at

Esta equação determina o sucesso desta fase no que se refere ao registro de ocorrências. Ela não pode ser resolvida, visto que depende do valor de Ocr.at, também não resolvido pela primeira equação.

Do ponto de vista do objetivo do sistema de justiça criminal – *a repressão criminal* –, pode-se estabelecer a terceira equação desta fase:

Equação 3 – Sc/Ocr.at

Esta equação determina a eficácia desta fase relativa ao sentenciamento das Ocr.at. Como a extensão numérica dessa ocorrência não pode ser conhecida, fica também sem resolução a terceira equação desta fase. A dificuldade na resolução dessas equações é pelo fato de se estar, ainda, operando na área da *cifra oculta da criminalidade* (Ocr.ñr).

Aqui nesta fase inicia-se o exame do processo de trabalho do sistema de justiça criminal.

Síntese da fase 3

Na terceira fase (Ocr.at) começa a ser analisada a primeira atividade do sistema, executada pelo policiamento ostensivo, denominada de atendimento de ocorrências criminosas. Aqui surge um outro aspecto da cifra oculta da criminalidade, que são as ocorrências não registradas (Ocr.ñr). É um indicador crítico de insucesso organizacional.

O fato de existir duas polícias acaba trazendo outros complicadores que precisam ser esclarecidos. Quando a ocorrência criminosa for atendida pela PM, ela pode não ser registrada em duas situações:

1. O policial militar não leva a ocorrência para a delegacia da polícia civil.

2. A ocorrência é entregue mas não é registrada.

No primeiro caso é difícil quantificar-se as Ocr.ñr; no segundo é possível através da comparação dos registros da PM com os da PC. Este esclarecimento se faz necessário para se determinar os casos que serão incluídos na cifra oculta. Percebe-se que as ocorrências na primeira situação ficarão excluídas da possibilidade de conhecimento. Por este fato não se poderá medir as equações desta fase.

O principal produto desta atividade é o atendimento das ocorrências e o objetivo da fase, que vai determinar os seus indicadores, é que essas ocorrências sejam registradas pela polícia judiciária. A necessidade imposta pela lógica do sistema, em que o crime deve ser atendido, vai ter a sua garantia com o devido registro.

A necessidade dos atendimentos serem feitos com qualidade vai conduzir o debate para a questão da eficiência. As maiores reclamações dos policiais civis – principais usuários dessa atividade – é sobre a má qualidade dos atendimentos feitos pelo policiamento ostensivo, particularmente nos aspectos da investigação preliminar. Creio ser necessário abordar o equacionamento desse problema pelos seus dois aspectos principais, quais sejam, o do treinamento o do controle. O primeiro procurando melhorar o desempenho individual com uma melhor capacitação profissional e o segundo procurando avaliar este desempenho de maneira sistemática.

As reclamações da população quase sempre são referidas ao atendimento direto, seja com relação ao tratamento dispensado às vítimas e às testemunhas, seja com relação aos criminosos. Esta questão vai necessitar de uma abordagem mais aprofundada sobre a tecnologia operacional adotada pela organização policial; as discussões são complexas e não fazem parte do escopo desse trabalho, mas devem ser apresentadas para serem observadas pelos processos avaliativos. As discussões hoje centram-se entre duas posições:

- uma na exclusividade do policiamento envolver-se com o crime e o criminoso;

o enfrentamento ou o combate no velho estilo militar acaba sendo o modelo adotado;

- outra posição centrada na idéia do policiamento ter outras preocupações além do combate ao criminoso, tais como: proteção dos cidadãos, qualidade de vida do bairro, redução do medo do crime e melhorias das relações comunitárias.

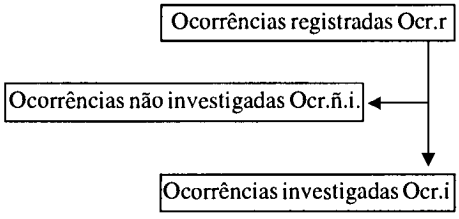
A excelência do atendimento direto deverá ficar subordinado ao modelo adotado pela polícia e aos custos sociais dessas operações, estes vistos através das mortes e ferimentos em policiais, nas vítimas ou em terceiros ou nos próprios criminosos. O treinamento e o controle dependerão da filosofia operacional adotada.

É preciso ressaltar que este estudo, embora interessado somente nos indicadores do sucesso organizacional do sistema completo, não pode desconsiderar alguns aspectos pertinentes ao subsistema operacional, ora em exame.

No caso do sistema de justiça criminal, o que interessa dessa atividade é o nível da sua produtividade e da sua eficácia no campo do atendimento das ocorrências criminosas.

3.4.4 Fase 4: Ocorrências criminosas registradas (Ocr.r)

GRÁFICO DA FASE 4



3.4.4.1 Processo de trabalho

Nome do processo: Justiça Criminal.

Atividade: Registro de ocorrências criminosas.

Setor responsável: Polícia Civil (Delegacias policiais).

Objetivos

Missão: Registro das ocorrências criminosas para iniciar o procedimento de investigação criminal.

Meta: 100% de adequados e corretos registros de ocorrências.

Fatores críticos:

- não registro das ocorrências;
- mau atendimento das partes;
- demora no atendimento;
- registros inadequados e parciais;
- documentação incorreta e não adequada aos fatos relativos às apreensões e às prisões.

Clientes: Os investigadores da polícia judiciária, os patrulheiros, os advogados e o público em geral.

Os indicadores

Esta fase analisa as ocorrências criminosas que são registradas pela polícia judiciária. Aqui as ocorrências atendidas pelo policiamento ostensivo são recepcionadas pela Polícia Civil, nas delegacias distritais, transformando-se em "papéis" – registros de ocorrências. Nem todas as ocorrências registradas acabam sendo devidamente investigadas e transformadas em inquéritos policiais(IP). Algumas acabam não sendo investigadas.

Adota-se a seguinte classificação das Ocr.r: ocorrências registradas que se transformam em ocorrências investigadas (Ocr.i) e as ocorrências registradas não investigadas (Ocr.ñi). A totalidade de Ocr.r pode ser determinada pela seguinte equação:

Equação 1 – Ocr.r = Ocr.i + Ocr.ñi

Conhecidos os valores dos termos da equação, pode-se determinar a extensão numérica das ocorrências registradas pela polícia judiciária.

Do ponto de vista da racionalidade do sistema, pode-se dizer que o objetivo pretendido pelo sistema *é o de que a totalidade das ocorrências registradas seja in-*

vestigada através dos inquéritos policiais. Pode-se estabelecer a seguinte equação:

Equação 2 – IP/Ocr.r

Esta equação determina o sucesso desta fase no aspecto relacionado às investigações criminais realizadas através dos IP.

Do ponto de vista do objetivo do sistema de justiça criminal – *a repressão criminal* –, pode-se estabelecer a terceira equação desta fase:

Equação 3 – Sc/Ocr.r

Esta equação determina o percentual dos crimes registrados que estão sendo punidos pelo sistema de justiça criminal.

Diferentemente das fases anteriores, nesta fase as equações podem ser resolvidas porque o sistema está operando fora da área da *cifra oculta da criminalidade.*

Visto isso, pode se afirmar que as Ocr.r constituem a base real da produtividade do sistema; ela é o verdadeiro *input* do sistema de justiça criminal. Isto será discutido a seguir quando será examinada com mais detalhes a atividade de *registro de ocorrências criminosas.*

Síntese da fase 4

A quarta fase opera com a parte da lógica do sistema que exige que os crimes registrados sejam investigados; a atividade examinada é a do registro das ocorrências criminosas; o subsistema é a Polícia Civil. O indicador crítico do insucesso organizacional é a ocorrência criminosa não investigada (Ocr.ñi). O nível de produtividade da fase é determinada pela quantidade das ocorrências registradas (Ocr.r). O nível de sucesso é determinado pela quantidade de Ocr.r que são investigadas através do IP. São estas medidas que interessam para a avaliação do sucesso do sistema. Todas elas podem ser obtidas porque todas elas são conhecidas e registradas.

Assinalo como dado para determinação da qualidade desta atividade a necessidade dos registros serem corretos e adequados de forma a não dificultar o trabalho investigatório. Treinamento e controle sistemático continuam sendo a receita para a melhoria do desempenho individual. É certo que há muitas causas que determinam a não instauração dos IP e que não são devidos a falta de treinamento. É preciso conhecê-las e acredito que um bom sistema de controle pode conseguir fazê-lo; esta é uma atividade crítica para o sistema.

Parece-me importante assinalar alguns aspectos referentes à situação especial da experiência brasileira que tem duas polícias operando na mesma jurisdição; uma fardada, que fez o policiamento ostensivo, e outra em trajes civis, que realiza a tarefa de investigação criminal. A experiência internacional não consagra o modelo brasileiro; normalmente as funções de patrulhamento e de investigação são exercidas por uma polícia; não são atividades repartidas. Pude observar na França, em Portugal e na Itália, países onde existem várias polícias, que essas funções não são repartidas entre elas; as polícias que executam a tarefa policial de manutenção da ordem e de repressão da atividade criminal geral executam as duas funções: patrulhamento e investigação. Há situações especiais de atuação só na área da polícia judiciária para a investigação da criminalidade mais sofisticada e organizada ou para crimes específicos. Nesses países, cabem ao segmento fardado as tarefas de atendimento dos crimes nas ruas e do registro dos crimes nas delegacias distritais; ao setor dos detetives, a investigação criminal.

Esta separação de funções, no caso brasileiro, tem propiciado uma série de problemas decorrentes da dificuldade de articulação entre os que fazem patrulhamento e os que investigam. Se essa questão já é problemática, quando se trata da mesma organização, se complica mais quando as organizações são diferentes, como no caso brasileiro. A solução adotada pelo Brasil – com as secretarias de segurança – parece-me que não conseguiu evitar o problema, pois,

além de não propiciarem a coordenação desejada do patrulhamento e da investigação, criam estruturas de controle e de execução que acabam gerando superposições absurdas que ajudam a desfigurar o desenho organizacional das polícias.

Uma outra observação a respeito das ocorrências registradas é que elas são a base para a construção das estatísticas oficiais da criminalidade conhecida e para o desempenho da atividade da polícia judiciária. Pode-se afirmar que as Ocr.r são o verdadeiro *input* do sistema de justiça criminal e o *output* do subsistema policial, pois o *input* serve para referenciar a taxa de sucesso do referido sistema e o *output* como indicador da produtividade da polícia.

É necessário distinguir-se duas situações causadas por essa observação: uma são os registros estatísticos descrevendo a realidade criminal; outra são eles descrevendo a atividade da polícia judiciária. O não entendimento dessas duas situações tem gerado uma serie de leituras equivocadas das estatísticas policiais. O comentário de Lola A. de Castro[17] pode esclarecer o que estou expondo quando afirma que a cifra oculta da criminalidade enfraqueceu o papel das estatísticas como fonte precisa de interpretação do fenômeno criminal; diz mais: "uma multiplicação de delitos nas estatísticas pode significar somente uma multiplicação de esforços por parte da polícia e maior eficiência dos tribunais e não que a delinqüência tenha aumentado". Isto quer dizer que não se pode considerar o aumento da quantidade dos crimes registrados como aumento da criminalidade e fracasso da polícia, muito pelo contrário, pode representar aumento da produtividade policial.

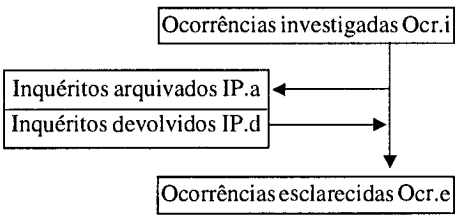
Os equívocos são tão freqüentes que transcrevo outra observação. Garcia-Pablos de Molina[18] afirma que as flutuações no registro dos crimes podem derivar "de uma maior efetividade do sistema ou de uma mais elevada taxa de comunicação (do mesmo modo que um descenso nas taxas oficiais de criminalidade não implica, sem mais, na correlativa diminuição da criminalidade real ou no êxito do sistema legal: pode – e costuma suceder – que a criminalidade aumente significativamente e, frente ao fracasso do sistema legal, o cidadão não comunique o delito)".

É importante repetir que as Ocr.r são fonte para a elaboração das estatísticas oficiais da criminalidade e das estatísticas da produtividade policial. É preciso ter presente tal diferenciação para se evitar o costumeiro engano de avaliar o esforço policial pela leitura das estatísticas da criminalidade.

No caso da avaliação do sistema de justiça criminal interessa saber a quantidade das Ocr.r que são investigadas e a proporção delas que são sancionadas com condenação. Esta medida (Sc/Ocr.r) é considerada neste estudo como sendo o indicador de sucesso do sistema de justiça criminal. Ele indicaria o nível de excelência do sistema, a quantidade das Ocr.r que teriam percorrido todo o fluxo do processo de trabalho do sistema de justiça criminal.

3.4.5 Fase 5: Ocorrências criminosas investigadas (Ocr.i)

GRÁFICO DA FASE 5



3.4.5.1 Processo de trabalho

Nome do Processo: Justiça Criminal.

Atividade: Realização do Inquérito Policial.

Setor Responsável: Polícia Civil.

(17) ANIYAR DE CASTRO, Lola, op. cit., p. 66.

(18) MOLINA, Antonio Garcia Pablos de. Op. cit., p. 78.

Objetivos

Missão: Elucidar os crimes que foram cometidos, determinando objetivamente cada um deles, como, onde e quando ocorreram, quem o cometeu, as razões do cometimento e as suas circunstâncias; recuperar bens roubados.

Meta: 100% de esclarecimento de crimes.

Fatores Críticos:

- crimes não investigados;
- altas taxas de crimes não esclarecidos;
- inquéritos policiais parciais e incorretos;
- altas taxas de arquivamentos de inquéritos;
- altas taxas de devoluções de inquéritos.

Clientes: promotores e advogados dos réus e das vítimas e policiais civis.

Os indicadores

Esta fase examina a produção investigatória da polícia através dos inquéritos: policiais (IP). A atividade desta fase neste estudo é denominada de *realização do inquérito policial* e é exercida pela Polícia Civil (polícia judiciária).

O IP é o documento formal da investigação criminal. Através dele o ministério público promove a ação penal com a denúncia. Os inquéritos denunciados serão considerados, neste estudo, como sendo as investigações esclarecidas. Quando não há crime a denunciar, o Ministério Público pode solicitar o arquivamento dos inquéritos; quando os promotores precisam de mais esclarecimentos para promover a denúncia, devolvem os inquéritos à polícia para que ela proceda a novas diligências investigativas para o seu esclarecimento.

Adota-se a seguinte classificação dos inquéritos policiais(IP): inquéritos policiais denunciados(IP.D); inquéritos policiais arquivados (IP.a) e inquéritos policiais devolvidos(IP.d). Pode-se estabelecer a primeira equação desta fase:

Equação 1 – IP = IP.D + IP.a + IP.d

Esta equação determina a extensão numérica dos inquéritos policiais instaurados pela polícia judiciária para investigação dos crimes.

Do ponto de vista da racionalidade do sistema, pode-se estabelecer como objetivo desta fase o seguinte: *que todos os crimes investigados pela polícia judiciária sejam esclarecidos, isto é, denunciados pelos promotores.* Pode-se apresentar a segunda equação desta fase:

Equação 2 – IP.D/IP

Esta equação determina o sucesso desta fase no aspecto relacionado ao esclarecimento dos crimes.

Pode-se pensar em uma outra equação que venha determinar a eficácia do sistema no atendimento de seu objetivo maior que é a *repressão criminal.* É a terceira equação desta fase:

Equação 3 – Sc/IP

Esta equação determina o percentual dos IP que tiveram sanção condenatória.

Síntese da fase 5

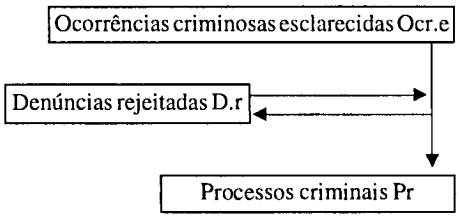
A quinta fase denominada de ocorrências criminosas investigadas (Ocr.i) opera com a polícia civil realizando o inquérito policial (IP). O que se espera é que todas as investigações sejam esclarecidas. O nível de produtividade é determinado pela quantidade de instauração dos IP e a eficácia pela quantidade de IP esclarecidos. São indicadores críticos de insucesso as taxas de arquivamento e devolução dos IP.

Outra situação, bastante problemática, segundo a minha visão, é o modelo processual brasileiro do duplo procedimento. Faz-se um procedimento na polícia – o IP – semelhante ao que a seguir será feito na justiça – a instrução criminal. O procedimento policial copia quase todo o ritual burocrático da justiça, complicando desnecessariamente a investigação criminal. Tive ocasião de verificar na França e também na

literatura policial norte-americana a simplicidade desses procedimentos. Tenho a convicção de que o modelo do IP e a forma pela qual ele é adotado são completamente desatualizados, desnecessários e, pior do que isso, impeditivos do melhor aproveitamento da investigação policial. Pode-se acrescer a toda essa argumentação um outro dado, que é o fato de serem repetidos na instância judicial todos os procedimentos feitos na fase policial.[19] Isso atenta contra todos os parâmetros de racionalidade e de modernização administrativa.

3.4.6 Fase 6: Ocorrências criminosas esclarecidas (Ocr.e)

GRÁFICO DA FASE 6



3.4.6.1 Processo de trabalho

Nome do processo: Justiça Criminal.

Atividade: Denúncia dos promotores.

Setor Responsável: Ministério Público.

Objetivos

Missão: Fiscalizar a realização do inquérito policial e apresentar a denúncia que vai iniciar a ação penal.

Meta: 100% de ocorrências investigadas.

Fatores críticos

- inquéritos arquivados;
- inquéritos devolvidos;
- demora na decisão do promotor.

Clientes: juízes criminais, advogados do réu e das vítimas.

(19) A repetição dos atos do procedimento na instância judicial se submete ao filtro do contraditório e da ampla defesa.

Os indicadores

Esta fase – Ocorrências criminosas esclarecidas(Ocr.e) – é promovida pela denúncia do promotor; é preciso ser aceita pelos juízes criminais para se poder então iniciar o chamado processo penal. A atividade desta fase aqui denominada de *denúncia do promotor* determina a passagem do subsistema policial para o do Ministério Público.

As denúncias podem ser aceitas ou rejeitadas pelos juízes criminais razão de se adotar a seguinte classificação: denúncias aceitas (D.a) e denúncias rejeitadas(D.r). Pode-se estabelecer a seguinte equação:

Equação 1 – Ocr.e = D.a + D.r

Esta equação determina a extensão numérica dos inquéritos denunciados (Ocr.e) pelos promotores criminais.

Do ponto de vista da racionalidade do sistema, o objetivo pretendido é *que a totalidade dos crimes denunciados pelos promotores seja aceita pelos juízes.* Pode-se estabelecer a segunda equação desta fase:

Equação 2 – D.a/AP

Com esta equação pode-se ficar sabendo a taxa de crimes denunciados e aceitos pela justiça criminal.

Do ponto de vista do objetivo do sistema de justiça criminal – *a repressão criminal* –, pode-se estabelecer a terceira equação desta fase:

Equação 3 – Sc/AP

Vê-se que a equação determina a taxa de sanções condenatórias das ações penais.

Síntese da fase 6

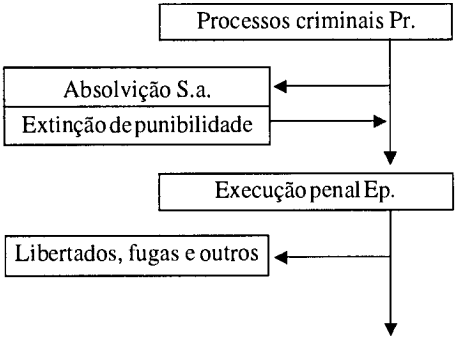
A sexta fase é a etapa onde começa a atividade do Ministério Público. O promotor diante do IP o examina para preparar a sua denúncia e poder propor a chamada ação penal que vai possibilitar o início da instrução criminal.

Denominei esta fase de ocorrências criminosas esclarecidas, entendendo que as denúncias aceitas (D.a) pelos juízes criminais significavam esclarecimento. O indicador crítico é a denúncia rejeitada pelo juiz criminal. Há todo um esforço voltado para a denúncia de um documento formal (IP) que pouco valor terá para o processo criminal. Insisto nas minhas críticas afirmando que a solução para tal problema seria um estudo para a simplificação dessa burocracia judicial pelas seguintes razões:

- racionalidade administrativa;
- ser o poder judiciário o responsável direto pela administração da repressão criminal;
- liberar o policial dos formalismos burocráticos desnecessários, para permitir uma maior eficiência investigatória;
- a atividade do promotor não agrega nenhum valor ao IP, sendo uma simples verificação da fase policial, servindo somente para aumentar os custos do procedimento.

3.4.7 Fase 7: Processos criminais (Pr)

GRÁFICO DA FASE 7



3.4.7.1 Processo de trabalho

Nome do Processo: Justiça Criminal.

Atividade: Julgamento dos crimes.

Setor responsável: Justiça Criminal (Varas Criminais e Tribunais do Júri).

Objetivos

Missão: A realização dos julgamentos dos crimes e da aplicação aos criminosos da sanção penal.

Meta: 100% de julgamento das denúncias recebidas.

Fatores críticos:

- denúncias não recebidas pelos juízes;
- demora no julgamento;
- sentenças de absolvição;
- extinção da punibilidade: prescrição.

Clientes: promotores, advogados.

Os indicadores

Esta fase é denominada processo criminal (Pr) e a sua atividade, *julgamento dos crimes.* Aqui se opera no subsistema dos juízes criminais.

No processo criminal o réu, as testemunhas, as vítimas são ouvidas e as provas são apresentadas, repetindo-se quase todo o procedimento já feito na fase inicial (IP). No processo, os diversos circunstantes são acompanhados por promotores, advogados e defensores públicos, cada qual exercendo um papel no julgamento: acusador ou defensor. Terminado o julgamento, o juiz dará a sua decisão que será a sentença; ela pode ser absolvição ou condenação daqueles que infringem os códigos criminais.

Adota-se a seguinte classificação: processos criminais que terminam com sanção condenatória (Sc), os que terminam com sanção absolutória(Sa), e os que não são terminados, são suspensos por razões que determinam a extinção da punibilidade (Ex.). Pode-se estabelecer a primeira equação desta fase:

Equação 1 – Pr. = Sc + Sa + Ex

Esta equação determina a totalidade dos processos criminais, possibilitando-se o conhecimento da produtividade da justiça criminal.

Do ponto de vista da racionalidade do sistema, pode-se dizer que o objetivo pretendido desta fase é *o de que todos os processos criminais sejam julgados pelos juízes criminais e terminados com uma sentença.* Pode-se estabelecer a seguinte equação:

Equação 2 – Sc + Sa/Pr

Esta equação determinaria o sucesso desta fase no tocante ao julgamento e sentenciamento dos crimes.

Do ponto de vista do objetivo do sistema – *a repressão criminal* –, pode-se estabelecer a terceira equação:

Equação 3 – Sc/Pr

Esta equação determina o sucesso do aspecto repressivo do sistema, ou seja, a taxa de Pr que foram sancionados com condenação.

Síntese da fase 7

Na sétima e ultima fase examinada neste ensaio discutiu-se os julgamentos dos crimes. É o final do percurso iniciado, nessa análise, com o cometimento do crime. Para atingir o objetivo maior da racionalidade do sistema, que é a punição dos criminosos, adotou-se como critério de sucesso a sentença condenatória; em oposição, a sentença absolutória, ficou identificada como critério de ineficácia do sistema.

Considera-se neste estudo a sentença condenatória como o produto final do sistema de justiça criminal. Ela representa realmente o objetivo da repressão criminal. Esta decisão é imposta sempre que esteja provado ser o réu responsável pelo cometimento de um crime ou uma contravenção penal, caso contrário o fato não é crime e o réu é absolvido. No nosso estudo, a absolvição é vista como ineficiência do sistema por causa dos seguintes argumentos (art. 386 do CPP):

- o fato não é crime: neste caso houve falha da polícia e do promotor e mesmo do juiz que aceitou a denúncia;
- não houve prova do fato: falha da polícia ou do promotor;
- houve prova da inexistência do fato: fracasso do promotor e da polícia, sucesso do advogado de defesa;
- réu não foi autor do crime: erro da polícia e do promotor;
- não existe prova suficiente para a condenação: falha da polícia e do promotor.

Caso os diferentes subsistemas fossem eficientes, não haveria possibilidade de uma decisão absolutória.

3.4.8 Fase 8: Execução penal (Ep)

Esta fase não será examinada no presente estudo. É a fase que trata do encaminhamento dos réus que são sancionados com penas privativas de liberdade.

4. Conclusões finais

Neste estudo pretendi examinar a possibilidade de se dispor de formas eficazes de controle externo do sistema de justiça criminal, ou seja, de controle das atividades dos policiais, dos promotores e dos juízes criminais. É preciso ficar bastante claro que as exigências colocadas pelo processo democrático de transparência e de prestação de contas à sociedade impõe a todos os serviços públicos o dever de submeter-se ao controle externo da sociedade. Entendo que para que o controle possa ser adequado e eficaz seja necessário o estabelecimento dos critérios e dos indicadores do sucesso organizacional, isto é, o conhecimento de como as necessidades da sociedade estão sendo atendidas pelos serviços públicos. Este foi sem dúvida o escopo deste ensaio.

Recentemente uma pesquisa realizada no Rio de Janeiro sobre a atuação específica da justiça militar deixa claro a necessidade urgente deste controle. O elevado número de arquivamentos de inquéritos policiais militares estaria deixando dúvidas

sobre a eficiência da atuação dos promotores da auditoria militar fluminense, levantando suspeitas sobre a possibilidade de tal atuação estar a serviço de justificações de violações dos direitos humanos cometidas pelos policiais.

Isto deixa claro que não é preciso somente controlar a atividade policial. É necessário que a sociedade controle todo o sistema de justiça criminal. Claro deve ficar ser o controle da sociedade uma exigência imposta pela democracia que deve ser imposta a todas as organizações públicas. Quando elaborei este estudo pretendi provocar o debate demonstrando como é possível construir indicadores adequados para o controle do sistema de justiça criminal.

6. POLÍCIA E DIREITO

6.3

A LÓGICA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL*

MARCO ANTONIO DESGUALDO

Convém rememorar que a função da Polícia Judiciária, em decorrência de mandamento constitucional, é a apuração das infrações penais. A simplicidade que tal dispositivo parece encerrar presta-se, na realidade, a demonstrar quão complexa é a tarefa da Polícia Civil. Detenhamo-nos no estudo dessa palavra pinçada do texto constitucional: "apuração". Num dos seus sentidos esse vocábulo significa a ação de *conhecer ao certo* e, noutro, quer dizer *purificar*. Em ambos, subjacentemente, podemos identificar a verdade como sinonímia, eis que é esta, a um só tempo, certeza e pureza. Certeza porque a realidade das coisas é única. Pureza porque a verdade inadmite fracionamento. Com isto pretendemos afirmar que a missão policial civil consiste, simplesmente, na busca da verdade. Emoldurar a materialidade de um crime e indicar sua autoria exprimem exercícios veritativos.

Para Malatesta, "a prova é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade",[1] e sua eficácia será tanto maior quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença da posse da verdade. O espírito humano, em relação ao conhecimento de um dado fato, pode encontrar-se em estado de ignorância (ausência de todo o conhecimento), no estado de credulidade (em sentido específico, o equilíbrio entre o afirmativo e o negativo), no estado de probabilidade (prevalência de conhecimento afirmativo) e no estado de certeza (conhecimento afirmativo). Nesse caminho ascendente, começando do estado negativo da ignorância e subindo sucessivamente aos degraus mais perfeitos, do crível, do provável e do certo, o estudo desses estados, sob o ponto de vista do método, tornar-se-á mais eficaz se seguir a ordem inversa. É a retrodução, da qual falaremos mais adiante.

O espírito pode, relativamente a um objeto, chegar por meio das provas tanto à simples credibilidade, como à probabilidade e certeza. Existirão, assim, provas de credibilidade, de probabilidade e de certeza. Esse o motivo por que nem sempre os elementos colhidos na investigação policial e na instrução criminal autorizam um indiciamento ou uma condenação.

O meio de busca da verdade é a investigação policial, instrumentalizada e formalizada através do inquérito policial. Esse caminho, que vai da eclosão do ato antisocial, isto é, do cometimento do crime, até a descoberta de sua autoria e materialidade, a proporcionar o exercício do *juris dictio*, deve ter por balizas a lei. As normas processuais penais e as disposições constitucionais sinalizam esse percurso. Todavia, não concebemos como racional a conduta de quem se limite a observar sistematicamente a sinalização de uma estrada sem alcançar qualquer destino, porque ignorando desde o princípio qual o seu norte.

A Autoridade Policial pratica atos discricionários na incansável busca da verdade,

(*) Este artigo refere-se a palestra proferida pelo autor no curso promovido pelo IBCCrim a respeito da Portaria DGP 18/98, em 28.04.1999.

(1) MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, p. 19.

adequando o trabalho de campo às normas processuais vigentes.

Por tais motivos é que entendemos o caminho investigatório como coincidente com a via da Lógica e o inquérito policial a sua linguagem. Já se disse que por trás de cada fato há sempre uma idéia e, apoiando todo pensamento, há sempre a Lógica.

Pode-se afirmar que o estudo da Lógica é o estudo dos métodos e princípios usados para distinguir o raciocínio correto do incorreto[2] ou, em termos sintéticos, é o estudo das inferências corretas do ponto de vista de sua validade. Em decorrência desses conceitos, a Lógica tem sido freqüentemente entendida como a lei do raciocínio.

Advirta-se que a Lógica "não é instrumento de ampliação de conhecimentos, mas de organização do raciocínio. É, por assim dizer, uma maneira de raciocinar. Consiste na articulação do pensamento de uma maneira específica: a ligação de idéias, tomadas umas como premissas de outras, com estrita observância de determinadas regras estabelecidas pela própria lógica".[3]

O filósofo e matemático americano Charles Sanders Peirce, cuja obra somente se notabilizou postumamente, afirmou em 1868 a impossibilidade de elaboração do pensamento humano sem o recurso aos signos, isto é, sem o uso da linguagem. Estavam lançados os alicerces da Semiótica.

Meio século após, no período de 1929 a 1937, surgiu e se desenvolveu na Europa uma das correntes filosóficas mais importantes de todas as épocas: a do Neopositivismo ou Empirismo Lógico. Esse movimento, que se tornou conhecido como o "Círculo de Viena", por se reunir periodicamente em certo café de Viena, agregava filósofos e cientistas de inúmeras áreas do conhecimento humano, elaborando teses que refutavam a Metafísica, pois subordinava os critérios de verdade à análise da experiência: toda a verdade pode e deve ser posta à prova.

O produto final do labor dos neopositivistas foi a redução da Filosofia à análise da linguagem e desta à Semiótica. Subsistindo ao tempo, integrando dois continentes, as teorias de Peirce, o matemático americano, e dos Pensadores de Viena fundiram-se para dar consistência ao capítulo que é, ainda hoje, um dos mais importantes do pensar filosófico, com vasta aplicação em todos os ramos alcançados pelo intelecto humano, inclusive o da investigação criminal, como pretenderemos demonstrar.

Os postulados da Semiose vêm, de alguma forma, amalgamar-se aos ensinamentos de Spinoza, para quem "existe um mundo de coisas perceptíveis pelos sentidos e um mundo de leis inferidas pelo pensamento".[4] Complementando essa máxima, reprisemos: toda articulação do raciocínio opera-se pela linguagem e esta, por sua vez, subsume-se aos signos. Eis o campo da Semiótica.

A justaposição do método de Charles Peirce, semiótico, com o de Sherlock Holmes, o detetive, termina por lançar uma luz inesperada em ambas as figuras, a histórica e a ficcional. As teorias do personagem assumem razão lógica contextual na história das idéias, baseado num misto de imaginação e realidade, num criterioso exercício da especulação como uso científico da imaginação.

Acredita-se que seja quase ilimitado o poder da análise científica como método da reconstituição de eventos humanos. Já se disse: o que um homem pode inventar, outro pode descobrir. Desde que o criminoso se sustente sobre duas pernas, sempre haverá alguma identificação, algum indício, algum desvio do trivial que pode ser detectado pelo investigador científico.

Sir Arthur Conan Doyle utilizou a fala de seu imortalizado detetive para enfatizar a necessidade de arguta observação no

(2) COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*, p. 20.

(3) COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*, p. 65.

(4) TELES, Antônio Xavier. *Introdução ao Estudo de Filosofia*, p. 158.

trabalho de investigação. Abertura e receptividade para os dados é fundamental, sem preconceitos quaisquer e deixando-se conduzir docilmente pelo caminho das provas. Então a necessidade do controle de distorções subjetivas, não permitindo um julgamento predisposto por qualidades pessoais, pois qualidades emocionais são antagonistas de um raciocínio claro.

O dom da observação consiste em observar aquilo que os outros apenas vêem. Como disse Sherlock: "O mundo está repleto de coisas óbvias que ninguém, de modo algum, jamais observa, não havendo nada mais falaz do que um fato óbvio". Aqui, chamo a atenção para o fato de que a observação não se restringe apenas aos fatos e eventos observados, mas também à ausência deles. A evidência negativa é, em geral, encarada como altamente significante.[5]

Na ciência há três espécies fundamentalmente diferentes de raciocínio: indução, dedução e abdução, esta última às vezes chamada retrodução ou hipótese.

A dedução é o procedimento pelo qual as conseqüências prováveis e necessárias de uma hipótese são investigadas. O método dedutivo se caracteriza por ser uma forma de raciocínio que, independentemente de provas experimentais, se desenvolve de uma verdade sabida ou admitida a uma nova verdade, apenas por conclusão ou conseqüência. Para Peirce, a dedução é o raciocínio da matemática e o único necessário, pois parte de uma hipótese cuja verdade ou falsidade nada tem a ver com o raciocínio e, naturalmente, suas conclusões são igualmente ideais. Essa observação leva-nos a suspeitar que algo é verdadeiro, algo que podemos ou não ser capazes de formular com precisão, e passamos a indagar se é ou não verdadeiro. Para realizar-se este objetivo, é necessário formar um plano de investigação, e esta é a parte mais difícil de toda a operação dedutiva.[6]

Indução é o nome que Peirce atribuiu ao procedimento de testar experimentalmente a hipótese. Por definição, consiste na verificação experimental de uma teoria. Sua justificativa está em que, embora a conclusão da investigação num estágio qualquer possa ser mais ou menos errônea, mesmo assim a aplicação ulterior do mesmo método deve corrigir o erro. A única coisa que a indução realiza é a determinação do valor de uma quantidade. Parte de uma teoria e avalia o grau de concordância dessa teoria com o fato. Nunca pode dar origem a uma idéia, seja qual for. Dito por outro modo, pelo método indutivo o pensamento infere uma verdade geral, de dados singulares suficientes, ou seja, trata-se de um processo de raciocínio que se desenvolve a partir de fatos particulares, até atingir uma conclusão de ordem geral, com fundamento na experiência. É a recomposição do todo pela conjugação dos *fractais*. Essa conclusão de ordem geral é possível em virtude da regularidade dos fenômenos naturais. É com fundamento nessa constância dos fenômenos da natureza que estendemos ou ampliamos para todos os casos de uma série a conclusão que só comprovamos para uma parte dessa mesma série.[7]

Abdução é a adoção de uma hipótese para se atingir a predicção de determinado evento, ou seja, consiste em estudar os fatos e projetar uma teoria para explicá-los. Dito por outro modo, parte-se de um estado de coisas hipotético, que definimos sob certos aspectos abstratos.

Se todo conhecimento depende da formação de uma hipótese, no entanto, parece, a princípio, não haver nenhum espaço para a questão de como isso se sustentaria, uma vez que, de um fato real, apenas se infere um poder ser (pode ser e pode não ser). Há, porém, uma decisiva inclinação

(5) ECO, Umberto e SEBEOK, Thomas A. *O signo de três, passim.*

(6) PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*, p. 214.

(7) Idem, p. 219.

para o lado afirmativo e a freqüência com que isso resulta ser um fato verdadeiro é a mais surpreendente de todas as proezas do intelecto humano.

Comparando nossa capacidade de abduzir e os poderes musicais e aeronáuticos de um pássaro, Peirce afirmava que aquela está para nós como aqueles estão para este: o mais elevado de nossos poderes meramente instintivos. É um meio de comunicação, dizia ele, entre o homem e seu Criador, um privilégio divino que deve ser cultivado, não restando dúvida razoável acerca do fato de que a mente do homem, tendo se desenvolvido sob a influência das leis da natureza, e por esse motivo, de certo modo, pensa naturalmente segundo o padrão da natureza.

Assegurava, ainda, que a retrodução se funda na confiança de que há suficiente afinidade entre a mente do raciocinador e a natureza para tornar a suposição algo afiançável, uma vez que cada suposição é confrontada com a observação através da comparação.

É evidente, escreveu ele, que a menos que o homem tenha tido uma luz interior que tornasse suas suposições muito mais verdadeiras do que seriam por mero acaso, a raça humana teria há muito sido exterminada, devido a sua absoluta inépcia na luta pela existência. A abdução é o primeiro degrau do raciocínio científico, bem como o único argumento que inicia uma nova idéia, daí ter sido chamado de "argumento originário".[8]

Após discorrer sobre a indução, dedução e abdução, seria impossível olvidar a figura da intuição, a qual não se confunde com nenhuma das três antecedentes.

A intuição, ao longo da história da Filosofia, já foi entendida como sendo o conhecimento imediato e total privativo do intelecto dos deuses, sendo, assim, uma forma de conhecimento superior e privilegiado, daí a expressão usada: "intuição divina".

Todavia, a partir da Filosofia medieval, a intuição passou a ser empregada para indicar uma forma particular e privilegiada da consciência humana, presente o conhecimento empírico ao qual já nos reportamos. Bacon dizia que a alma não se acalma na intuição da verdade se não a encontrar na experiência.

Assim, a intuição da mente estende-se às coisas, ao conhecimento de suas conexões necessárias e a tudo que o intelecto experimenta em si mesmo ou na imaginação. A intuição é chamada, ainda, de "verdade primitiva", tanto de razão quanto de fato.

A intuição gera a idéia ou a hipótese experimental, ou seja, a interpretação antecipada dos fenômenos da natureza. Demonstra-se com a Lógica, mas só a Intuição é que inova.

A faculdade que nos ensina a ver é a intuição. Sem ela o geômetra seria como o escritor bom de gramática, mas vazio de idéias. Somente o cérebro investigativo experimentado é dotado desse precioso atributo: de nenhuma utilidade as ciências todas colocadas a serviço de um policial que não sabe dissecar uma trama criminosa com os perspicazes olhos da razão intuitiva.[9]

Esse certamente o último estágio no desenvolvimento da capacidade investigatória, e da qual somente podem se servir aqueles verdadeiramente versados nesse mister.

Como acréscimo ao princípio de que a mente humana, como resultado dos processos naturais de evolução, é predisposta a fazer suposições corretas sobre o mundo, Peirce propôs um segundo princípio conjectural para explicar parcialmente o fenômeno da suposição, isto é, que nós freqüentemente retiramos da observação fortes sugestões de verdade sem sermos capazes de especificar quais foram as circunstâncias por nós observadas e que conduziram a essas sugestões. Essa a natureza mais

(8) Idem, p. 220.

(9) ECO, Umberto e SEBEOK, Thomas A. *O signo de três, passim.*

perigosa da hipótese: deve-se estar pronto para imaginar o que aconteceu e agir segundo tal conjectura, e isso nos conduz a uma região onde pesamos as probabilidades e escolhemos a mais verossímel.

Formulados e explicados os critérios com os quais é possível perseguir a verdade, há condições de descrever um padrão geral de investigação. Para tanto, parece útil recorrer nova vez à figura do eterno detetive, o clássico e astuto Sherlock Holmes, criação imortal da literatura.

Algumas das imagens mais expressivas de Holmes são aquelas em que ele se concentra com uma lupa e uma fita métrica, esquadrinhando e encontrando pistas essenciais que tinham escapado à atenção dos demais. Revolvia o problema por todos os ângulos, até que o tivesse completamente investigado ou se convencesse de que seus dados eram insuficientes.

Todo o pensamento reflexivo – e este termo inclui tanto a investigação criminal como a pesquisa científica – é uma atividade de resolução de problemas, como muitos pragmáticos afirmaram com insistência. Antes que o detetive meta ombros a uma tarefa, tem, primeiro, que sentir a presença de um problema. Natural que a mente ativa vê problemas onde a pessoa obtusa só vê objetos familiares.

Podemos caracterizar um problema como um fato ou um grupo de fatos para o qual não dispomos de qualquer explicação aceitável, que pareça incomum ou que não se adapte às nossas expectativas ou preconceitos. É óbvio que se requerem algumas convicções prévias para que uma coisa se nos imponha como problemática. Se não houver expectativas, não poderá haver surpresas.

É antológica a resposta dada por Sherlock Holmes quando advertido porque a caminho de um local de crime não se atinha ao evento em si, mas se punha a falar sobre futilidades díspares. Replicou o detetive que era erro capital teorizar antes de se estar na posse de todos os elementos, pois isso deformava o raciocínio. A tentação em formar teorias prematuras, dizia ele, é a desgraça da investigação.

Apesar de toda a sua confiança sobre a matéria, Holmes estava completamente equivocado nessa questão. Não é possível, evidentemente, chegar a uma opinião final antes de uma grande quantidade de provas ter sido examinada, mas tal procedimento é muito diverso de não teorizar. De fato, é rigorosamente impossível fazer qualquer tentativa séria de reunir dados sem ter teorizado de antemão. Como observou Charles Darwin, o grande biólogo e autor da teoria moderna da evolução: "(...) toda observação deve ser a favor de algum ponto de vista, ou contra, se quisermos que ela preste algum serviço (...)". Tal hipótese preliminar pode ser muito diferente da solução final do problema. Nunca será completa: pode ser uma explicação provisória de, apenas, uma parte do problema. Mas, por mais provisória e parcial que seja, uma hipótese preliminar é indispensável para que qualquer investigação possa avançar.

Explico melhor. Toda investigação séria principia com algum fato ou grupo de fatos que fere a atenção daquele que investiga, emergindo como problemáticos e desencadeando todo o processo do inquérito. Os fatos iniciais que constituem o problema são, usualmente, demasiado escassos para que proporcionem, por si só, uma explicação totalmente satisfatória, mas poderão sugerir – ao detetive competente – alguma hipótese preliminar que o leve a procurar fatos adicionais. Espera-se que esses fatos adicionais sejam pistas importantes para a solução final. O policial inexperiente ou irresponsável ignorará ou menosprezará todos, salvo os mais óbvios; mas o trabalhador cuidadoso procurará ser completo no exame dos fatos adicionais a que foi conduzido pela sua hipótese preliminar.

Em última análise, o interesse do detetive gira em torno de uma questão prática. Diante de um crime a resolver, ele tem não

só que explicar os fatos, mas também lhe compete localizar e prender o criminoso. Isto significa que ele terá que aplicar sua teoria, usando-a para predizer onde o criminoso poderá ser apanhado. Assim, tem que deduzir ainda mais conseqüências da hipótese, não pelo mero interesse numa confirmação adicional, mas para fins práticos.

Já tive a oportunidade de afirmar, e volto a fazê-lo porque o tenho por verdadeiro, que o Delegado de Polícia, como coordenador da atividade lógica da investigação policial, é o *dominus investigatio*, a mente experimentada, onde a intuição pode germinar com facilidade e propriedade.

Concluindo: só entendemos como investigação verdadeira aquela que se sustente sobre o tripé Ciência, Lógica e Legalidade. A Lógica serve-se da Ciência para se instrumentalizar e a observância à legalidade é simples decorrência do trabalho técnico de apuração. O resultado desse labor transparece, por força da Semiótica, em linguagem formalizada, na essência do inquérito policial (que, despido de formalismos, se subordina unicamente ao rito da Lógica). Este possui vida própria, pois conta uma história. A história de um crime.

Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo : Mestre Jou, 1982.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. São Paulo : Max Limonada, 1997.

COPI, Irving Mermer. *Introdução à lógica*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo : Mestre Jou, 1978.

ECO, Umberto; SEBEOK, Thomas A. *O signo de três*. Trad. Silvana Garcia. São Paulo : Perspectiva, 1991.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 1996.

PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo : Perspectiva, 1995.

TELES, Antônio Xavier. *Introdução ao Estudo de Filosofia*. São Paulo : Ática, 1986.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1

VIOLÊNCIA POLICIAL NO BRASIL: ELEMENTOS PARA UMA APROXIMAÇÃO TEÓRICA A PARTIR DOS PENSAMENTOS DE DURKHEIM E WEBER

BENONI BELLI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A justificação da violência ilegal: em torno do crime, da punição e da solidariedade social – 3. A fratura no monopólio da violência – 4. À guisa de conclusão: alcance e limites da contribuição dos clássicos – Bibliografia.

Resumo: Este artigo propõe uma incursão nos pensamentos de Émile Durkheim e de Max Weber a partir da definição de dois eixos de análise referentes ao problema da violência policial no Brasil. No primeiro, o autor utiliza as categorias de Durkheim como contraponto às concepções de senso comum acerca do crime e do criminoso que justificam a violência policial e ajudam a reproduzi-la. O segundo eixo de análise lança mão da noção weberiana do monopólio estatal da violência física legítima e do tipo ideal da dominação legal como dois instrumentos de "medição" da configuração específica assumida pelo aparelho repressivo de Estado no Brasil.

1. Introdução

O objetivo deste ensaio é fazer uma "apropriação" dos pensamentos de Émile Durkheim e de Max Weber com vistas à análise do problema da violência policial no Brasil. Para tanto, é necessário definir, antes de mais nada, os aspectos da violência policial que se quer iluminar, de modo a justificar a escolha das categorias e noções que serão retiradas do amplo leque de contribuições de Durkheim e Weber. O ponto de partida é a evidência de que o Brasil dos anos 90 tem sido pródigo em exemplos de massacres, execuções sumárias e tortura perpetrados pelas forças policiais. A violência policial se manifesta, assim, como transgressão aos estatutos legais que impõem limitações ao poder de polícia e definem direitos individuais básicos. Apesar da violência policial ilegal não aparecer como um tema específico de análise de Durkheim e Weber, algumas de suas contribuições podem jogar luzes sobre esse fenômeno. São dois os conjuntos ou eixos de problemas que interessam investigar no que tange à violência policial e que servirão de balizas para a incursão no pensamento desses dois autores clássicos da sociologia. O primeiro diz respeito à justificação desse tipo de violência, que parece derivar de uma percepção generalizada sobre o crescimento da criminalidade urbana e a necessidade de remédios radicais como modo de evitar que o "mal" se espraie por todo o tecido social.

Teresa Caldeira identifica esse tipo de percepção na cidade de São Paulo, onde a população se sente abandonada pelas autoridades e instituições, que não conseguem conter o avanço da criminalidade. O "mal", no caso, é a criminalidade, que é vista como algo contagioso e difícil de ser combatido caso tenha se apossado do corpo de um delinqüente. A solução não poderia ser mais radical: apóia-se a pena de morte como necessária e, no caso da classe média, constróem-se barreiras simbólicas (preconceitos) e materiais (mu-

ros, cercas, condomínios fechados) para isolar e proteger um espaço de convivência social dos perigos exteriores.[1] O criminoso é "demonizado", considerado um caso perdido e sem a mínima chance de ressocialização. Torturá-lo para obter informações ou matá-lo justifica-se pela simples razão de que, ao ter se bandeado para o lado do crime, adentrou o campo de batalha, tornou-se inimigo, transmutou-se em agente da destruição da sociedade, enfim, renegou sua condição de cidadão merecedor de respeito e submeteu-se ao rigor dos agentes da ordem.

O segundo eixo de análise reside em encarar o problema de um ponto de vista institucional. Além das relações sociais autoritárias, que são ao mesmo tempo refletidas e reproduzidas no trabalho cotidiano do policiamento, há evidências de que aspectos institucionais e da organização do aparelho repressivo podem servir de combustíveis à violência ilegal. A continuidade da violência policial na década de 90 dá mostras de que o Estado de direito no Brasil passa por dificuldades não desprezíveis. A incapacidade do Estado brasileiro de controlar as próprias ações dos agentes públicos encarregados de aplicar a lei conjuga-se com a impunidade, ou seja, a incapacidade de punir, uma vez cometidos os abusos. Em outras palavras, o monopólio da violência legítima, que deveria ser regulada por estatutos impessoais aplicados por um corpo administrativo especializado e hierárquico, parece dar lugar a uma quebra *de facto* desse monopólio quando os agentes públicos desconsideram os estatutos legais que deveriam obedecer e administram uma concepção muito particular de justiça.

Durkheim e Weber podem ser úteis para a análise dos eixos da problemática da violência policial aqui apontados. Certamente, vários outros "eixos" ou conjuntos de problemas poderiam ser identificados e, do mesmo modo, muito provavelmente o analista se beneficiaria de um diálogo com ambos autores em tantos quantos fossem os eixos adicionais construídos na armação da problemática. No entanto, tendo em vista a necessidade de limitar o escopo da análise para, dessa forma, perscrutar melhor uma realidade que – como diria Weber – é sempre infinita, optou-se por concentrar os esforços nos dois eixos mencionados. Como ficará evidente da exposição que segue, o nível de análise em que se coloca o pesquisador tende a favorecer, no primeiro eixo, as contribuições durkheimianas, ao passo que no segundo eixo são as categorias weberianas que adquirem maior relevo.

2. A justificação da violência ilegal: em torno do crime, da punição e da solidariedade social

Geralmente, a justificação da violência policial vem acompanhada de uma caracterização do crime e do potencial criminoso. A condenação moral é evidente quando se denuncia o crime como uma doença. O criminoso, por seu turno, é na maioria das vezes equiparado, no senso comum, à expressão acabada de uma patologia social. Nesse diapasão, não haveria outro remédio para salvar a sociedade da destruição e da decadência moral senão a destruição pura e simples dessas ameaças, ou seja, a cura para a enfermidade do crime é a erradicação do mal pela raiz: a eliminação do criminoso, visto como a fonte irradiadora de atos de destruição da harmonia social. As categorias sociais identificadas como potenciais criminosos – geralmente pobres, negros e favelados – são, assim, excluídas da "comunidade moral", seus integrantes são na prática "desumanizados". Nancy Cardia identificou esse tipo de sentimento entre os defensores da

(1) CALDEIRA, Teresa P. R. Crime and individual rights: reframing the question of violence in Latin America. In: JELIN, Elizabeth and HERSHBERG, Eric (eds.). *Constructing democracy: human rights, citizenship and society in Latin America*. Boulder: Westview, 1996. *Passim*.

pena de morte: "O ato criminal retiraria do criminoso seus direitos e o colocaria fora da comunidade moral: os presos representam uma ameaça tão profunda que faz com que sejam excluídos do mundo dos humanos. No limite da exclusão nega-se aos excluídos o direito à vida".[2]

Diferentemente da interpretação dada por Durkheim, o crime, qualquer que seja sua incidência, é visto pelo senso comum no Brasil como uma patologia. Com certeza a afirmação de Durkheim, segundo a qual uma taxa não exagerada de crime é normal, seria vista com desconfiança também nos dias de hoje. A caracterização do crime e do criminoso que integra o senso comum e que justifica a violência policial e as soluções "finais" contrasta com a postura do sociólogo de Durkheim, cujo ponto de partida reside justamente em despir-se das pré-noções e das paixões para ver o crime como um fato social dotado de normalidade, uma vez que não existe sociedade que não conheça esse fenômeno. O crime, apesar de ser lamentável em si, seria parte de qualquer sociedade sadia e poderia cumprir um papel importante. Para Durkheim, o crime é um ato que ofende certos sentimentos coletivos, os quais podem mudar de um tipo social para outro ou mesmo variar dentro de uma sociedade no decorrer de sua evolução histórica.

O crime pode ser útil até mesmo como reforço desses sentimentos coletivos. O que daria a um ato o caráter de crime não é sua importância intrínseca, como parece fazer crer o discurso que justifica a violência policial no Brasil, mas a constatação de que tal ação fere a consciência comum. A função do crime resulta clara: "Le crime est donc nécessaire; il est lié aux conditions fondamentales de toute vie sociale, mais, par cela même, il est utile; car ces conditions dont il est solidaire sont elles-mêmes indispensables à l'évolution normale de la morale et du droit".[3]

Ora, mas então se o crime fere a consciência comum ou coletiva não caberia uma punição exemplar, capaz de vingar o mal causado à sociedade e, concomitantemente, dissuadir potenciais criminosos? O senso comum justifica as atrocidades contra os criminosos, reais ou vistos como potenciais, pela suposta necessidade de retribuir na mesma moeda o mal causado. Dito de outro modo, poder-se-ia objetar que não importa que se veja o crime como possuindo uma função benéfica ou de reforço dos laços morais e da consciência coletiva, o fato dele ferir essa consciência, de repugnar a moralidade vigente, justificaria por si só uma resposta "à altura". A violência policial apareceria assim como o melhor agente dessa suposta consciência coletiva, visto que o sistema judicial normal mostra-se incapaz de dar a resposta reclamada pela população.

Essa interpretação não poderia ser mais antagônica ao caminho seguido por Durkheim. Uma leitura apressada de Durkheim talvez pudesse gerar a impressão de que sua preocupação se resume à busca da ordem social a todo custo. Mas, como chamou a atenção Loïc Wacquant, a questão teórica de Durkheim não é elaborar uma concepção de ordem social, mas identificar as condições e os mecanismos mutáveis da solidariedade na era da modernidade industrial.[4] Durkheim se coloca contra a idéia de que a penalidade teria uma ação preventiva por meio da intimidação e, do mesmo modo, discorda da noção que apresenta a pena como uma compensação ou uma expiação pelo mal moral. O verdadeiro mal causado não é o efeito concreto do crime sobre a vítima, e

(2) CARDIA, Nancy. Direitos humanos e exclusão moral. *Sociedade e Estado*. X(2): 343-389, jul./dez. 1995, p. 371.

(3) DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: Flammarion, 1988, p. 163.

(4) Ver, WACQUANT, Loïc Durkheim e Bourdieu: A base comum e suas fissuras. *Novos estudos Cebrap*. (48): 29-38, jul. 1997, p. 34.

sim a probabilidade do delito minar a fé na autoridade moral da lei. A pena nada mais é do que a manifestação pela qual a lei se afirma: "(...) la fonction essentielle de la peine n'est pas de faire expier au coupable sa faute en le faisant souffrir, ni d'intimider, par voie comminatoire, ses imitateurs possibles, mais de rassurer les consciences que la violation de la règle a pu, a dû nécessairement troubler dans leur foi, alors même qu'elles ne s'en rendent pas compte, de leur montrer que cette foi a toujours la même raison d'être (...)".[5]

O sofrimento causado pela pena é um mero efeito secundário. O essencial é que a pena, na verdade, apenas constitui um sinal exterior de um sentimento que deve se afirmar perante a falta cometida. É esse sentimento de fé na lei ou na moralidade coletiva que importa, e não o sinal exterior pelo qual ele se exprime, que é a pena. Como punir é reprovar, e como não se pode culpar ou reprovar alguém sem dispensar ao culpado um tratamento adverso, toda reprovação leva a algum sofrimento. Resta claro em seu livro *L'Éducation Morale* que punir, para Durkheim, não é torturar ou causar grande sofrimento, mas simplesmente afirmar, diante da falta, a regra que essa falta nega. Tudo que ultrapasse esse limite pode gerar efeito contraproducente e, por essa razão, o autor se coloca claramente a favor da proibição dos castigos corporais nas escolas.

A verdadeira função da pena, portanto, é proteger a coesão social, mantendo a vitalidade da consciência coletiva. Para Durkheim, essa função é mais proeminente nas sociedades primitivas, onde prevalece a solidariedade mecânica. Nessas sociedades, a consciência coletiva invadiria todos os espaços da vida social, restando pouca ou nenhuma margem para a individualidade. Os membros dessas sociedades são atraídos uns pelos outros em razão das semelhanças, ao passo que nas sociedades mais avançadas, nas quais se observa a divisão do trabalho, a solidariedade que prevalece é a orgânica, ou seja, aquela que advém da diferenciação. À medida que a solidariedade mecânica vai sendo substituída pela solidariedade orgânica, o direito repressivo ou penal, guardião da consciência coletiva, vai dando lugar ao direito restitutivo ou cooperativo como expressão ou espelho das relações sociais. Enquanto o direito penal, nas sociedades inferiores, pune qualquer diferença que porventura surja e que é logo interpretada como um abalo nas relações sociais que se definem pelo conformismo de cada um ao padrão psíquico do todo, nas sociedades diferenciadas a consciência coletiva gera sentimentos menos fortes, pois a solidariedade é produzida justamente pelas funções diferenciadas de cada indivíduo.

O direito repressivo gera uma sanção que é sempre um malefício, uma punição. Já o direito cooperativo vem acompanhado de uma sanção restitutiva, isto é, reduz-se a uma simples restauração, como por exemplo as indenizações por perdas e danos. Enquanto o direito penal tem por objetivo afirmar a autoridade da lei à qual todos devem obedecer e se conformar, o direito cooperativo tem por tarefa regular as diferentes funções do corpo social, de maneira que todos os órgãos desse corpo, ao exercerem seus respectivos papéis, possam concorrer para a harmonia do todo. A consciência comum, nas sociedades em que a divisão do trabalho e a diferenciação predominam, progride menos que as consciências individuais. Isso não quer dizer, como adverte Durkheim, que a consciência comum esteja ameaçada de desaparecer, mas que "(...) ela consiste cada vez mais em maneiras de pensar e de sentir muito gerais e indeterminadas, que deixam o espaço livre para uma multidão crescente de dissidências individuais".[6]

(5) DURKHEIM, Émile. *L'éducation morale*. Paris : Presses Universitaires de France, 1992, p. 140.

(6) DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo : Martins Fontes, 1995, p. 155.

Mais uma vez, é possível traçar um paralelo entre o pensamento de Durkheim e as concepções do senso comum acerca do papel da violência policial na sociedade brasileira. À primeira vista, numa leitura descuidada dos escritos de Durkheim, poder-se-ia imaginar aqui pontos de coincidência com noções caras ao senso comum vulgar, afinal, são freqüentes no discurso de defesa da violência policial os apelos a uma certa visão mítica de uma sociedade harmoniosa, funcionando como um organismo coerente, dotada de uma ordem e uma coesão a toda prova. Seguindo esse raciocínio, dir-se-ia que o único erro de Durkheim foi não ter percebido que, a despeito do avanço da divisão do trabalho e da diferenciação produzida nesse contexto, a punição continuaria sendo fundamental para manter a ordem e a harmonia da sociedade. Afinal, sem repressão, o que poderia manter a coesão social? A simples solidariedade derivada da divisão do trabalho não seria suficiente, visto que os "elementos perturbadores", aqueles que "optaram" por uma carreira do crime, continuariam gerando insegurança. Caberia assim aos agentes do Estado exercer uma vigilância constante para que a nova sociedade dita liberal, em que o direito penal perde importância e o indivíduo ganha estatura, não degenere e entre em colapso.

É verdade que a concepção orgânica de sociedade de Durkheim pode ser passível de críticas, mas não pelo lado que o senso comum entraria. Este último procura minimizar a importância dos direitos individuais em nome de uma cruzada moral em que, na ausência de um Estado forte, os agentes públicos tomam a si a tarefa de cuidar da harmonia social e de sanar os desvios. Trata-se de uma concepção que tende a ver os direitos individuais como um estorvo, geralmente identificados como direitos "de bandidos". Ao contrário dessa concepção, Durkheim vê a harmonia e a complementaridade na sociedade industrial como totalmente compatíveis com o desenvolvimento da individualidade. Essa harmonia talvez não seja bem aquela idealizada pelos defensores da violência policial, já que, para Durkheim, ela não implica a supressão do indivíduo. Pelo contrário, por meio das associações ocupacionais seria possível algo como uma coordenação moral a ser complementada pela educação nas escolas, ambas convergindo para conferir ao individualismo próprio das sociedade contemporâneas um sentido que está longe da idéia de egoísmo geralmente associada a esse termo.

Com efeito, como lembra Anthony Giddens, o individualismo identificado por Durkheim não apenas era diferente do egoísmo, como também se contrapunha à anomia: "This [individualism] was, in an important respect, the very opposite of egoism. It involved, not the glorification of self-interest but that of the welfare of others: it was the morality of co-operation. Individualism, or the 'cult of the individual', was founded upon sentiments of sympathy for human suffering, a desire for equality and for justice. (...) The growth of individualism did not, therefore, intrinsically promote anomie, the decay of moral authority".[7]

É claro que Durkheim estava consciente de que o afrouxamento da consciência coletiva poderia levar ao egoísmo, mas, para evitar esse caminho, seria mister estimular a institucionalização da moralidade. A coerência e a coesão não seriam atingidas pelo vigilantismo de um aparelho repressivo de Estado e muito menos seriam alcançadas em detrimento dos direitos individuais. Dado que cada indivíduo, numa sociedade marcada pela divisão do trabalho, está voltado para um ponto diferente do mundo e, em conseqüência, as consciências individuais diferem entre si, nada restaria que os homens pudessem honrar em comum a não ser o próprio

(7) GIDDENS, Anthony. Durkheim's political sociology. In: GIDDENS, Anthony. *Politics, sociology and social theory*. Stanford: Stanford University Press, 1995, p. 83.

homem. Nasce daí uma "religião ou culto do indivíduo": "E como cada um de nós encarna algo da humanidade, cada consciência individual encerra algo de divino e fica assim marcada por um caráter que a torna sagrada e inviolável para os outros. O individualismo é isto (...)".[8]

Durkheim parecia disposto a aceitar a ordem e a coesão. Assim como os indivíduos teriam obrigações para com o Estado, este teria obrigações para com os indivíduos. São essas obrigações que definem o que Durkheim chama de "moral cívica". A atividade estatal aparece como suporte para os direitos individuais que, aliás, não são inatos, mas construídos socialmente. E o Estado, para ser liberador do indivíduo, deve ter contrapesos, deve ser contido por outras forças coletivas, como pelos grupos secundários que fazem a mediação entre o Estado[9] e os indivíduos. Nas sociedades avançadas, o Estado constituiria o órgão por excelência da disciplina moral. A autoridade seria reforçada pelo "culto do indivíduo", que uniria todos em torno de um sentimento comum: o da evolução constante dos direitos individuais, dos direitos humanos, diríamos hoje. Durkheim vislumbrava realmente uma evolução constante para os direitos do indivíduo: "Les droits individuels sont donc en évolution; ils progressent sans cesse, et il n'est pas possible de leur assigner un terme qu'ils ne doivent pas franchir. Ce qui hier ne paraissait être qu'une sorte de luxe, deviendra demain de droit strict. La tâche qu'incombe ainsi à l'État est donc illimitée".[10]

(8) DURKHEIM, Émile. *A ciência social e a ação*. Lisboa : Livraria Bertrand, 1975, p. 244.

(9) De acordo com Durkheim, o Estado "c'est un groupe de fonctionnaires *sui generis*, au sein duquel s'élaborent des représentations et des volitions qui engagent la collectivité (...)". Ver: DURKHEIM, Émile. *Leçons de sociologie*. Paris : Presses Universitaires de France, 1950, p. 61.

(10) DURKHEIM, Émile. *Leçons de sociologie*. Op. cit., p. 82-83.

Ao que tudo indica, Durkheim manteve uma visão otimista quanto à possibilidade de que a fé no indivíduo, na ampliação de direitos individuais sancionados pelo Estado, pudesse fornecer uma base moral sólida para as sociedades altamente diferenciadas. O estudo dos fenômenos sociais, com a conseqüente identificação de seus aspectos patológicos e suas manifestações normais, poderia ser útil aos homens políticos na sua luta para corrigir rumos e estimular o florescimento dessa nova moralidade, fundada no individualismo e na idéia de desenvolvimento das potencialidades humanas.

A violência ilegal perpetrada no Brasil por agentes policiais se nutre de um senso comum que certamente não se cinge ao aparelho repressivo. Na verdade, perpassa um conjunto mais amplo de atores sociais, integrando também, e paradoxalmente, o conjunto de representações dos setores mais expostos e vulneráveis à arbitrariedade dos agentes da "segurança pública". Para o estudioso do fenômeno, torna-se crucial identificar a construção e reprodução de mitos que permitem justificar a violência policial. Nesse sentido, o pensamento de Durkheim constitui poderosa ferramenta de desmistificação, não apenas pela metodologia empregada para estudar os fatos sociais – que, longe de serem vistos como naturais ou produtos de características inerentes aos indivíduos, são dotados de uma exterioralidade e coercibilidade derivadas do viver em sociedade –, mas também porque o autor lança mão de categorias (crime, punição, harmonia, coesão, solidariedade, direitos individuais) que estão presentes no discurso do senso comum. Ao conferir a tais categorias um sentido muitas vezes diametralmente oposto ao uso que delas é feito no senso comum, o pensamento de Durkheim amplia horizontes e abre caminho para alternativas às concepções que desprezam os direitos individuais em nome de um ideal autoritário de sociedade una, coesa e harmônica.

3. A fratura no monopólio da violência

Um dos temas que dominaram o pensamento de Durkheim foi, em última análise, o da continuidade e coesão dos grupos sociais. A solidariedade, mecânica e orgânica, traduz essa preocupação com os fatores morais que de certa forma geram no indivíduo a sensação de pertencimento a um todo social, seja na qualidade de um simples agregado a uma horda indiferenciada, seja na condição de órgão diferenciado de um organismo complexo. Também Weber ocupou-se de desvendar os mecanismos que geravam no indivíduo a disposição de adequar-se a um certo estado de coisas. No entanto, Max Weber parecia menos preocupado em encontrar uma explicação baseada no caráter qualitativamente distinto do todo em relação à soma das partes. Em vez de procurar na coletividade uma consciência comum ou uma força moral, Weber prefere baixar seu olhar para o nível da ação individual e construir tipos ideais que serviriam como instrumentos para iluminar aspectos de uma realidade extremamente complexa.

O individualismo metodológico de Weber não o impediu de conferir importância à análise de temas como o do Estado, do poder, da ordem e da dominação. Mas todas essas categorias encerram uma relação ou uma interação entre indivíduos, não possuindo qualquer atributo transcendental. O caráter "relacional" das categorias de Weber fica claro nos seus escritos. Ao analisar as sociedades mais desenvolvidas, Weber observa o seguinte: "A lei existe quando há uma probalidade de que a ordem seja mantida por um quadro específico de homens que usarão a força física ou psíquica com a intenção de obter conformidade com a ordem, ou de impor sanções pela sua violação. (...) Em geral, entendemos por 'poder' a possibilidade de que um homem, ou um grupo de homens, realiza sua vontade própria numa ação comunitária até mesmo contra a resistência de outros que participam da ação".[11]

A sanção e a coerção, portanto, podem ser apenas uma manifestação da dominação de homens sobre homens, ainda que aplicadas por quadro específico de indivíduos encarregados de manter a ordem. Mas isso não significa que toda dominação se fundamente tão-somente na coerção. Como aduzido acima, Weber tem consciência de que a dominação precisa ser também aceita em alguma medida. É por isso que em sua definição do Estado moderno, o autor ressalta o aspecto da legitimidade: "(...) o Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território".[12] Ou seja, o Estado é a única fonte do "direito" de usar a violência, a qual, por sua vez, é vista como legítima. Se a violência monopolizada pelo Estado é legítima, parece lógico que a relação de dominação que ela traduz encontra uma justificação íntima que explica por que os homens obedecem.

Weber constrói três tipos ideais de dominação legítima. Na primeira, chamada de dominação tradicional, exercida pelo patriarca e pelo príncipe patrimonial, a obediência baseia-se na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes. Na dominação carismática, exercida pelo profeta, pelo governante plebiscitário ou pelo grande demagogo, o que conta é a dedicação e a confiança pessoal na revelação, heroísmo ou quaisquer outras qualidades excepcionais e extraordinárias da liderança. A dominação legal, finalmente, exercida pelo moderno funcionário do Estado, sustenta-se na fé na validade do estatuto legal e na competência funcional estabelecida por regras racionalmente cria-

(11) WEBER, Max. Classe, estamento, partido. In: GERTH, H.H. e MILLS, C. Wright (orgs.). *Max Weber: Ensaios de sociologia*. Rio de Janeiro : Guanabara, 1982, p. 211.

(12) WEBER, Max. A política como vocação. In GERTH, H.H. e MILLS, C. Wright (orgs.). Op. cit., p. 98.

das. O tipo ideal da dominação legal descreveria, assim, na sua forma pura, a dominação que tem lugar sob o Estado moderno, ou seja, a dominação baseada em estatutos, caracterizada pela obediência "(...) à ordem impessoal, objetiva e legalmente estatuída e aos superiores por ela determinados, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas".[13]

A emergência do Estado moderno, o fortalecimento das características do tipo ideal da dominação legal e o desenvolvimento do capitalismo são fenômenos paralelos que se reforçam mutuamente. Uma chave para entender esse processo de reforço mútuo é a tendência da racionalização, que perpassa todas as esferas da vida social. A racionalização dos processos sociais tem raízes, entre outros, no "desencantamento do mundo", vale dizer, no abandono das explicações mágicas para os eventos mundanos. No que tange especificamente ao Estado moderno, a racionalização crescente fortaleceu uma dominação baseada em estatutos legais, mas levou também à burocratização tanto no seio do quadro administrativo encarregado de organizar a dominação quanto nas empresas privadas. A razão para o sucesso da burocracia é sua superioridade técnica: "A razão decisiva para o progresso da organização burocrática foi sempre a superioridade puramente técnica sobre qualquer outra forma de organização. O mecanismo burocrático plenamente desenvolvido compara-se às outras organizações exatamente da mesma forma pela qual a máquina se compara aos modos não-mecânicos de produção".[14]

Em função dessa eficiência, o grande Estado moderno torna-se dependente, tecnicamente falando, de uma base burocrática. Além disso, a burocracia acompanharia inevitavelmente a moderna democracia de massa, pois o princípio que caracteriza a burocracia é o da regularidade abstrata da execução da autoridade, produto da procura da igualdade perante a lei, do horror ao privilégio e da rejeição a tratar individualmente os casos. A dominação legal atinge sua forma mais acabada com a burocracia, que se pauta pelo exercício de competências funcionais reguladas por estatutos, pelo princípio da hierarquia funcional, pela separação absoluta entre o quadro administrativo e os meios de administração. O resultado é uma dominação *sine ira et studio*, sem ódio e paixão. É o domínio da impessoalidade formalista, a atuação sob pressão de conceitos de dever e o abandono de considerações pessoais.

Pode-se indagar, nesse ponto, a relevância de Weber para o estudo do fenômeno da violência policial no Brasil. Não seria descabido perguntar qual é a relação entre as análises weberianas sobre a burocratização e a questão da violência. É justamente no conceito de monopólio da violência que reside a chave que permitirá abrir o manancial de conceitos weberianos para os propósitos de uma análise da violência policial. Cumpre assinalar, de início, que Weber identificou a pacificação da sociedade e a concentração dos meios de violência nas mãos do Estado como fatores que impulsionaram a burocratização. Trata-se da superação da resolução pessoal dos conflitos pela instauração da impessoalidade.

"Entre os fatores exclusivamente políticos, a crescente exigência de uma sociedade habituada à pacificação absoluta, por meio da aplicação da ordem e da proteção ('polícia') em todos os campos, exerce uma influência especialmente perseverante no sentido da burocratização. Um caminho contínuo leva desde as modificações das lutas sangüíneas, sacerdotalmente, ou por meio de arbitramento, até a atual posição do policial como o 'representante de Deus na Terra'. Os meios antigos atri-

(13) WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília : UnB, 1991, p. 141.

(14) WEBER, Max. Burocracia. In: GERTH, H.H. e MILLS, C. Wright (orgs.). Op. cit., p. 249.

buíam as garantias dos direitos e segurança do indivíduo diretamente aos membros de seu clã, que eram obrigados a ajudá-lo com juramentos e vingança".[15]

A vingança privada é assim substituída pela resolução impessoal dos conflitos. A violência, como meio específico do Estado, é "desprivatizada" à medida que o processo de pacificação da sociedade toma vulto. Ao mesmo tempo, um grupo especializado no uso da violência é criado para garantir os direitos e a segurança dos indivíduos, evitando que episódios de violência privada transformem a convivência no domínio do mais forte ou daqueles que melhor conseguem tecer relações pessoais e vínculos de fidelidade. Mas será que este cenário não seria demasiado róseo? E o que dizer dos Estados modernos em que o aparato repressivo é utilizado como instrumento de aniquilação de opositores políticos? Ou ainda, como seria possível enquadrar nesse arcabouço o caso brasileiro, em que os agentes do Estado muitas vezes se apropriam dos meios de violência para administrar uma concepção particular de justiça?

É importante ter presente, antes de mais nada, que Weber não procurou em sua obra fazer uma descrição *ipso facto* do processo histórico real. A realidade, para Weber, é por demais complexa para se deixar apreender por intermédio de instrumentos conceptuais ou categorias analíticas com pretensão à universalidade ou dotados de veleidades totalizantes. Weber buscou tendências e, sobretudo, construiu tipos ideais que não devem ser confundidos com a realidade ela mesma. Nem podem ser equiparados ao dever ser.

"Obtém-se um tipo ideal mediante a acentuação unilateral de um ou vários pontos de vista, e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isoladamente dados, difusos e discretos, que se podem dar em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo pontos de vista unilateralmente acentuados, a fim de se formar um quadro homogêneo de pensamento".[16]

Weber esclarece ainda o seguinte: "[O tipo ideal] Tem antes o significado de um conceito limite puramente ideal, em relação ao qual se mede a realidade a fim de esclarecer o conteúdo empírico de alguns dos seus elementos importantes, e com a qual esta é comparada".[17]

As formas de dominação legítima são tipos ideais que jamais são encontrados na realidade em sua forma pura. O mais comum, adverte Weber, é que a dominação real apresente características de mais de um tipo ideal. Caberá ao analista verificar em que medida a realidade empírica se aproxima ou se afasta dos elementos que compõem os tipos ideais. Seguindo esse caminho aberto por Weber, seria possível ver as formas concretas de dominação na sociedade brasileira como uma mescla em que elementos da dominação legal são interpenetrados por características dos outros tipos ideais. Essa parece ser a conclusão de alguns textos clássicos de interpretação da realidade brasileira, que tendem a ressaltar o peso das estruturas patrimoniais de dominação, em que o cargo público muitas vezes é tratado como um bem privado, sob as roupagens de um Estado legal racional.[18]

A prática cotidiana da violência policial parece afastar-se, assim, de alguns dos traços básicos de uma dominação legal exercida por intermédio de uma burocracia impessoal. A questão da impessoalidade talvez tenha uma importância fundamental, pois pressupõe que todos os casos

(15) Op. cit., p. 247-248.

(16) WEBER, Max. A 'objetividade' do conhecimento nas ciências sociais. In: COHN, Gabriel (org.). *Weber*. São Paulo : Ática, 1986, p. 106.

(17) Op. cit., p. 109.

(18) Ver, por exemplo: FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 7. ed. Rio de Janeiro : Globo, 1987.

recebam um tratamento padrão, fazendo da igualdade perante a lei um dos princípios essenciais do funcionamento da burocracia. No entanto, são inúmeros os exemplos no Brasil que revelam a desconsideração desse princípio básico. Aparentemente, a lei, que deveria ser igual para todos, adquire elasticidade na atuação diária da polícia, podendo ser desconsiderada, extrapolada ou aplicada exemplarmente, dependendo sempre da adequação do suspeito ou criminoso aos estereótipos que orientam as práticas dos agente policiais.

A título de ilustração, vale mencionar a seguinte conclusão de Roberto Kant de Lima, tirada a partir de sua análise da polícia carioca, mas que certamente poderia ser generalizada para outras regiões do país: "Em vez de apurar os fatos, a polícia vigia a população, num processo preliminar de seleção para a aplicação desigual da lei. (...) Ao exercer as funções judiciárias, a polícia não atua simplesmente como agente do sistema judicial, identificando os fatos criminosos previamente tipificados (previstos) pela lei, tal como estipula a teoria jurídica brasileira. Na realidade a polícia 'prevê' os fatos delituosos por meio de suposições relativas ao caráter do delinqüente (...)".[19]

Em geral, a polícia possui um conjunto de noções preestabelecidas que orientam a seleção dos alvos preferenciais de sua vigilância. Os jovens, negros, pobres, favelados, desempregados, mal-vestidos são equiparados a delinqüentes. Como recorda Alba Zaluar, a "opção preferencial da polícia pelos pobres" vem pelo menos desde o início da República: "Os bandidos para eles são seres infra-humanos ou desumanos: 'elementos', 'marginais', 'fascínoras', 'estupradores', rótulos que escondem a ausência de investigação policial e recaem sobre os que se aproximam do estereótipo do bandido, ou seja, o jovem pobre e de cor (...)".[20]

O interessante é que, com o tempo, o estereótipo do bandido como pobre, jovem e negro parece apenas ter se fortalecido, demonstrando a dificuldade de superação da estrutura hierárquica da sociedade, não obstante o discurso igualitário que acompanha a democracia política. Como a própria autora reconhece, o policial continua sendo treinado para vigiar, controlar e reprimir as classes previamente definidas como perigosas, em especial os pobres que habitam as favelas das grandes cidades brasileiras. A lei é portanto relativa e passa a ser negociada não apenas em função dos estereótipos que guiam a ação policial, mas também de acordo com a teia de relações que o suspeito consegue estabelecer na porção "respeitável" da sociedade. A probabilidade de um suspeito ser torturado vê-se substancialmente reduzida quando consegue demonstrar que possui conhecidos na polícia e no judiciário, ou quando, apesar de inequivocamente criminoso, provém dos estratos superiores, educados, "bem-nascidos" da sociedade.

Embora na prática a impessoalidade no Brasil se limite, ao menos quando se abstrai a estrutura macro-política, a um ideal, a uma promessa que acompanha o liberalismo democrático ainda pouco enraizado, os estatutos legais permanecem como ponto de referência, conferindo legitimidade à organização de movimentos sociais que contestam a discriminação e o caráter casuístico da aplicação da lei. De qualquer forma, deve-se reconhecer que o modelo de dominação legal pode ser útil somente na medida em que se identifiquem os aspectos da realidade que se aproximam e, sobretudo, se afastam do modelo. Além da impessoalidade, em grande medida ausente do trabalho policial, outra característica diretamente relacionada

(19) LIMA, Roberto Kant de. *A polícia na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 8.

(20) ZALUAR, Alba. *Condomínio do diabo*. Rio de Janeiro : Revan/Editora UFRJ, 1994, p. 266.

é a relativa dificuldade de se descrever o caso brasileiro como exemplo de monopólio da violência física legítima.

A rigor, esse monopólio nunca existiu em sua forma pura, mas as sociedades contemporâneas, sobretudo a partir da formação do Estado moderno, apresentam a tendência de confiar a um grupo especializado a função de exercer a violência de modo tido como imparcial. De acordo com Norbert Elias, os povos da Europa ocidental passaram por um processo de refinamento e, aos poucos, tornaram-se menos tolerantes diante da brutalidade, ao mesmo tempo em que o Estado centralizava os meios de violência e retirava dos cidadãos a prerrogativa de recorrer à violência privada. Com efeito, os dados disponíveis parecem confirmar esse movimento histórico: durante o século XIX e até a Primeira Guerra Mundial ocorreu um declínio geral da violência urbana na Europa ocidental.

Não obstante, o próprio Elias reconhece que a manutenção de padrões civilizados de comportamento requer certas condições, como um nível relativamente estável de auto-disciplina. Estas condições "(...) are linked in turn to particular social structures, the preservation of an accostumed standard of living and especially social pacification – the non-violent settling of conflicts through the state".[21]

No caso brasileiro, o trabalho policial parece refletir a incapacidade de o Estado resolver pacificamente os conflitos sociais. Além disso, o monopólio da violência física legítima é minado pela própria atuação ilegal da polícia, que tende a apoderar-se dos instrumentos de violência em uma duvidosa "cruzada" contra os criminosos e suspeitos. Longe de representar um uso legitimado por estatutos legais e funcionar como uma engrenagem na cadeia de comando burocrática, a atuação policial adquire certa autonomia na interpretação de seus deveres e tende a reproduzir uma concepção hierárquica de sociedade que se encontra em desacordo com os princípios da formalidade e da impessoalidade.

A quebra no monopólio da violência física legítima talvez seja expressão de uma sociedade que encontra dificuldades não desprezíveis em pacificar-se, ou seja, em encontrar canais de negociação e de solução pacífica dos conflitos que emergem nas diferentes esferas da vida social. A polícia aparece como a ponta desse "iceberg", reproduzindo e reforçando noções de senso comum que permeiam um leque muito mais amplo de atores sociais. De fato, quando a polícia invade barracos na periferia das grandes cidades brasileiras e comete uma variada gama de arbitrariedades contra os moradores das favelas, ela o faz porque possui a certeza de que está agindo de acordo com o que dela espera a sociedade ou as "pessoas de bem". Os sentimentos contraditórios que os moradores das favelas demonstram em relação à polícia não deixam de ser reveladores sobre o poder de convencimento dos mitos construídos em torno da idéia de crime e da caracterização do criminoso. Geralmente, os moradores condenam a polícia por não diferenciar entre "bandidos" e "trabalhadores", tratando todos os habitantes da localidade como potencialmente perigosos. No entanto, quando a polícia faz "justiça", eliminando os "verdadeiros bandidos", recebe com freqüência o aplauso da população local, que encara tais atos como "legítimos" e não como a quebra do monopólio da violência física do Estado.

4. À guisa de conclusão: alcance e limites da contribuição dos clássicos

A diferenciação estabelecida entre os dois eixos da problemática da violência policial deve ser vista como um recurso

(21) ELIAS, Norbert. Violence and civilization: The state monopoly of physical violence and its infringement. In: KEANE, John (ed.). *Civil society and the state*. New York: Verso, 1988, p.177.

puramente analítico, posto que na prática não é possível identificar a quebra no monopólio da violência física legítima sem ver, ao mesmo tempo, as representações de senso comum que estão na base da atitude que gera tal fissura no funcionamento do Estado. Nesse sentido, é possível integrar em um único corpo analítico as contribuições de Weber e Durkheim, desde que se tome o cuidado de fazer as adaptações devidas e de utilizar tais contribuições não como cardápio de soluções, mas na qualidade de auxiliares no estabelecimento de comparações entre, de um lado, o arsenal de conceitos e de categorias e, de outro lado, a manifestação empírica da violência policial no Brasil.

É preciso, no entanto, explicitar que a utilização das categorias weberianas ou durkheimianas obedece aos propósitos específicos do pesquisador da violência policial e, por essa razão, são redirecionadas para objetivos que talvez não correspondam às intenções originais dos autores que as formularam. A apropriação que se procurou empreender neste ensaio do pensamento dos clássicos reside justamente nesse "redirecionamento", em que as categorias originais são adaptadas para a realidade estudada. Poder-se-ia objetar, contudo, que esse método acaba por descaracterizar tais categorias e conceitos produzidos em outros contextos e, freqüentemente, com outras intenções. Outra crítica, conseqüência lógica da anterior, poderia defender que nada garante que os clássicos tenham algo a dizer sobre a realidade atual ou, caso tenham contribuições que possam ser aproveitadas, não seria recomendável, de qualquer modo, integrar dois pensadores "completamente" diversos em um mesmo arcabouço teórico.

A essa crítica não seria difícil responder com o argumento de que o trabalho científico não pode consistir em aplicação mecânica de instrumental teórico previamente elaborado e tampouco pode desconsiderar totalmente as contribuições dos autores clássicos. Deve-se buscar um meio-termo entre esses dois extremos, em que a utilização dos instrumentos analíticos dos clássicos fora de seus contextos originais seja realizada com consciência. A integração do pensamento dos clássicos em qualquer arcabouço teórico voltado para a análise da realidade contemporânea não pode limitar a criatividade ou o alcance da análise, mas liberar o pensamento para inovar teoricamente no processo de construção do objeto científico. Se o objeto científico é o resultado de um processo de conquista, construção e constatação,[22] não pode haver um *script* ou roteiro capaz de guiar o pesquisador.

A "conquista" do objeto significa o rompimento com as pré-noções e o senso comum. O problema maior talvez resida no passo seguinte, ou seja, na construção propriamente dita do objeto, em que, segundo José Vicente Tavares dos Santos,[23] dimensões do objeto real são organizados pelo conhecimento teórico, de modo a problematizar e formular hipóteses sobre o real. É nesse momento que se estabelece uma "via de mão dupla" entre a contribuição clássica e as necessidades específicas da pesquisa empírica, tomando os textos de Weber e Durkheim – assim como de outros autores clássicos – como pontos de referência, instrumentos auxiliares na formulação de problemas que certamente não foram pensados nos mesmos termos por aqueles autores.

Com relação à segunda crítica, parece descabido argumentar que Weber e Durkheim nada tenham a dizer sobre a realidade contemporânea. A exposição feita neste ensaio demonstra que a contribuição desses autores pode ser extremamente útil para a análise da violência policial no Brasil. Mais importante, no entanto, é a

(22) BOURDIEU, Pierre *et alii*. *Le métier de sociologue*. Paris : Mouton, 1968.

(23) SANTOS, José Vicente Tavares. A construção da viagem inversa: ensaios sobre a investigação nas ciências sociais. *Cadernos de Sociologia*. 3(3):55-88, jan./jul. 1991.

afirmação de que não seria recomendável juntar dois autores diversos em um corpo teórico uno. Sem dúvida essa observação merece atenção mais detida. Cumpre assinalar, primeiramente, que as diferenças entre os dois autores não foram minimizadas, tanto que se optou por utilizar suas contribuições em dois níveis de análise distintos: Durkheim auxiliou como contraponto ao senso comum vulgar que justifica a violência policial; Weber ajudou por meio da utilização da noção do monopólio da violência física legítima e do tipo ideal da dominação legal como dois intrumentos de "medição" da configuração específica assumida pelo aparelho repressivo de Estado no Brasil.

Mas resta evidente que se foi possível integrar os dois autores, ainda que em níveis de análise e de abstração distintos (Durkheim no nível das relações sociais e laços morais; Weber no nível da configuração institucional do Estado), é porque suas diferenças não chegam ao ponto de inviabilizar uma certa complementaridade. Ambos autores tiveram como preocupação fundamental o estudo da constituição da sociedade capitalista moderna e, apesar dos pontos de partida distintos, tentaram entender as características principais desse processo. A forma tomada pela solidariedade que mantém unido o agrupamento social sob o signo da diferenciação, em Durkheim, e as tendências da burocratização, racionalização e fortalecimento das características do tipo ideal de dominação legal, em Weber, podem muito bem ser interpretados como duas faces da mesma moeda: o da instauração do que se convencionou denominar modernidade no mundo Ocidental.

A utilidade dos dois autores para os propósitos do estudo da violência policial não deve obnubilar, porém, a percepção de seus limites. No que tange à contribuição de Durkheim, poder-se-ia sublinhar a importância reduzida conferida pelo autor ao conflito, ao mesmo tempo em que se mostra propenso a ver a harmonia do todo como uma decorrência natural de uma sociedade moralmente sadia. A mudança social e o conflito existem, mas não chegam a ameaçar a continuidade do todo enquanto uma entidade dotada de certa coerência e cimentada pela solidariedade. Se o conflito entre as partes do todo ameaçam sua continuidade enquanto tal, estar-se-ia diante de uma manifestação mórbida. A concepção de solidariedade orgânica tende a subestimar o antagonismo de interesses e a violência, material ou simbólica, que pode se inscrever de modo mais ou menos permanente nas relações sociais. Nesse aspecto, o pensamento de Durkheim apresenta seus limites mais evidentes para a análise da violência policial ilegal, a qual muitas vezes é expressão de relações sociais autoritárias, refletindo e reproduzindo uma concepção hierárquica de cidadania difusa no meio societário.

Weber não pode ser acusado de ter subestimado os aspectos conflitivos, uma vez que boa parte de sua obra procura evidenciar a luta constante dos homens pela monopolização de bens escassos, sejam econômicos, políticos ou sociais. Nesse ponto, Weber se afasta de Durkheim e oferece vasto instrumental para a análise das relações de dominação. Não obstante, é forçoso admitir, com Pierre Bourdieu, que para Weber o reconhecimento da legitimidade é um ato livre de uma consciência clara. Para Bourdieu, contudo, a dominação exercida por meio do Estado se desdobra em uma *doxa*: "La *doxa* est un point de vue particulier, le point de vue des dominants, qui se présente et s'impose comme point de vue universel; le point de vue de ceux qui dominent en dominant l'État et qui ont constitué leur point de vue en point de vue universel en faisant l'État".[24]

O que Bourdieu enfatiza, e que talvez não tenha sido percebido em todas suas implicações por Weber, é que a obediência às injunções estatais não pode ser com-

(24) BOURDIEU, Pierre. *Raisons pratiques*. Paris : Seuil, 1994, p. 129.

preendida nem como submissão mecânica a uma força nem como consentimento consciente à ordem. De acordo com Bourdieu, a obediência tem a ver com a monopolização do universal que se dá no seio do campo burocrático. Em suma, a obediência resulta de um trabalho histórico de construção simbólica em que se consolida a representação do Estado como lugar da universalidade e do serviço do interesse geral. Ao cabo dessa construção simbólica, o que é na verdade o interesse de camadas dominantes aparece como o interesse geral.

Tendo presentes tanto o alcance quanto os limites do pensamento de Durkheim e Weber, parece de todo viável incorporar suas contribuições ao estudo da violência policial no Brasil. Para tanto, é fundamental manter uma leitura crítica desses autores clássicos, que leve em conta as necessidades específicas da construção do objeto à luz da pesquisa empírica e da confrontação com autores contemporâneos. O que se tentou realizar neste ensaio constitui um passo inicial nesse sentido, mas, como se trata de empreendimento complexo, sua viabilidade somente poderá ser demonstrada a contento pelo aprofundamento dos caminhos aqui apenas sugeridos.

Bibliografia

BOURDIEU, Pierre *et alii. Le métier de sociologue*. Paris : Mouton, 1968.

———. *Raisons pratiques*. Paris : Seuil, 1994.

CALDEIRA, Teresa P. R. Crime and individual rights: reframing the question of violence in Latin America. In: JELIN, Elizabeth and HERSHBERG, Eric (eds.). *Constructing democracy: human rights, citizenship and society in Latin America*. Boulder: Westview, 1996.

CARDIA, Nancy. Direitos humanos e exclusão moral. *Sociedade e Estado*. X(2): 343-389, jul./dez. 1995.

DURKHEIM, Émile. *A ciência social e a ação*. Lisboa : Livraria Bertrand, 1975.

———. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo : Martins Fontes, 1995.

———. *L'education morale*. Paris : Presses Universitaires de France, 1992.

———. *Leçons de sociologie*. Paris : Presses Universitaires de France, 1950.

———. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris : Flammarion, 1988.

ELIAS, Norbert. Violence and civilization: the state monopoly of physical violence and its infringement. In: KEANE, John (ed.). *Civil society and the state*. New York: Verso, 1988.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 7. ed. Rio de Janeiro : Globo, 1987.

GIDDENS, Anthony. Durkheim's political sociology. In: GIDDENS, Anthony. *Politics, sociology and social theory*. Stanford: Stanfor University Press, 1995.

LIMA, Roberto Kant de. *A polícia na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SANTOS, José Vicente Tavares. A construção da viagem inversa: ensaios sobre a investigação nas ciências sociais. *Cadernos de sociologia*. 3(3):55-88, jan./jul., 1991.

WACQUANT, Loïc. Durkheim e Bourdieu: A base comum e suas fissuras. *Novos estudos Cebrap*. (48): 29-38, jul. 1997.

WEBER, Max. A "objetividade" do conhecimento nas ciências sociais. In: COHN, Gabriel (org.). *Weber*. São Paulo : Ática, 1986.

———. A política como vocação. In: GERTH, H.H. e MILLS, C. Wright (orgs.). *Max Weber: Ensaios de sociologia*. Rio de Janeiro : Guanabara, 1982.

———. Burocracia. In: GERTH, H.H. e MILLS, C. Wright (orgs.). *Max Weber: Ensaios de sociologia*. Rio de Janeiro : Guanabara, 1982.

———. Classe, estamento, partido. In: GERTH, H.H. e MILLS, C. Wright (orgs.). *Max Weber: Ensaios de sociologia*. Rio de Janeiro : Guanabara, 1982.

———. *Economia e sociedade*. Brasília : UnB, 1991.

ZALUAR, Alba. *Condomínio do diabo*. Rio de Janeiro : Revan/Editora UFRJ, 1994.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.2

UM BREVE PANORAMA DA TEORIA SOBRE A VIOLÊNCIA CRIMINAL URBANA NO BRASIL

GLAUBER SILVA DE CARVALHO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A violência e as instituições: a abordagem sociológica – 3. A violência e a linguagem dos direitos – 4. A violência, cultura e o cotidiano: a abordagem antropológica – Bibliografia.

Resumo: Procuro desenvolver as principais tendências de pesquisa no Brasil sobre violência criminal. Cubro um período que vai de meados dos anos 70 até fins dos anos 80. Interessa-me apresentar como esta forma de pensar a violência apareceu no país. Antes dos anos 70, vigiam outras formas de pensar a violência, e, depois dos anos 90, os estudos se multiplicaram. Nesse sentido, há um grupo de pesquisadores que faz uma transição, e cria uma maneira de construir/pensar a violência bastante mediada pelos conceitos provenientes do direito penal. Entram em cena o crime e o criminoso. Este artigo, antes de levantar hipóteses e explicações sobre este discurso, pretende dar uma visão panorâmica sobre todo esse processo de pesquisa.

Palavras-chave: Violência; Crime; Ciências Sociais; Instituições; Sociabilidade; Direitos humanos.

1. Introdução

Não temos a intenção aqui de cobrir toda a produção sobre violência criminal no Brasil, porém tão-somente a que foi produzida entre meados de 70 até fins dos anos 80, um período importante para este veio de pesquisa. Ademais, procuramos enfocar o que existe de mais representativo em cada uma das abordagens do fenômeno em questão. Um segundo recorte é que este artigo privilegia o que se convencionou chamar de violência urbana. Há muitas formas de violência específicas, isto é, violência contra a mulher, contra criança, contra homossexual etc., fenômenos estes também estudados desde os anos 80, e mesmo no fim dos anos 70.[1]

A questão da violência criminal urbana, segundo nosso ponto de vista, tem sido pensada no interior do recorte atrás mencionado basicamente segundo três grandes critérios: a) uma sociologia empírica preocupada com as instituições; b) um pensamento teórico preocupado com a questão dos direitos humanos e, c) uma antropologia que busca pensar a violência enquanto um desfecho de microrrelações ou microengrenagens ou, dito de outra forma, de reciprocidades e sociabilidades que, dadas as suas características, podem desdobrar-se em atos criminosos.

Com este quadro não queremos nem esgotar a questão da violência (pois há muitas outras formas de violência, mesmo do tipo criminal), e nem reduzir os estudos que a seguir abordaremos como os únicos existentes. Trata-se tão-somente

(1) Basicamente, este artigo decorre de meu mestrado recentemente defendido na Universidade de São Paulo, "Abordagens teóricas da violência criminal: respostas das ciências sociais a um momento político". Dissertação de mestrado, Departamento de Sociologia, USP, 1999. Lá eu desenvolvo mais extensamente essas idéias, e procuro *re-significar* este discurso sobre a violência no contexto político e institucional pelo qual o país passava.

de apresentá-los como uma das formas de se pensar a *violência criminal urbana*.[2] Como dissemos, deve-se lembrar que um vasto conhecimento já se tem construído sobre a violência contra a mulher, assim como sobre a violência contra a criança e o adolescente. Para além dos limites urbanos, deve-se lembrar que a violência no campo ou rural também tem sido objeto de várias pesquisas. Este trabalho, no entanto, não tem como objeto a violência contra um grupo específico, mas, sim, a violência criminal mais genérica, que pode vitimar homens, mulheres, crianças, adolescentes e idosos.

Nestas observações preliminares, devemos lembrar ainda que este tema também teve suas primeiras aparições no interior do marxismo, porém nem nesta abordagem o tema teve continuidade, e nem na maioria das pesquisas atuais a questão macroestrutural vingou, o que não significa que num futuro próximo antigas questões sejam repostas.

A questão da violência criminal surge justamente num momento de crise do socialismo real e do marxismo. Toda a contribuição imediatamente posterior tentará apagar qualquer contribuição que a dialética tinha porventura a dar. Mas vale o registro de que alguns pesquisadores, como Misse e Oliven, já abordaram esse tema por esta forma de construir o objeto. Aliás, talvez uma das primeiras obras sobre criminalidade no registro atual tenha saído de uma obra coletiva na qual Misse participou.

Em grandes linhas, a criminalidade tinha de ser pensada no interior de linhas macroestruturais, isto é, havia um sistema político e econômico que engendra marginais que optam pela criminalidade como estratégia de sobrevivência. Essa abordagem foi duramente criticada pela sociologia, e acreditamos até que tenha havido uma redução deste pensamento a uma dicotomia elementar: pobres e criminalidade. Para Misse, talvez sua grande contribuição dos anos 80, já mais livre da armadura do marxismo, é de que não adianta negar que pobreza e criminalidade não tenham causalidade, pois é um tema que aturde a todos. Para ele, é preciso atravessar o "fantasma", e não negá-lo.[3]

A propósito, este tema da pobreza e da criminalidade foi um debate acirrado nos idos de 80 (bem como tantos outros, como o papel da polícia na democracia, as violações de direitos humanos etc.). Havia claramente um problema político – a redemocratização – e algumas questões decorrentes: a polícia atua indiscriminadamente contra principalmente as pessoas oriundas das classes populares. De outro lado, havia uma "indignação" contra a escalada da criminalidade, e os estereótipos, sabemos todos, já estavam demarcados.

Basicamente é este o pano de fundo no qual todas as teorias a seguir estão inseridas.

(2) Em uma revisão bibliográfica, Adorno recortou o tema da violência sob outro prisma. Ver Adorno, 1993.

(3) Para os estudos na abordagem marxista, ver: Misse, Michel e Motta, D. *Crime: o social pela culatra*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1979. Sobre a questão das causalidades: Misse, "Cinco teses equivocadas sobre a criminalidade urbana no Brasil – Uma abordagem crítica, acompanhada de sugestões para uma agenda de pesquisas". *Série Estudos, IUPERJ*, n. 91, agosto de 1995; "Criminalidade urbana violenta no Brasil: o problema das causas". *Comunicação & política*, n. 1, v. 2, p. 251-258; "Crime e pobreza: velhos enfoques, novos problemas." *O Brasil na virada de século: o debate dos cientistas sociais*. Villas Boas, Glaucia, Gonçalves, Marco Antônio (orgs.). Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1995. Para os estudos de Ruben George Oliven, ver: *Metabolismo social da cidade e outros ensaios*. Porto Alegre: Editora da Urgs, 1974; "A violência como mecanismo de dominação e como estratégia de sobrevivência." *Dados. Revista de Ciências Sociais*. 23/1980, Rio de Janeiro, p. 371-376; *Violência e Cultura no Brasil*. Petrópolis : Vozes. 1983; *Urbanização e mudança social no Brasil*. 4. ed. Petrópolis, (1. ed. 1984), 1988.

De um lado, o marxismo; de outro, a democratização. E um denominador comum: todos se indignam com a violência que não pára de crescer.

2. A violência e as instituições: a abordagem sociológica

Esse eixo de pesquisa tem sido um dos mais prolíferos na academia, e podem ser lembrados como representantes deste primeiro grupo Coelho, Paixão e Adorno, por exemplo. Texto fundamental desta abordagem é o pioneiro estudo de Coelho (Coelho, 1978), cujo título resume perfeitamente o questionamento que será ali encetado, "A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade". O título, como se pode observar, não está na forma de uma pergunta, de modo que podemos afirmar que há um processo ambíguo na questão da criminalidade: há uma criminalização dos marginais sociais, econômicos, e que acabam se tornando marginais da lei, mas há também um processo de se tornar a criminalidade algo tão-somente de marginais sociais. Na verdade, trata-se de um processo só, sendo apenas um o resultado do outro a longo prazo. O espaço não nos permite acompanhar detalhadamente o percurso de sua argumentação, porém seu objetivo é questionar "a relação causal entre marginalidade e criminalidade urbanas" (Coelho, 1978:140).

Em primeiro lugar, como é de conhecimento de todos, as cidades *americanas* apresentam uma similaridade muito grande entre si, isto é, nas regiões centrais da cidade localizam-se as camadas mais pobres da sociedade, e as classes médias e mais altas vão para as periferias, ou subúrbios, como são chamadas as cidades ou mesmos os bairros mais afastados do centro. Buscam estes setores uma qualidade de vida melhor, espaço para criação de filhos, mais segurança etc. Quanto à criminalidade, as pesquisas constatam que os crimes ocorrem com maior freqüência nos centros da cidades, coincidindo então com os setores mais pobres da sociedade.

Apesar das grandes diferenças entre as cidades latino-americanas e as norte-americanas do ponto de vista da ecologia urbana – as periferias são os bairros pobres das cidades na América Latina como um todo –, a violência criminal também coincide com estes setores da cidade onde residem as pessoas oriundas das camadas mais populares. Crime e pobreza, à semelhança do que ocorre em outras cidades norte-americanas e mesmo em outras cidades latinas, parecem confluir para o mesmo espaço, afirma Coelho, formando uma característica ecológica das cidades, seguindo uma tradição da Escola de Chicago. Em outros termos, a criminalidade recruta seus atores entre os marginais da sociedade.

É aqui que Coelho começa a desconstruir as falácias desta operação de equivalência entre criminalidade e marginalidade. Ele mesmo confirma a equivalência utilizando-se das estatísticas oficiais, porém o faz, sem que o leitor o saiba, apenas como exposição do que será criticado posteriormente, desnudando o vício de origem das pesquisas: "este vício consistia em que as próprias análises ecológicas eram (e ainda são) tendenciosas, por se apoiarem em estatísticas oficiais sobre a criminalidade". E arremata: "ambas [estatísticas sobre *crimes* conhecidos da polícia e *prisões* efetuadas] têm reduzido grau de validade" (Coelho, 1978:153). Seus argumentos para invalidar as estatísticas oficiais: a) elas refletem o viés de entrada, já que certas classes sociais prestam mais queixa à polícia do que outras; b) elas refletem as vicissitudes das organizações policiais, especialmente no que diz respeito a suas operações (pressão política, campanhas morais, estereótipos dos policiais, grau socioeconômico do queixoso e do indiciado etc.).

O termo usado por Coelho para este veso é "contaminação". "Um número crescente de pesquisadores tem concluído que, em vista do alto teor de contaminação das estatísticas oficiais, nenhuma hipótese que associe criminalidade a qualquer fator (aí

incluído principalmente *status* socioeconômico) pode ser testada com base nesses dados" (Coelho, 1978:155). E passa a mostrar que pesquisas com outras fontes podem apontar para realidades completamente diferentes, já que as estatísticas oficiais criminalizam tão-somente a marginalidade, sendo que, com outras fontes, os resultados são diversos. Pesquisas brevemente relatadas por ele mostram que pessoas de níveis socioeconômicos mais elevados cometem tantos ou mais crimes (proporcionalmente) que aquelas das camadas mais baixas da sociedade. E passa a relatar crimes como fraudes, colarinho branco entre outros. Estes crimes, porém, não contam com a mesma reprovação nem da sociedade e nem da polícia. "Em síntese, embora cometam atos objetivamente idênticos, ao marginal caberão as formas desaprovadas do comportamento; aos indivíduos de *status* elevado, as formas aprovadas ou neutras" (Coelho, 1978:157). Assim, se o preconceito e a falta de capital econômico são fundamentais para se tornar um criminoso reprovável, importa menos "o que as pessoas fazem ou deixam de fazer, mas o que a *audiência faz a* elas ou *para* elas" (Coelho, 1978:158, grifos do autor). E assim se criam os "papéis sociais". Para um determinado papel social está previsto um tipo social adequado. Portanto, a atuação do ator (tipo social) tem de se adequar ao papel (e não o contrário, como acontece no teatro). A quebra deste roteiro é muito difícil, pois os mecanismos para que o roteiro seja interpretado corretamente são muito fortes. As leis, por exemplo, "são criadas ou elaboradas de tal forma que a probabilidade teórica de serem violadas por certos tipos sociais coincidem com as probabilidades imputadas a certos *roteiros típicos*". *E* conclui com sua famosa explicação: Neste sentido, a *marginalização da criminalidade* consiste em imputar a certas classes de comportamento probabilidades teóricas elevadas de que ocorram em conjunção com o *tipo marginal.* E a forma pela qual as leis são formuladas e administradas introduz o elemento da *profecia que se auto-realiza* (Coelho 1978:158 s, grifos do autor).

Este talvez seja um artigo inovador de um veio de pesquisas bastante promissor. Não entraremos em detalhe sobre os outros artigos desse pesquisador, igualmente importantes, pois o espaço não nos permite (Coelho, 1978b,1980, 1988). Esse autor continua a argumentar que fatores socioeconômicos não influenciam diretamente na criminalidade, e leva seu argumento até as últimas conseqüências de que, para reverter o quadro da criminalidade, implica em optar por políticas dissuasórias, isto é, a criminalidade guarda relação com questões dos aparelhos do Estado ligados ao tema: Judiciário e Polícia (Coelho, 1988).

Dando um passo além, podemos perceber que esta tese da criminalização da marginalidade mostra-se particularmente importante para Paixão e Adorno. Antônio Luiz Paixão, ao começo de sua produção científica, voltou-se para temas tais como polícia, presídio e violência urbana. Paixão faz uma grande reconstrução histórica da violência em Belo Horizonte de 1932 a 1978, e, pelos dados oficiais, tem-se a seguinte conclusão: "A análise dos dados sobre crimes e criminosos de Belo Horizonte revela o que já sabíamos – uma clara associação entre marginalidade social e comportamento criminoso. Ela contribui, portanto, para reforçar empiricamente a idéia da afinidade entre pobreza e desvio nas grandes cidades. Oprimidos pela miséria, experimentando intensas desigualdades e contidos na realização de suas aspirações pelas barreiras de classe, favelados, desempregados, trabalhadores não especializados e outros contigentes da marginalidade urbana são atraídos para atividades criminosas na medida em que percebem os ganhos do crime como superiores em relação aos benefícios de atividades legais". (Paixão, 1983:41)

Esta afirmação seria válida se, e tão-somente se, as estatísticas oficiais fossem

"objetivas", isto é, se refletissem o real movimento da criminalidade, e não apenas uma "lógica em uso" do policial. Através das estatísticas, as pesquisas apontam que há relação entre marginalidade e criminalidade, seja nas pesquisas de Paixão, seja nas de Coelho. É feita, então, uma desconstrução do modo de operação das instituições que são responsáveis pelas estatísticas, neste caso, a polícia. Coelho o fez apenas teoricamente, e Paixão tem um artigo publicado sobre o tema, *A organização policial numa área metropolitana.* Utilizando-se de uma perspectiva organizacional (Paixão, 1982:66), ele tenta compreender a Polícia Civil e seu argumento consiste em mostrar a disjunção entre a formalidade e a informalidade. Em suas palavras, "a atividade prática do inquérito policial é orientada, por um lado, por avaliações organizacionais de adequação dos instrumentos legais disponíveis para a apuração 'das broncas', e, por outro lado, pela aplicação a casos concretos de teorias e estoques de conhecimento policiais sobre a natureza do fenômeno criminoso e seus atores" (Paixão, 1982:74). Assim, se a teoria manda ir do crime ao criminoso, a prática policial corre ao contrário, isto é, parte do criminoso para chegar ao crime. Nesse sentido, o policial tem uma clientela marginal de onde ele vai tirar o autor do crime, ou chega ao autor através desta clientela. E aqui Paixão utiliza-se do mesmo quadro conceitual de Coelho, de tipificações, acrescentando o conceito de "estoque de conhecimento". Há um conjunto de atores desempenhando papéis, mas, para Paixão, sua fundamentação está antes em alguns outros pesquisadores americanos sobre criminalidade. Seu campo teórico é fundamentado na teoria americana sobre criminalidade, especialmente aqueles que desmontaram as estatísticas oficiais a partir de dentro, mostrando que elas são apenas o resultado final de um processo que começa com o olhar do policial. Assim, as estatísticas oficiais, antes de refletirem a realidade, refletem o mundo ou a cultura dos policiais, ou das organizações policiais. Vivendo entre bicheiros, prostitutas, bandidos, marginais de toda sorte, mendigos, "vagabundos" etc., o policial constrói seu universo de onde obterá informação e de onde tirará os sujeitos para seus inquéritos. Portanto, se, ao fim e ao cabo, só há pobres nas estatísticas oficiais, outro resultado não poderia ser esperado. É a realização da profecia autocumprida.

Não são apenas os policiais que constroem um mundo para neles trabalhar. Sociólogos também o fazem. Em um de seus artigos, Paixão analisa um pequeno texto de Hélio Jaguaribe, publicado em jornal do Rio de Janeiro, a fim de mostrar como "o diagnóstico sociológico da violência urbana, enquanto exemplo de como percepções e crenças socialmente produzidas 'traduzem' uma estrutura cognitiva em uma linguagem profissional que constrói o problema do crime, pela criação dos fatos objetivos que, para todos os efeitos práticos, constituem a realidade do fenômeno social" (Paixão, 1990:69s). O caso tratado no artigo de Jaguaribe é relacionar o conflito entre polícia e moradores da Rocinha com as guerras entre traficantes no Morro da Dona Marta. Para Paixão, a análise de Jaguaribe está presa a ortodoxias sociológicas segundo as quais haveria uma realidade e uma aparência. No caso, os atos de violência no Rio mostram, para Jaguaribe, uma realidade mais profunda que os simples atos violentos, uma verdadeira guerra entre um Brasil moderno e um Brasil tradicional e marginal. As causas do conflitos, assim, estariam no atraso e na miséria, nas favelas e bairros degradados etc.

Após descrever a forma como Jaguaribe constrói o fenômeno da violência, passa a apontar para os mitos, segundo sua própria concepção, que subjazem no artigo analisado. O primeiro mito trata da afinidade entre marginais e criminalidade. Novamente sua argumentação recai sobre o desvio das estatísticas oficiais, e que não explica por que a "maioria dos pobres urbanos

rala em silêncio e repudia a via criminosa de transposição do abismo da miséria" (Paixão, 1990:74). O segundo mito debatido por ele é o das classes perigosas e da patologia, que vê nos atos violentos um sinal negativo, expressão de uma massa de pessoas indistintamente ajuntadas diante de um Brasil "moderno", violência indicativa de uma patologia grave de um país rachado.

De forma bastante resumida, nosso objetivo é apenas indicar a tese que Paixão recusa em algum de seus estudos, qual seja, a que aponta a relação causal entre marginalidade, pobreza e criminalidade. Sua intenção, por outro lado, é mostrar que a realidade das estatísticas não é uma realidade absoluta, mas uma construção social dos policiais (ao ter os pobres favelados em constante suspeição), um olhar de uma instituição. Assim, se se transformar o resultado do trabalho da Polícia, isto é, as estatísticas, em fonte de trabalhos sociológicos, estes podem até ganhar modelos coesos nos quais a violência tem suas causas nos problemas estruturais da sociedade, especialmente os de ordem socioeconômica, mas que na verdade refletem apenas uma lógica em uso dos policiais.

Outro autor a pesquisar instituições e que poderia ainda ser pensado como integrante do argumento que temos até aqui elaborado é Adorno. Seria impossível fazer um detalhado panorama de sua produção e, portanto, concentrar-nos-emos em apenas alguns de seus artigos. Há pelo menos alguns aspectos que lhe são muito caros. Seu tema ao longo da década de 80 foi a questão presidiária, trazendo importante contribuição ao pensamento sociológico. Depois, temos uma fase no qual Adorno se volta para o Judiciário. À parte disso, podemos encontrar alguns artigos sobre educação, violência e socialização, entre outros temas.

O primeiro artigo que queremos ressaltar aqui, *Reincidência e reincidentes penitenciários em São Paulo, 1974-1985* (Adorno e Bordini, 1989), sintetiza uma série de artigos que foram publicados anteriormente, e portanto parece-nos um artigo-síntese de um período. De acordo com os autores, eles se limitam a "descrever e interpretar resultados parciais alcançados com a primeira fase de uma pesquisa, mais ampla, cujo objeto reside no estudo da reincidência na Penitenciária do Estado de São Paulo. Nossa atenção concentra-se, nesta etapa, em dois aspectos: primeiro, avaliar a magnitude da reincidência penitenciária; segundo, conhecer e interpretar o perfil social dos reincidentes penitenciários, comparativamente aos não reincidentes" (Adorno e Bordini, 1989:70). O universo empírico circunscrito na pesquisa são 252 sentenciados libertados, homens, entre os anos de 1974 e 1976.

A par deste objetivo, há algumas questões feitas pelos autores que merecem destaque: "Em primeiro lugar, cabe indagar em que medida as condições sociais de existência, impostas pelo modelo de desenvolvimento capitalista adotado nesta sociedade, produzem a reincidência, regulando seu ritmo e intensidade e determinando suas formas de expressão. Em segundo lugar, cabe igualmente indagar que efeitos os aparelhos repressivos de Estado, entre os quais o complexo polícia-justiça-prisão, exercem sobre a delinqüência, delimitando o espaço possível de sobrevivência e de resistência dos reincidentes. A prisão, enfim, agrava a reincidência e produz a delinqüência? (Foucault). Em terceiro lugar, em que medida a identidade social dos reincidentes constitui materialização de um processo de socialização conflituosa, resultante de contradições que atravessam a estrutura social, elegem os aparelhos repressivos de Estado como *locus* privilegiado do controle da criminalidade e se cristalizam no comportamento que, impossibilitados de assumir sua condição de liberdade civil, em toda sua plenitude, não dispõem de outra alternativa? Enfim, em que medida a reincidência penitenciária configura indicador

das tensões e conflitos inerentes à lógica de funcionamento do sistema penitenciário?" (Adorno e Bordini, 1989:71). A passagem é um pouco longa, porém explicita algumas questões importantes em sua obra, quais sejam, entender a relação entre aspectos econômicos, institucionais e de socialização na reincidência criminal, assim como na própria criminalidade. Normalmente estas hipóteses são abordadas sob o ponto de vista da criminalidade genérica. Aqui, Adorno e Bordine destacam esta hipótese na questão da reincidência criminal. Neste artigo, entretanto, seu escopo não é testá-las. Elas merecem destaque porque apontam em que contexto pensar as pesquisas de Adorno.

Em suas considerações teóricas, os autores afirmam que "apesar das dificuldades, vem se generalizando entre os estudiosos o entendimento segundo o qual não se pode compreender e explicar sob a ótica sociológica a delinqüência e, em decorrência, a reincidência, como resultados inevitáveis e imediatos do desenvolvimento capitalista na sociedade brasileira". E, prosseguem os autores, "a tese que postula uma associação entre pobreza e criminalidade, seguramente uma das variantes mais sedutoras da imaginação sociológica daquela modalidade de interpretação científica, vem sendo cada vez mais abordada com cautela" (Adorno e Bordini, 1989: 73).[4] Da mesma forma, os autores vêem com reticências "aqueles estudos que advogam os efeitos marginalizadores do mercado de trabalho como matriz explicativa da delinqüência e da reincidência" (Adorno e Bordini, 1989:73). Falta a estas hipóteses comprovação empírica, segundo os autores.

Começou porém a surgir com Coelho e Paixão uma visão alternativa a esta acima contestada por Adorno. "Cabe conferir maior atenção à evolução das leis penais e à análise da ação das agências oficiais de controle e de repressão ao crime (Coelho). Sob esta perspectiva, os aparelhos de contenção da criminalidade representam mediações entre a produção das desigualdades e a produção da criminalidade" (Adorno e Bordini, 1989:74). A leitura que Adorno faz de Coelho e Paixão é via Foucault, já que em *Vigiar e punir* também o filósofo pensara na questão da prisão enquanto produção de delinqüência.

O espaço não nos permite expor com maior vagar este artigo com toda sua profusão de informações sobre a caracterização dos presos e sua reincidência, motivo por que daremos um passo além nesta revisão bibliográfica.

Já na década de 90, Adorno publicou alguns artigos sobre a questão do Judiciário, mais especificamente sobre o princípio da igualdade conferido pela Declaração de Direitos do Homem, assim como por nossas próprias leis, e sua efetiva realização em um Foro de Justiça, tendo como parâmetro empírico e comparativo a análise de julgamentos de crimes dolosos contra a vida. Aqui, o plano teórico do autor estava mais centrado no "exame de práticas de produção da verdade jurídica" (Adorno, 1994:134). Portanto, seu universo teórico aqui está mais em Foucault, porém deve-se lembrar que já havia uma "linha" de pesquisa na qual as instituições eram vistas como criminalizadoras da marginalidade. Se Coelho e Paixão tinha essa abordagem via Cicourel e Matza, Adorno, neste momento, a busca em Foucault.

A conclusão de Adorno é que há diferenças nos julgamentos e nas condenações de brancos e de negros. "Se o crime não é privilégio de classe, a punição parece sê-lo" (Adorno, 1994:149). Ainda mais quando ao fator classe social se soma o quesito cor. Em toda a trajetória do artigo, o autor nos mostra como outros móveis extrajudiciais começam a fazer parte do processo, e chegam mesmo a decidir um caso.

(4) Os autores também afirmam que "parece pouco provável que a produção de uma política social retributiva, por mais desejável que seja, possa desestimular determinados segmentos da população à prática de delitos" (Adorno e Bordini, 1989:73).

O fato é que Adorno conclui que as desigualdades na sociedade não adentram os tribunais revestidas de um direito que lhes assegure uma igualdade e um consenso entre as diferenças, mas, antes, somam-se aquelas desigualdades (sociais e econômicas) a outras tantas próprias do ambiente judiciário, penalizando de forma mais severa certos grupos: negros, migrantes e pobres em geral. Socioeconomicamente prejudicados, eles também são tratados de forma desigual na casa onde todos deveriam ser formalmente iguais.

Em outro artigo, Adorno (1995b) insiste em sua hipótese de que "se réus negros são mais vulneráveis à sanção punitiva, é justamente porque enfrentam maiores dificuldades de acesso à justiça criminal, entre essas a de transpor os obstáculos representados pela cor na distribuição eqüitativa da sanções penais" (Adorno, 1995b:51). Aqui, o objeto empírico eram "processos penais, julgados na cidade de São Paulo, em primeira instância, no ano de 1990, referentes a roubos (inclusive latrocínios), tráfico de drogas, estupro e extorsão mediante seqüestro" (Adorno, 1995b:51). E mais uma vez sua pesquisa constatou que negros estão em desvantagens em relação aos brancos, no acesso aos direitos, na punição e no próprio processo inquisitorial, cujos procedimentos são mais rigorosos e mesmo arbitrários com os negros. O processo pelo qual o autor chega a estas conclusões é longo, e aqui vale apenas ressaltá-las de forma resumida, dado os limites de espaço. Entre outras razões, o fato de se utilizar advogados dativos em muito prejudica a defesa do réu, sendo que aqueles que podem pagar um defensor são melhor assistidos. No cômputo geral, os brancos ganham mais complacência nos tribunais que os negros.

O fato é que nesta fase em que Adorno se volta para o sistema judiciário pode-se observar também que esta instituição também penaliza os setores da sociedade mais pobres e, no caso, a população negra, que além da situação socioeconômica desfavorecida soma o quesito cor. O processo é longo, portanto, de criminalização da marginalidade.

Vale destacar aqui, para concluir, que se elaborou uma sociologia das instituições responsáveis pela segurança e justiça. Estudou-se a Polícia Civil, o Sistema Penitenciário e o Judiciário. Em cada estudo, comprovou-se que a hipótese de que as instituições, ao invés de fatores socioeconômicos, são mais adequadas para pensar a criminalidade e a reincidência.

3. A violência e a linguagem dos direitos

Formou-se no Brasil uma outra vertente de estudos muito prolífera, a que estuda a questão da violência sob o ponto de vista da violação de Direitos Humanos ou de cidadania. Aqui a questão principal não é propriamente a violência criminal urbana, mas as formas pelas quais esta violência tem sido coibida pelas forças policiais. Nesse sentido, o foco da questão aqui é a violência policial em primeiro lugar, e, de forma um pouco marginal, a violência ocorrida nas instituições penais. Na polícia, o centro da atenção estava na Polícia Militar e marginalmente na Polícia Civil.

Praticamente todos estes escritos nasceram no final da ditadura, quando o país passava pela chamada transição política. Os primeiros estudos datam de 1979, quando o tema ainda não era propriamente a violência policial, mas a histórica regra de violações de direitos humanos sofridas pelas classes populares ao longo da República (Pinheiro, 1979). Ali o autor aponta que desde os albores da República as classes populares estiveram sempre sob o controle das elites políticas e econômicas. Deportações, torturas, mortes eram práticas encontradas nestas plagas desde que a República se estabelecera.

Pouco tempo depois, Pinheiro abre seu estudo sobre o caso da violência policial da seguinte forma: "As tênues barreiras

que, em regime democrático, isolam a repressão à criminalidade comum da propriamente política vêm abaixo nas situações de arbítrio. As avenidas entre uma e outra forma de repressão se tornam facilmente comunicáveis, com a incorporação das técnicas e das motivações. Quando, em vez de cessação plena do arbítrio, ocorre, como a partir de 1974 no Brasil, um processo de transição lenta para a democracia, esse intercâmbio das duas práticas não se interrompe. O caso das polícias militares no Brasil pode oferecer um exercício privilegiado para essa continuidade entre o combate à subversão e a guerra contra o crime". (Pinheiro, 1978:57s)

Aqui estão praticamente todos os temas que Pinheiro trabalharia ao longo de sua carreira: continuidade entre os regimes autoritários e democráticos, continuidade entre a repressão política e a repressão criminal – e portanto continuidade das graves violações de direitos humanos – e, ainda não posta naquele momento, mas conseqüência lógica, continuidade da impunidade. Em torno destes temas giraria todo o trabalho de Pinheiro. Se necessário fosse reduzir a um conceito-chave o trabalho de Pinheiro, esse conceito seria o de *continuidade*.[5]

Praticamente seus estudos concentram-se, por um lado, na análise de um Batalhão da Polícia Militar, a ROTA; de outro, na denúncia das violações de direitos humanos da Polícia como um todo. Segundo o autor, "a analise do caso da ROTA permite desvendar claramente aquela herança que sempre cabe à repressão e à criminalidade após os períodos de arbítrio. Aos métodos convencionais de maus-tratos e de tortura, as polícias militares, especialmente as unidades especiais como a ROTA, conservaram o poder de abater o inimigo sem riscos penais. O inimigo não é mais o 'terrorista', mas o criminoso comum infiltrado nas massas populares, no 'povão' (...)" (Pinheiro, 1982:60). O percurso que o autor segue, mas que aqui o espaço não nos permite caminhar juntos, é, em primeiro lugar, estudar a relação entre polícia e política, especialmente em momentos de crise, como a de 1969, para então observar como a polícia é instrumentalizada pelo poder; em segundo, o autor analisa como uma instituição pode regredir a uma situação de bando armado, um "esquadrão da morte" (Polícia Civil) ou ao vigilantismo (Polícia Militar); por fim, ele se detém propriamente no estudo da ROTA, debruçando-se sobre as mortes provocadas por aquela força de janeiro a setembro de 1981 (Pinheiro, 1982:62s).

Após esse percurso, o autor aponta que manter uma polícia militarizada não se justifica sob nenhum aspecto em um regime democrático. O policiamento deveria estar sob a responsabilidade de uma força policial civil. Da mesma forma, o autor aponta para o caso da Justiça Militar, que teve sua competência aumentada em muito durante o regime militar, especialmente após o famoso "pacote de abril". Por fim, o autor afirma que o aumento da repressão não contribuirá para a diminuição da violência urbana; antes, a conseqüência será a escalada da criminalidade e das mortes.

Em um outro estudo de Pinheiro (1991), o autor já elabora sua argumentação em sua forma mais acabada. Aqui, a questão da persistência das violações de Direitos Humanos em regime democrático se apresenta nos moldes em que, provavelmente, ainda hoje não seriam muito diferentes. O eixo que norteia seus estudos é o de que "nunca houve grandes diferenças [quanto ao arbítrio], sempre tomando por referência a maioria da população: pobre, miserável, indigente, negra ou mestiça, durante o período republicano, entre o poder do arbítrio extra-legal e o *rule of law*, entendido aqui como aquela imposição de

(5) Pinheiro possui toda uma produção bibliográfica anterior aos estudos sobre violência policial, mas que aqui não será abordada, pois o tema foge da linha aqui proposta. Ao longo dos anos 70, e mesmo nos anos 80, Pinheiro desenvolvera importante trabalho sobre a primeira República e as classes operárias.

inibições efetivas sobre o poder e a defesa do cidadão das imposições do poder.(...) No Brasil, democracia e transição democrática jamais inibiram a prática da violência ilegal" (Pinheiro, 1991:52s).

Aqui, porém, o autor agrega a sua análise a hipótese do "autoritarismo socialmente implantado", sugestão vinda de O'Donnell. Se o autoritarismo no Brasil tem se mostrado tão longevo, deve-se tentar encontrar uma base de sustentação para esse macro-autoritarismo nas microrrelações, ali onde pode se desenvolver um microdespotismo que sobreviva ao macrodespotismo do Estado (Pinheiro, 1991:55). Aqui, seu argumento principal – a construção da democracia está convivendo com graves violações de direitos humanos, caracterizando este estado a continuidade do autoritarismo na sociedade brasileira – é recolocado sob um outro ângulo: a base do autoritarismo pode não mais ser o Estado ou as grandes estruturas políticas, mas aquelas relações sociais cotidianas nas quais o mesmo peso do autoritarismo pode ser observado.[6] Dada a exigüidade do espaço, basicamente estes têm sido os temas de Pinheiro.

Outra fonte de pesquisa neste enfoque foram os estudos do CEDEC. O fenômeno que "assolava" as grandes capitais na virada dos anos 70 para os 80 passou a fazer parte das preocupações do CEDEC. É nesse contexto histórico, político, social e teórico que a questão da violência seria pensada por Maria Victória Benevides e Rosa Maria Fischer. A revista *Lua Nova* publicava também uma série de pequenos artigos sobre o tema da violência. Houve, portanto, uma grande preocupação em se pensar a questão da violência no CEDEC desde 1979 até 1985, quando o Centro aparentemente deixa de estudar este assunto.[7]

A primeira questão pensada nessa linha de pesquisa do CEDEC, entretanto, não foi a violência em si (ou em primeiro plano), mas tratava-se de uma pesquisa sobre crianças de rua encomendada pela Comissão de Justiça e Paz, ligada à Igreja Católica. Uma equipe coordenada por Rosa Maria passou a estudar seu "sujeito" de pesquisa, "crianças e adolescentes que viviam em situações de marginalidade socioeconômica na Grande São Paulo".[8] Sem nos prolongarmos sobre este trabalho, a questão da

(6) Há um outro estudo de fôlego do autor, mas que aqui não podemos nos alongar (Pinheiro, 1996). Posto que seu enfoque é bastante semelhante ao aqui apresentado, vale a indicação por ser talvez um dos últimos artigos do autor, abraçando uma série de temas, que vão dos meios de comunicação aos já antigos temas das violações de direitos civis, tudo, entretanto, encadeado para apontar os obstáculos para uma efetiva implementação de política de respeito aos direitos humanos.

(7) Para todas as citações desta nota, ver a revista *Lua Nova:* WILSON, J. *O crime pelo rádio.* v. 1, n. 3, out./dez. 1984; BENEVIDES, MV. *Violência policial e democracia podem conviver?,* v. 1, n. 4, jan./mar. 1985; SANTOS, W.S. *O Estado e os direitos dos cidadão.* v. 1, n. 4, jan./mar. 1985; *O inimigo é o povo ou a polícia? (entrevista),* v. 2, n. 3, out./dez. 1985; RIBEIRO, RJ. *Liberdade, liberdades.* v. 2, n. 4, jan./mar. 1986; CORREA, M. *Bolero de machão só se canta na prisão.* v. 2, n. 4, jan./mar. 1986; LISBOA, M. *A arte da sedução.* v. 2, n. 4, jan./mar. 1986; *As mulheres se defendem (entrevista).* v. 2, n. 4, jan./mar. 1986; PASSETTI, E. *Menores: os prisioneiros do humanismo.* v. 3, n. 2, out./dez. 86; GUERRA, V.N.A *Dez lições sobre a violência de pais contra filhos.* v. 3, n. 2, out./dez. 1986; COHN, A. *Violência social: acidentados no trabalho.* v. 3, n. 2, out./dez. 1986; ADORNO, S. e FISCHER, R.M. *Políticas penitenciárias, um fiasco?* v. 3, n. 4, abr./jun. 1987; CUNHA, M C.P. Ainda o Juquery: notas para um (velho) debate. v. 3, n. 4, abr./jun. 1987; FIGUEIREDO. C.M.P. A FEBEM vai bem: o que atrapalha são os menores. v. 3, n. 4, abr./jun. 1987; REIS, F.W. *Direitos humanos e sociologia do poder.* v. 4, n. 3, out. 1988, n. 15.

(8) FISCHER, RM. *Meninos de rua. Valores e expectativas de menores marginalizados em São Paulo.* São Paulo : Comissão de Justiça e Paz e CEDEC, s/d, p. 17.

forma da abordagem das crianças é ilustrativa do enfoque adotado na pesquisa. Segundo a autora, o quadro no qual se insere a pesquisa é o seguinte: "1. a abordagem da ação social da ótica do próprio agente [a ser investigado]...; 2. a contraposição destes quadros específicos ao mais amplo da descrição e análise das relações e estratégias que garantem a sobrevivência dos marginalizados, numa sociedade capitalista de desenvolvimento acumulador e Estado autoritário; 3. o reconhecimento de que a eleição do problema do menor marginalizado, nesse contexto social, nesse momento histórico, significa uma tomada de posição, um compromisso com o que somos, pensamos e desejamos".[9] Seria este o contexto no qual a autora insere seu problema de investigação, e seria esse, grosso modo, que a autora também pensaria a questão da violência pouco tempo depois.

A pesquisa foi realizada entre fevereiro e novembro de 1979, e tinha o objetivo de fazer um "levantamento das configurações valorativas de crianças e adolescentes que vivem em situações de marginalidade socioeconômica da Grande São Paulo". E prossegue a autora: "Com este levantamento pretendia-se conhecer a forma de ser e pensar dessas crianças, como compreendem e explicam a realidade que as cerca, quais suas opções e aspirações e de que forma este conjunto de idéias, sentimentos e experiências íntimas fundamenta sua ação e suas relações em diferentes momentos da vida".[10] A pesquisa, portanto, buscava desvendar o mundo destes sujeitos, a visão de mundo destas pessoas. Entretanto, a abordagem do problema nos é fundamental. Marginalidade era uma preocupação muito marcante da década de 70, e a autora como que tentava substantivar o conceito teórico na vida das crianças e adolescentes. Seu esforço era de tornar empírica uma noção que até então tinha um tratamento eminentemente teórico, apesar de estudos de caso feitos naquela década.

Certamente que uma das razões dessa pesquisa era a constante estigmatização das crianças de rua, a violência urbana crescente que imputava a esses personagens a autoria de boa parte dos crimes, porém sua pesquisa seguia um rumo já bastante inovador. Falava-se muito das crianças de rua, mas pouco se sabia sobre elas. Seu objetivo era conhecê-las. Do ponto de vista das políticas públicas, a proposta política e teórica era de transformá-las em sujeitos de seu próprio destino, tanto quanto os funcionários do bem-estar social. Portanto, havia um olhar específico sobre as crianças e adolescentes: eram sujeitos e enquanto tal deviam ser pesquisados. No entanto, o objetivo não era estudar a violência em *si*, mas o mundo de crianças e adolescentes de rua, que eventualmente acabam optando pela delinqüência, crianças estas que foram contactadas pela pesquisa.

É nesse contexto que a questão da *violência* posteriormente foi abordada pela equipe do CEDEC. Ainda aqui, era um fenômeno que não podia isolar-se em si. E isso num duplo sentido: do ponto de vista do pesquisador, não se podia isolar o estudo da intervenção política, desenvolvendo ele ambos os papéis, de pesquisador e de militante político;[11] e do ponto de vista do objeto, não se buscava isolá-lo do contexto sociopolítico, e procurou-se construir uma teoria da violência nas pega-

(9) Idem, p. 14.

(10) Idem, p. 17.

(11) O trabalho de pesquisa, principalmente quando investiga pessoas e suas relações, exige um alto grau de envolvimento com o problema estudado, e de comprometimento com a validade e a utilização dos resultados obtidos. Com isto, as famosas autonomia, neutralidade e objetividade, conferidas ao pesquisador, como as características definidoras da autoridade do saber, demonstram-se extremamente relativas e podem, até mesmo, servir para mascarar uma postura irresponsável e imoral. Idem, p. 13.

das já deixadas pelo pensamento que se elaborara no CEDEC, isto é, no contexto da linha de pesquisa de direitos e participação. A violência, portanto, era remessada para a própria tradição de estudos do Centro e pensada juntamente com as questões da cidadania e movimentos sociais. Não enquanto manifestações de cidadania, naturalmente, mas como óbices a sua realização. Linchamentos e especialmente os quebra-quebras, por exemplo, eram lidos como formas de manifestação ante o não-respeito aos direitos mínimos de cidadania, porém não eram atos de cidadania em si.[12] Enfim, a linha de pesquisa inaugurada pelo CEDEC, "Direitos de cidadania e violência", ou simplesmente "Violência urbana no Brasil" vinculava-se, portanto, com outra linha de pesquisa mais característica do CEDEC, "Direitos e participação". A discussão sobre a violência nasce das preocupações políticas e sociológicas das autoras em discutir a participação social das classes populares.[13]

A tentativa dos pesquisadores, portanto, era de pensar a questão da violência no interior da questão da cidadania, o que os deslocava de se concentrarem na questão da violência policial.[14] Violência urbana, assim, seria pensada enquanto uma expressão do nível de cidadania vivida pelas classes populares. Na verdade, violência seria a manifestação de uma cidadania ainda não enraizada na sociedade brasileira. Tratava-se, nas palavras da autora, de estudar as "condições de exercício dos direitos de cidadania pelas classes populares, quando a ordem jurídico-legal que garante esta cidadania é infringida por atos e práticas caracterizados como violentos, na medida que expõem a segurança física dos atingidos".[15] Portanto, já podemos destacar algumas características deste olhar: a) tinha preocupações acadêmicas *e* políticas; b) pressupunha a cooperação na alteração da realidade a partir dos estudos realizados; c) pressupunha uma relação de alteridade com o pesquisado da seguinte forma: sujeito-sujeito (e não sujeito-objeto); d) tinha o objetivo de entrar no universo do sujeito pesquisado; e) visava essencialmente o universo das classes populares.

Daqui, podemos sucintamente destacar três estudos:

a) o de Maria Fischer, cujo objeto é estudar a violência do Estado e da sociedade:

"É um estudo que busca realizar uma análise parcial da violência emergente na atuação das instituições do Estado que executam o controle social, considerando os limites reais que a ação institucional sofre em função de estruturas organizacionais deficientes, de ordenamento e uma prática jurídica alheios à realidade social e das disputas de interesses e poder entre as instituições do Estado e no interior das próprias organizações institucionais.

Para abranger a relação entre os agentes sociais envolvidos, procuro, de outro lado, aprender a concepção de violência e cidadania que prevalece no interior das representações populares, as quais orientam suas aspirações pelo usufruto de direitos civis e sua mobilização em torno de lutas políticas que visam obter a garantia de segurança social.

A escolha desses limites do tema justifica-se na medida em que está se consolidando a percepção popular de dois fenômenos sociais que atingem os direitos

(12) Basicamente, o grupo era formado por Rosa Maria Fischer Ferreira e Maria Victória Benevides, ambas assessoradas por outros pesquisadores, que não chegaram a assinar co-autorias dos trabalhos publicados.

(13) FISCHER, Rosa Maria. *O direito da população à segurança.* Petrópolis, São Paulo : Vozes, CEDEC, 1985, p. 7.

(14) Benevides em suas pesquisas, apesar de estudar ambas as questões, deslocava parte considerável de suas preocupações à violência policial.

(15) FISCHER, idem, *O direito da população...*, op. cit., p. 10.

individuais, políticos e sociais do cidadão. São eles: o crescimento da criminalidade violenta nas áreas metropolitanas e o crescimento da arbitrariedade violenta no exterior do policiamento pelos órgãos do Estado dele encarregados, principalmente a Polícia Militar, que executa as atividades ostensivas de segurança nas cidades" (Fischer, 1985:8).

b) e os estudos de Benevides.

Um versa sobre os linchamentos e o outro sobre a veiculação da violência na mídia.

O primeiro tem como objeto "apresentar um conjunto de dados e informações sobre a prática de linchamentos no Brasil, inserido na problemática abrangente da violência e da criminalidade. Trata-se de etapa de pesquisa mais ampla sobre violência urbana no Brasil, voltada, prioritariamente, para os tipos de violência vivenciada pelas classes populares" (Benevides, 1982:95).

O segundo trabalho tem como questão central "entender as relações entre polícia, povo e justiça expressas na linguagem que a sociedade – através de seus porta-vozes, das autoridades, das instituições – produz sobre a violência e criminalidade (...) O ponto de partida para esta pesquisa é a constatação de que a população mais marginalizada – em termos socioecônomicos e do acesso à justiça – e duplamente atingida pela violência urbana. Ou seja: vive, em condições já tão precárias de subsistência, acuada entre a violência da polícia (....) e a violência dos delinqüentes.

O recurso ao material de imprensa (...) se justifica também pelo interesse em conhecer a imagem da violência difundida pela chamada 'grande imprensa'". (Benevides, 1983:14s).

Todos os trabalhos têm praticamente uma base de dados em comum, o noticiário da imprensa de 1979 a 1981, entrevistas com policiais e membros de movimentos de base. Em meados de 1985, todas estas pesquisas já estavam publicadas, momento em que o CEDEC parece se voltar para outros temas.

4. A violência, cultura e o cotidiano: a abordagem antropológica.

Por fim, a representante central desta abordagem é Alba Zaluar, porém esta forma de pesquisa não se disseminou muito na produção nacional ainda. Mais recentemente, Marcos Alvito (1996,1998), cuja tese de doutorado acaba de ser defendida na Universidade de São Paulo, tem trabalhado esta questão. Parece, entretanto, haver uma tendência nos dias atuais de se privilegiar este tipo de abordagem, a par de todas as pesquisas estritamente quantitativas.

Há alguns outros antropólogos que deixaram importantes pistas de análise. Da Matta apontara uma forma de estudar a violência muito próxima de todos seus estudos anteriores (Da Matta, 1982). O autor procurava entender quais as marcas do Brasil impingidas à violência brasileira. Nesse sentido, a violência brasileira não pode ser igual à colombiana, nem à dos Estados Unidos e nem à japonesa. Há de se ter uma especificidade na violência brasileira, que na verdade seria a expressão da especificidade do próprio Brasil. Da Matta encontra esta especificidade ao pensar este fenômeno como sendo mais um sinal da rachadura entre a ética privada e a pública. De um lado está o discurso que privilegia o conteúdo, o concreto; de outro, o discurso que aponta para os processos, para as características macroestruturais. Escrito de outro jeito, um está afinado com a lógica privada e outro, com a lógica pública. E assim ele encontra o elo entre a manifestação da violência e a antropologia social brasileira.

Há um outro estudo ainda feito por Gilberto Velho (1996), que destaca a questão da reciprocidade. Ali, Velho aponta para todos os efeitos que as novas reciprocidades possuem no local, especialmente com a entrada do tráfico de drogas. Com este

novo fenômeno, ocorre toda uma inversão de valores que até então vigiam, já que embasado em valores da tradição, da família, da hierarquia. Quando os "adolescentes" entram no tráfico de drogas, ocorre toda uma inversão de valores e das reciprocidades já existentes. O artigo aponta para uma nova linha de pesquisas que, apesar da importância, apenas nos últimos tempos vêm frutificando, exceto com o trabalho de Zaluar, que começou no início dos anos 80.

É com esta autora que os estudos sobre criminalidade propriamente iniciaram, já que os outros antropólogos apenas escreveram sobre violência de forma marginal a uma obra principal. Antes de mais nada, deve-se ressaltar que Zaluar começou a fazer seus estudos preocupada com a questão da pobreza e suas representações em meio aos trabalhadores.

"Na primeira fase, nos três primeiros meses de 1980, o intuito principal da pesquisa era recolher as representações dos moradores acerca da pobreza vinculadas ao consumo nas unidades domésticas. Nesta fase não tive contato contínuo com as pessoas entrevistadas, com exceção de três rapazes que, além de serem informantes privilegiados, me abriram os caminhos e garantiram que não seria molestada neste conturbado ambiente. Eram eles que possibilitavam a minha passagem de uma área para outra controlada por diferentes quadrilhas, bem como a aceitação daquela presença estranha por parte dos olheiros e sentinelas das quadrilhas. Foi apenas neste período que senti necessidade de ser guiada. Logo adquiri confiança para andar sozinha, tomando o cuidado de me concentrar em apenas uma das áreas em que o conjunto estava dividido". (Zaluar, 1997:13s)

Aqui, já em seu estudo que afirmava primeiramente ser sobre pobreza e suas representações, podemos encontrar a questão da violência, da demarcação das áreas, da necessidade de a pesquisadora ser "apresentada" ao local. Ao estudar a pobreza, há como que um fenômeno que lhe antepara: a violência local. Daí a importância da autora para este trabalho, mas que aqui deixaremos apenas algumas pistas dado ao breve espaço.

Uma das primeiras preocupações de Zaluar é a de mostrar como as pessoas se vêem nas periferias, isto é, quais são suas representações com relação à suas ocupações. De um lado há os trabalhadores, e, de outro, os bandidos. O estudo dessas representações lhe fora muito importante, e daí vem o título de um de seus trabalhos, *A máquina e a revolta.* Revolta é a explicação que os bandidos davam para sua "ocupação". Não queriam ser otários, escravos, e a situação era de revolta com o estado de coisas. Parte importante de seu trabalho é tentar entender por que alguns optam pela criminalidade, ao passo que outros não.

Outro momento importante é tentar compreender a relação entre os trabalhadores e os bandidos. A autora aponta também para os diversos "tipos" de bandidos, a relação entre eles, entre os bandidos e a população. Aponta também o que pensam sobre a polícia, qual é a idéia que têm dos policiais. Por fim, Zaluar mostra qual é a importância do tráfico de drogas na região, afirmando que este comércio é mais importante do que os famosos valores de honra. A raiz de muitas mortes não é questão de honra, mas de ponto de venda de drogas.

Enfim, tratar de todos seus temas aqui seria quase impossível, razão pela qual apenas deixamos indicados. Desde as representações sociais (dos trabalhadores, patrões, diversos tipos bandidos, malandros), a socialização das crianças na Cidade de Deus, o uso da "máquina" [arma], a presença do tráfico na Cidade de Deus e suas conseqüências, a relação da população e dos bandidos com a polícia, a política local (clientelismo, tradicionalismo, críticas a essas teorias), o personalismo versus individualismo, tradicionalismo e modernismo, ordem e desordem, enfim,

são tantos os temas que preferimos aqui apenas apontar.

Sua principal contribuição certamente é pensar a violência para além das estatísticas oficiais. É desvendar um mundo pouco aprazível aos que pesquisam a partir do "asfalto". Porém, entrar na Cidade de Deus não lhe mostrou um local inóspito, sem lei e sem ordem. Não há, nas imagens passadas por Zaluar, uma contraposição entre uma sociedade organizada e ordenada fora da Cidade de Deus, e um bairro onde vige o caos, a desordem. Os bandidos passam a ter fisionomia, o morador deixa de ser um número das estatísticas sobre pobreza, as organizações de bairros (nem todas) abrem as portas para que o leitor entre junto com a autora, as crianças se deixam ser espionadas em suas brincadeiras de bandido e bandido ou bandido e polícia, o traficante passa a ser olhado com outros olhos, a polícia é apresentada em toda sua ambigüidade, o poder da "máquina" é apresentado com todas as conseqüências, enfim, o trabalho etnográfico é bastante rico. E há a apresentação de um mundo onde reciprocidades e sociabilidades são construídas entre morador, trabalhador e bandidos (incluindo o traficante), que perpassa todos sem distinção de gênero ou idade.

Todo este processo resulta no que por vezes Zaluar chama de *tecido social*:[16] "O tecido social, montado na reciprocidade positiva ou no contrato garantido por direitos de ambas as partes, foi cedendo lugar à reciprocidade negativa da vingança de sangue e da cobrança de quaisquer perdas e prejuízos por meio de mais uma vida humana, ou deslocando-se dessa lógica dos interesses mercantis, de uma simples e gratuita maldade qualquer.[17]

As sociabilidades em conflito, arrebanhando pessoas ora para o trabalho, em maior quantidade, ora para a marginalidade, acabam criando redes de relações entre as pessoas. A forma como as pessoas constroem essa rede de relações sociais, na qual o traficante desempenha papel de destaque na Cidade de Deus e na periferia das grandes metrópoles, implica reciprocidades entre bandido e bandido, mas também bandido-trabalhador-morador, e os conflitos tanto são resolvidos através dessa rede como também por ela recrudescem. É essa trama que Zaluar chama de tecido social, é sobre ela que a autora se volta quando pensa em políticas públicas.

Se este tecido social cria ou resulta de formas de socialização, no plano cultural Zaluar atenta para uma subcultura da criminalidade. Subcultura porque faz parte de uma cultura maior que também pratica crimes, mas nunca fará parte das estatísticas oficiais, pois conta com imunidades que as classes pobres não possuem. Crime não é apanágio de pobres, mas a condenação parece ser.

O uso indiscriminado das armas combinado com um sentimento de liberdade individual e com um consumismo desenfreado monta uma espiral da criminalidade, que não impõe limites ao criminoso formado.

"É isso que cria um círculo vicioso da necessidade de repetição do ato criminoso. É importante que se diga isso para se entender que não se trata de uma cultura alternativa ou desviante, oposta à cultura dominante, mas uma maneira de agir baseada em valores e normas compartilhadas com os setores econômica e politicamente dominantes do país.[18]

E finalizo aqui o universo da criminalidade construído por Zaluar com uma citação que sintetiza sua análise sobre o Brasil hodierno: "Além disso, os valores hedonistas típicos de uma sociedade pós-moderna ou de alta modernidade (Guiddens), pós-ética e pós-sociedade do trabalho (Offe), também deixaram sua marca em várias camadas da população. Os

(16) Para o que vem a seguir, veja minha dissertação, op. cit., p. 162 *et seq.*

(17) ZALUAR. *O condomínio do diabo*, p. 249.

(18) Idem, p. 135.

controles morais que tornam a lei desnecessária pararam de funcionar e não foram substituídos por uma nova ética baseada na liberdade pessoal e no entendimento com os outros pelo diálogo. Portanto, o Brasil é hoje uma economia de mercado em que os controles morais são fracos, a ética não se enraizou no comportamento cotidiano, especialmente dos políticos e dos empresários, e no qual a lei não é vista pela população como justa e equânime. E é exatamente esta confusão entre valores pós-modernos e individualizantes que não se baseiam nas "liberdades negativas", definidas legalmente, e as crenças tradicionais e hierárquicas, despidas de sua força moral, que faz reaparecer no imaginário social a idéia de um mal absoluto".[19]

Alternativamente às críticas e às estatísticas oficiais, ganha-se pela primeira vez um trabalho que permite se aproximar da violência criminal urbana por uma outra forma.

Ainda falta muito a pesquisar sobre violência criminal no Brasil. Alguns "achados" como a construção sociológica das estatísticas oficiais parecem ser de longo alcance. O contato com as pessoas envolvidas na criminalidade como Zaluar vem fazendo é fundamental. No entanto, estamos ainda engatinhando nesta seara. Falamos demais sobre poucas pesquisas, na verdade. E falamos de menos sobre todas as "falas". Ainda não paramos para nos questionar as mediações da linguagem na construção do fenômeno social urbano da violência. E muito menos no que significa falar sobre violência. O desejo de se descobrir uma realidade que esteja além da construção dos sujeitos de pesquisa ainda é o escopo das investigações, e, ao que tudo indica, cada vez mais nesta década, período que este artigo não cobre. As representações criadas pela polícia e pela classe média (mas também pela universidade) têm um sentido político, e foi isso que boa parte dos estudos aqui abordados tinha em sua mira. Porém, o questionamento não foi radical, pois acredita-se que a palavra do cientista é mais objetiva que a de outros atores.

Por fim, devemos ressaltar que as linhas gerais aqui apresentadas servem antes para o leitor se introduzir nesta discussão do que pensar como grupos fechados. Há profundas conexões entre as linhas de pesquisa pelo *mesmo* pesquisador. No entanto, há alguns temas convergentes, e é isso o que foi buscado aqui. Se este artigo serviu para uma *primeira* aproximação aos estudos sobre criminalidade, nosso objetivo já está alcançado.

(19) ZALUAR. *O condomínio do diabo*, idem, p. 243 *et seq.*

Bibliografia

ADORNO, Sérgio. A gestão filantrópica da pobreza urbana, in *São Paulo em perspectiva*, 4(2):8-17, abr/jun. 1990.

———. Violência urbana, Justiça Criminal e organização social do crime, in *Revista Crítica de Ciências Sociais* 33, out. 1991.

———. A prisão sob a ótica de seus protagonistas. Itinerário de uma pesquisa, in *Tempo social*, 3(1-2):7-40, 1993, 1991.

———. A criminalidade urbana violenta no Brasil: um recorte temático, in *BIB*, Rio de Janeiro, 35, 1.º semestre/1992.

———. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica. As mortes que se contam nos tribunais de júri, in *Revista da USP* 21, mar./maio 1994.

———. *A sociologia entre a modernidade e a contemporaneidade*. Porto Alegre e São Paulo: Editora da Universidade e Sociedade Brasileira de Sociologia, 1995.

———. Descriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos estudos CEBRAP*, n. 43, novembro, 1995.

ADORNO, S. e BORDINI, E. B. Reincidência e reincidentes penitenicários em São Paulo, 1974-1985, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 9/3, fev., 1989.

ALVITO, Marcos. A honra de Acari. In: *Cidadania e violência*. Velho e Alvito (orgs.) Editora FGV e UFRJ, 1996.

———. *As cores de Acari*. Tese de doutorado, USP, 1999.

BENEVIDES, Maria Vitória. Pega, mata, enforca, in *Folhetim, Folha de S. Paulo*, 01.02.1981, 1981.

———. A violência através da imprensa: os linchamentos e a justiça popular, in *Espaço & debates*. Ano I, n. 3, set. 1982.

———. Linchamentos: violência e justiça popular. In: *A violência brasileira*, VVAA, São Paulo : Brasiliense, 1983.

———. *Violência, povo e polícia*. In: Violência urbana no noticiário da imprensa. São Paulo : Brasiliense, 1984.

———. No fio da navalha: o debate sobre a violência urbana. *Temas IMESC*. Soc. Dir. Saúde. São Paulo, 2(2): 71-76., 1985.

BENEVIDES, M. V. e FICHER, R.M.F. Respostas populares e violência urbana: o caso de linchamentos no Brasil (1979-1982). In: Pinheiros, P.S. (org.) *Crime, violência e poder*. São Paulo : Brasiliense, 1981.

BOSCHI, Renato Raul. *Violência e cidade*. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1982.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Uma introdução pelo lado "não-respeitável" da pesquisa de campo. IV Encontro anual da ANPOCS, mimeo, 1980.

———. *A política dos outros. O cotidiano dos moradores da periferia e o que pensam do poder e dos poderosos*. São Paulo : Brasiliense, 1982.

———. Ter medo em São Paulo. V.C. Brant (org.), São Paulo. *Trabalhar e viver*, São Paulo : Brasiliense/Comissão Justiça e Paz, p. 151-67, 1989.

———. *City of walls. Crime, segregation, and citizenship in São Paulo*. Tese de doutorado. Mimeo, 1991.

COELHO, Edmundo Campos. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. *Revista de Administração Pública*, 12(2)/139-161, Rio de Janeiro, abr./jun. 1978.

———. *Ecologia do crime*. (Coord.). Comissão Nacional de Justiça e Paz/Educam, 1978.

———. Sobre sociólogos, pobreza e crime. *Dados, Revista de Ciências Sociais* 23(3)/377-383. Rio de Janeiro, 1980.

———. A criminalidade urbana violenta. *Dados, Revista de Ciências Sociais* 31(2) 145-183, Rio de Janeiro, 1981.

DA MATTA, Roberto. As raízes da violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social. In: VVAA, *A violência brasileira*. São Paulo : Brasiliense. 1982.

———. Os discursos da violência no Brasil. In: Da Matta, *Conta de mentiroso. Sete ensaios de antropologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro : Rocco, 1983.

FERNANDES, Heloísa. *Política e segurança*. São Paulo : Alfa-Ômega, Ed. Sociologia e Política, 1973.

———. *Os militares como categorias sociais*. São Paulo : Global Editora, 1974.

FERREIRA, Rosa Maria Fischer. *Meninos de rua. Valores e expectativas de menores marginalizados em São Paulo*. São Paulo : Comissão Justiça e Paz, CEDEC, S/d.

———. *Meninos de rua. Expectativas e valores de menores marginalizados em São Paulo*. São Paulo : CEDEC, Comissão de Justiça e Paz, 1979.

———. *O direito da população à segurança. Cidadania e violência urbana*. Petrópolis, São Paulo : Vozes, CEDEC, 1985.

LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 10(4)/65-84, São Paulo : Anpocs, 1988.

———. Constituição, direitos humanos e processo penal inquisitorial: quem cala, consente. *Dados. Revista de Ciências Sociais* 33(3)/471-88, Rio de Janeiro, 1989.

MELLO JORGE, M.H.P., GAWRYSZEWSKI, V.P., LATORRE, M.R.D. Análise dos dados de mortalidade. *Revista de Saúde Pública* 31, Suplemento, Ago, 1997.

MICHEL, Misse e MOTTA, D. *Crime: o social pela culatra*. Rio de Janeiro : Achiamé, 1979.

MICHEL, Misse. Cinco teses equivocadas sobre a criminalidade urbana no Brasil – Uma abordagem crítica, acompanhada de sugestões para uma agenda de pesquisas. In: *Série estudos, IUPERJ* 91, agosto de 1995.

———. Criminalidade urbana violenta no Brasil: o problema das causas. In: *Comunicação & política*, n. 1, v. 2, p. 251-258.

———. Crime e pobreza: velhos enfoques, novos problemas. In: *O Brasil na virada de século: o debate dos cientistas sociais*. Villas Boas, Glaucia, Gonçalves, Marco Antônio (orgs.). Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1995.

MONTES, Maria Lúcia. Violência, cultura popular e organizações. In: VELHO, G. e ALVITO,

M. *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro : UFRJ, Editora FGV, 1996.

OLIVEN, Ruben George. *Metabolismo social da cidade e outros ensaios*. Porto Alegre : Editora da Urgs, 1974.

———. A violência como mecanismo de dominação e como estratégia de sobrevivência, in *Dados. Revista de Ciências Sociais* 23/1980 Rio de Janeiro, p. 371-376, 1980.

———. *Violência e cultura no Brasil*. Petrópolis : Vozes, 1983.

———. *Urbanização e mundaça social no Brasil*. 4. ed. Petrópolis. (1. ed. 1984), 1988.

PAIXÃO, Antônio Luiz. A organização policial numa área metropolitana. *Dados, Revista de Ciências Sociais* 25/1, RJ, 1982.

———. Crimes e criminosos em Belo Horizonte, 1932-1978. *Crime, violência e poder. Pinheiro*, P.S.(org). São Paulo : Brasiliense, 1983.

———. *Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso*. São Paulo : Cortez, 1987.

———. Crime, controle social e consolidação da democracia: as metáforas da cidadania. In: *A democracia no Brasil. Dilemas e perspectivas*. São Paulo : Vértice, 1988.

———. A violência urbana e a Sociologia: sobre crenças e fatos e mitos e teorias e políticas e linguagens e... In: *Religião e sociedade*, 15/1, 1990.

PAOLI, Maria Célia. Pólos de agressão na sociedade urbana: análise da criminalidade paulista e de suas formas de contenção. Fapesp, mimeo, 1977.

———. Violência e espaço civil. In: VVAA, *Violência brasileira*. São Paulo : Brasiliense, 1981.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência do Estado e classes populares. *Separata da Revista Dados*, n. 22, 1979.

———. Polícia e crise política: o caso das polícias militares. Paoli, M.C. (org.) *A violência brasileira*. São Paulo : Brasiliense, 1982.

———. *Crime, violência e poder*. Organizador. São Paulo : Brasiliense, 1981.

———. Autoritarismo e transição, in *Revista da USP* 9, mar./abr./maio, 1982.

———. O passado não está morto: nem passado é ainda. In: DIMENSTEIN, G. *Democracia em pedaços. Direitos humanos no Brasil*. São Paulo : Companhia das Letras, 1983.

SOUZA, Marcos Alvito Pereira de. A honra do Acari. In: VELHO, G. e ALVITO, M. *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro : UFRJ, Editora FGV, 1996.

———. *As cores do Acari*. Tese de Doutoramento, USP, 1998.

VELHO, Gilberto. Violência e cidadania, in *Dados. Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro : Iuperj, 23(3)/361-4, 1980.

———. Violência, reciprocidade e desigualdade: uma perspectiva antropológica. In: VELHO, G. e ALVITO, M. *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro : UFRJ, Editora FGV, 1996.

VELHO, G. e ALVITO, M. (org). *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro : UFRJ, Editora FGV.

ZALUAR, Alba. *Condomínio do diabo*. Rio de Janeiro : Revan, EUFRJ, 1994(a).

———. (org.) *Drogas e cidadania. Repressão ou redução de riscos*. São Paulo : Brasiliense, 1994.

———. *Cidadãos não vão ao paraíso*. São Paulo : Escuta; Campinas : Editora da Universidade de Campinas, 1995.

———. *Memorial da violência*, 1994(d).

———. *A máquina e a revolta*. São Paulo : Brasiliense, 1996.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.3

DIREITO PENAL EM PRETO E BRANCO

HÉDIO SILVA JR.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Código Criminal do Império – 3. O Código Penal da República – 4. O legado pragmático de Nina Rodrigues – 5. O legado teórico de Nina Rodrigues – 6. Os ventos da mudança.

Resumo: A história do direito penal e da justiça criminal brasileiros espelha em larga medida a história da dominação racial brasileira, seja no período colonial, seja no Brasil República.

O conteúdo racial das ordenações do Reino, do Código Criminal do Império e do Código Penal da República é resgatado e examinado pelo autor, acompanhado de notas de doutrinadores da época.

O componente racial presente na atuação da polícia e da Justiça Criminal, bem como o legado lombrosiano incrustado na produção criminológica contemporânea, são igualmente postos em relevo pelo autor, realçando uma dimensão da realidade brasileira freqüentemente evitada e negligenciada pelos juristas, mas dramaticamente presente nas relações do cotidiano.

Palavras-chave: História do direito penal, polícia, racismo, preconceito, discriminação racial, presunção de inocência, democratização da polícia, dominação racial, criminologia.

1. Introdução

"Não se prefere parar os negros porque não há pessoas suspeitas, mas situações de suspeição". Uma das situações de suspeição, muito utilizada como exemplo na Academia de Polícia Militar, segundo o coronel, é a "dos quatro crioulos dentro de um carro".

Eloqüente e faceiro, provavelmente em razão do autoconvencimento de ter demonstrado a cientificidade dos programas de treinamento da PM e a correspondente cordialidade racial de seus subordinados, o Coronel Élio Proni, então Comandante do Policiamento Metropolitano de São Paulo, brindava os leitores da revista Veja de 07.02.1996, com a pérola transcrita acima.

Para além de verbalizar a incúria com que as corporações militares tratam da temática, o ilustre oficial, num elogiável arroubo de sensatez, apenas sintetizava em versão pauperizada e rudimentar, três máximas seculares ainda presentes no discurso e na atuação dos órgãos de segurança pública e da Justiça Criminal brasileiros: 1. a existência de criminosos natos; 2. a premissa segundo a qual é possível identificar o criminoso pelas suas características fenotípicas e; 3. a associação automática dos atributos fenotípicos dos negros de qualquer tonalidade cromática com "atributos típicos de criminoso", ou, em outros termos, a consideração da cor como anúncio de culpa.

Dizemos seculares porque já em 1894, um médico maranhense, ainda hoje homenageado pelos institutos de medicina legal do país, e cujos marcos teóricos prosseguem inspirando tratados de criminologia, conforme abordaremos adiante, elaborava as bases teóricas nativas da propensão genética, da inclinação constitucional dos negros para a conduta criminosa.

Antes contudo de propor ao leitor uma breve visita aos postulados de Nina Rodrigues, há que se fazer justiça a ele e, de

passagem, ao referido militar: a rigor, os serviços prestados pelo direito penal, pelos seus teóricos, operadores e sentinelas no modelo brasileiro de dominação racial datam de antes, bem antes do surgimento da vasta obra do festejado médico-legista.

Com efeito, até que em 1830 fosse sancionado o Codigo Criminal do Imperio do Brasil, o Brasil esteve sob a égide das chamadas Ordenações do Reino: as Ordenações Afonsinas (1446-1521), as Manoelinas (1521-1603) e as Filipinas (1603-1830), assinaladas as influências do Direito Canônico e especialmente do Direito Romano, que não apenas marcaram todo o período colonial como também, vale lembrar, respondem pela inscrição do Brasil na galeria dos países de sistema jurídico de tradição romano-germânica, o *civil law*.

Conforme anota Pinho,[1] "As Ordenações Afonsinas foram lei no Brasil logo após a descoberta de Cabral e já tinham quase sessenta anos de vida quando aqui chegaram. As Manoelinas dirigiram nosso direito cêrca de noventa anos. E de mais de dois séculos foi a vida do Código Filipino. Durante trezentos e trinta anos, de 1500 a 1830, o combate ao crime e ao criminoso se fêz, em nossa terra, através das velhas leis de Portugal".

Importa realçar que o Livro V das Ordenações Filipinas equiparava o escravo às coisas e animais, tornava obrigatório o batismo do escravo, punia o auxílio à fuga de escravo, autorizava o senhor a prender seu escravo sem incorrer no crime de cárcere privado, proibia os bailes de escravos etc.

Na obra de Malheiro[2] podemos identificar um fenômeno que possivelmente constitui um dos alicerces daquele procedimento carinhosamente denominado jeitinho brasileiro. Para todos os efeitos civis – contratos, herança etc. – o escravo não era considerado pessoa, sujeito de direitos. No entanto, para o direito penal, melhor dizendo, para efeito da persecução penal, o escravo era considerado responsável, humano, isto caso figurasse como réu; já se tivesse uma parte de seu corpo mutilada, a lesão era qualificada juridicamente como mero dano – algo atinente ao direito de propriedade e não ao direito penal. Ou, ainda, caso fosse um escravo arrebatado por alguém, configurado estaria o crime de roubo. Numa palavra: sendo réu era pessoa, sendo vítima, coisa.

Uma miríade de leis assegurava aos senhores de engenho parte do aparato de força necessário para subjugar e explorar a mão-de-obra escravizada: a faculdade de os senhores castigarem seus escravos; a regulamentação da figura do capitão-do-mato; a isenção de criminalidade aos assassinos de negros fugidos ou quilombolas; a regulamentação de prêmios a serem pagos nos casos de captura de negros fugitivos, dentre outras.

Modificações interessantes neste quadro foram introduzidas pela Constituição Política do Império,[3] de 25.03.1824, e pelo Código Criminal editado seis anos depois. A propósito, convém pôr em relevo a prioridade dispensada à repressão da criminalidade: a referida Constituição determinava a organização "quanto antes" de um Código Civil e um Código Criminal (art. 179, XVIII). No entanto, transcorreram-se quase cem anos até que fosse promulgado o Código Civil (1916), sendo que 25 anos depois da promulgação da Constituição (1850) entrava em vigor o Código Comercial, contendo regras

(1) PINHO, Ruy Rebello. *História do Direito Penal Brasileiro – Período Colonial*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

(2) MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil – Ensaio histórico-jurídico-social*. São Paulo: Edições Cultura, 1944.

(3) Escravista sem inscrever uma única palavra referente ao assunto – velha e conhecida fórmula do racismo pátrio – a Constituição de 1824 aboliu a pena de tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis.

próprias e outras típicas de um código civil. Já o Código Criminal, este não tardou a ser organizado.

2. O Código Criminal do Império

Saudado como símbolo de modernidade e portador das novas idéias liberais então em voga na Europa,[4] o Código Criminal editado em 16.12.1830 exibia, entre seus 312 artigos, um significativo leque de normas diretamente destinadas à contenção da rebeldia negra, seja entre escravos, seja entre livres e libertos, entre elas:

- fixava a responsabilidade penal em 14 anos;
- atribuía ao senhor a responsabilidade pela indenização dos danos causados pelo escravo;
- estabelecia a pena de açoites e uso compulsório de ferros;
- criou o crime de insurreição

"*Insurreição*

Art. 113. Julgar-se-ha commetido este crime, reunindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força:

Penas

No gráo máximo – morte

No gráo médio – galés perpétuas

No gráo mínimo – quinze anos de galés"

- punia as pessoas livres que encabeçassem insurreição;
- punia a ajuda, o incitamento ou aconselhamento à insurreição, bem como o fornecimento de armas, munições ou outros meios para o mesmo fim;
- punia a propaganda da insurreição;
- punia a celebração, propaganda ou culto de confissão religiosa que não fosse a oficial;[5]
- criou o crime de vadiagem;
- criminalizou a mendicância.

Passados cinco anos da promulgação do primeiro código penal brasileiro, e certamente em resposta ao crescimento de assassinatos de senhores e feitores cometidos por escravos,[6] em 10.06.1835 entrava em vigor a Lei que regulamentava a pena de morte, prevista já no código em tela.

Tal como a pena de galés, a pena capital mirava fundamentalmente negros e negras escravizados. Sobre o assunto, anota Garcia[7] que "Nas porfias parlamentares sôbre o extremo suplício, o grupo conservador propugnava-lhe a admissão no Código; outro grupo, dos liberais, se opunha. Venceram os conservadores por pequena maioria. O seu argumento principal era a criminalidade do elemento servil, muito difundida. Entendiam que, sem a aludida pena, não se manteria a ordem entre os escravos, os quais, pelo seu teor de existência, seriam indiferentes a outros castigos".

Já em 11.08.1836 entra em vigor o Aviso segundo o qual os açoites não poderiam ultrapassar o número de 50 por dia, e no limite máximo de 200. Note-se que o escravo era processado e julgado em audiência presidida pelo Juiz de Paz, o qual sentenciava e acompanhava a execução da pena – levada a efeito nas denominadas Casas de Suplicação – cabendo ainda àquela autoridade determinar o número de

(4) v. MALERBA, Jurandir. *Os brancos da lei – liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil.* Paraná : Editora da Universidade Estadual de Maringá, 1994.

(5) O art. 5.º da Constituição de 1824 prescrevia que "Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império".

(6) v. MACHADO, Maria Helena Pereira Toledo. *Crime e escravidão – trabalho, luta e resistência nas lavouras paulistas* – 1830-1888. São Paulo : Brasiliense, 1987, p. 41.

(7) GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal.* 4. ed. São Paulo : Max Limonad, 1968, p. 121.

açoites, o tempo e a maneira de usar compulsoriamente ferros.

3. O Código Penal da República

Proclamada a República, o Governo Provisório, do qual era Ministro da Justiça Campos Sales, encomenda ao Conselheiro Baptista Pereira a organização de um projeto de Código Penal, convertido em lei em 11.10.1890.

Em homenagem às peculiaridades caboclas, vale realçar que a proclamação da república foi seguida de perto pela edição de um código penal, e apenas posteriormente cuidou-se da adoção de uma nova Constituição. Trata-se possivelmente de um caso *sui generis* na história das lutas independentistas, no qual as atenções se fixaram primeiramente na obediência à ordem, para depois então se ocuparem do detalhe da ordem a ser obedecida.

Sobre o Código Penal, assevera Mirabete[8] que "Logo foi ele alvo de duras críticas pelas falhas que apresentava e que decorriam, evidentemente, da pressa com que foi elaborado. Aboliu-se a pena de morte e instalou-se regime penitenciário de caráter correcional, o que constituía um avanço na legislação penal".

Dentre seus artigos, convém destacar:

- fixava a responsabilidade penal em nove anos;
- punia o crime de capoeiragem;
- punia o crime de curandeirismo;
- punia o crime de espiritismo;
- punia o crime de mendicância;
- punia o crime de vadiagem.

Aplaudindo a fixação da responsabilidade penal em nove anos, Nina Rodrigues[9] discorre sobre as acertadas razões do legislador. Segundo o autor, "O nosso Código Penal vigente, inspirado (perdoe-me o legislador), mal copiado do código penal italiano, trouxe-nos portanto um progresso reduzindo a menoridade de quatorze para nove annos (...) Os povos civilisados mais cultos, o inglez, o italiano, o allemão, por exemplo, cujas cerebrações devem ser de mais lento desenvolvimento, se contentam com sete, nove, doze annos; no Brazil, por causa das suas raças selvagens e barbaras, o limite de quatorze annos ainda era pequeno! (...) as raças inferiores chegam á puberdade mais cedo do que as superiores (...) "o menino negro é precoce, affirma ainda Letorneau; muitas vezes excede ao menino branco da mesma idade; mas cedo seus progressos param: o fructo precoce aborta (...) quanto mais baixa fôr a idade em que a acção da Justiça, ou melhor do Estado se puder exercer sobre os menores, maiores probabilidades de exito terá ella, visto como poderá chegar ainda a tempo de impedir a influencia deleteria de um meio pernicioso sobre um caracter em via de formação, em época em que a acção delles ainda possa ser dotada de efficacia".

Considerado por Lombroso[10] como seu apóstolo na América do Sul, Raymundo Nina Rodrigues não se viu diante de maiores embaraços para proceder a identificação, no contexto brasileiro, da figura do delinqüente nato criada por seu mestre italiano. Preleciona o mestre "...se pode admittir que os selvagens americanos e os

(8) MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo : Atlas, 1996, v. 8, p. 42.

(9) RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro : Guanabara, 1894.

(10) Médico, psiquiatra, militante do Partido Socialista Italiano dos Trabalhadores, Cesare Lombroso (1835-1909) é considerado fundador da Antropologia Criminal e um dos precursores da Criminologia, ciência cujo objeto ainda hoje é alvo de controvérsias. Devem-se a Lombroso as definições de delinqüente nato, atavismo (herança remota) criminoso, associação entre fenótipo e predisposição delituosa, entre outras. Lombroso responde, juntamente com Enrico Ferri e Rafael Garofalo, pela denominada escola italiana – a escola do positivismo criminológico.

negros africanos, bem como seus mestiços, já tenham adquirido o desenvolvimento physico e a somma de faculdades psychicas, sufficientes para reconhecer, num caso dado, o valor legal do seu acto (discernimento) e para se decidir livremente a commettel-o ou não (livre arbitrio)? – Por ventura pode-se conceder que a consciencia do direito e do dever que teem essas raças inferiores, seja a mesma que possue a raça branca civilisada?[11] (...) O negro crioulo conservou vivaz os instinctos brutaes do africano: é rixoso, violento nas suas impulsões sexuaes, muito dado á embriaguez e esse fundo de caracter imprime o seu cunho na criminalidade colonial actual".[12]

A propósito, dentre as manifestações da genialidade do cientista Nina, uma seria cômica, não tivesse respondido pela tragédia que se abateu sobre tantas crianças e jovens negros do início do século: a freniatria, frenologia e quetais, notabilizaram-se, na Europa, pela associação entre determinadas características ou medidas corporais e delinquência; daí a importância atribuída às medições de estatura, comprimento da cabeça, do dedo médio, dos braços etc., às quais foi acrescentada, no Brasil, a largura do nariz, certamente decorrente do esforço adaptativo do cientista.

Crítico feroz do tratamento igualitário conferido pelo Código Penal a negros e brancos, bem como da noção de livre arbítrio[13] e outras características do código, o médico maranhense propugnava a adoção de quatro códigos:[14] um para os mestiços superiores, um para os mestiços evidentemente degenerados, um para os mestiços comuns e finalmente um para os brancos, assim descritos[15] – "A civilisação aryana está representada no Brazil por uma fraca minoria da raça branca a quem ficou o encargo de defendel-a, não só contra os actos anti-sociaes – os crimes – dos seus proprios representantes, como ainda contra os actos anti-sociaes das raças inferiores".

De seu lado, a criminalização da vadiagem mereceu esfuziante aclamação por parte do mestre Nina:[16] "A indolência da população mestiça é talvez um dos factos sobre o qual menos se discutirá no Brazil, e não é menor o accordo unanime em attribuil-a á riqueza nativa do sólo, que dispensa qualquer trabalho. O ultimo codigo penal, feliz por ter com o consenso geral, encontrado na indolencia dos mestiços, uma manifestação da livre vontade de não querer trabalhar, correu pressuroso, com o art. 399, em auxilio desse prejuizo". E arremata o professor:[17] "A bem conhecida incapacidade de um trabalho physico continuado e regular dos selvagens tem sua explicação natural na physiologia comparada das raças humanas"; por certo, olvidando o mestre o fato de que em 1894, data da obra em questão, os brancos contabilizavam menos de uma década de familiaridade com o lavor, com o trabalho propriamente dito, contra quatro séculos de trabalho do negro escravizado.

Note-se, a propósito, que estudos de Fausto[18] atestam o endereçamento racial da criminalização da vadiagem: "Os relatórios do Secretário de Justiça dos anos 1904 e 1906 – únicos a estabelecer um cruzamento entre presos por contravenção e nacionalidade – mostram como os brasileiros são amplamente majoritários na rubrica "vadiagem", enquanto os estrangeiros predominam em "embriaguez" e mais ainda em "desordens". (...) Por sua vez, as indicações referentes a pessoas pro-

(11) Op. cit., p. 112.

(12) Op. cit., p. 124.

(13) Para Nina Rodrigues a raça e não o indivíduo determinava o comportamento. Daí por que sua oposição à adoção da premissa do livre arbítrio prevista no código.

(14) Op. cit., p. 167.

(15) Op. cit., p. 170-171.

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

(17) Op. cit., p. 142.

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

cessadas por vadiagem nos anos 1907 e 1908 indicam como os nacionais continuam sendo majoritários, mas em proporção bem menor (...) Estes dados dão alguma consistência à hipótese de que a massa de vadios era formada por uma população destituída predominantemente nacional, onde talvez fosse possível encontrar um número significativo de pretos e mulatos, marginalizados de atividades econômicas atraentes nos anos pré e pós-Abolição". Fausto cita ainda Audferheid,[19] que, segundo o autor, "mostrou como as autoridades sempre fizeram uma aproximação entre a vadiagem e a população negra." Por exemplo, as "partes de semana", feitas pelos juízes de paz de Salvador (1834-1836), referiam-se com muita freqüência, em suas descrições, a "crioulo forro, negro, pardo, cabra vadio, ou preto vadio".

Retomando, convém assinalar que o impacto da produção rodrigueana e seus pressupostos lombrosianos não fica restrito às dependências da Faculdade de Medicina da Bahia, na qual lecionava o médico-legista, mas influenciará a literatura médica nacional e sobretudo o discurso jurídico hegemônico nas Faculdades de Direito de Recife e de São Paulo, lançando as bases de uma verdadeira escola teórica. Trata-se de um período de reinado absoluto da frenologia, da freniatria, da biologia criminal e quetais, conforme demonstra a antropóloga Lilia Schwarcz.[20]

Nesta mesma trilha, pesquisando julgamentos de curandeirismo e charlatanismo no Brasil, desde o início do século, Schritzmeyer[21] indica nitidamente a associação entre tais delitos e práticas religiosas de origem africana, vistas como bárbaras e primitivas.

Tratamento especial, e por que não dizer racial, mereceu igualmente a capoeira, tipificada pelo código em um capítulo sugestivamente intitulado "Dos vadios e capoeiras". Como assevera Fausto,[22] "Trata-se, no caso, de um claro exemplo de criminalização de um comportamento com o propósito de reprimir uma camada social específica, discriminada pela cor. A preocupação com a 'capoeiragem' está ligada a uma conjuntura histórica e em particular a uma cidade – o Rio de Janeiro no período imediatamente posterior à Abolição".

4. O legado pragmático de Nina Rodrigues

Analisando autos de inquéritos policiais e estatísticas criminais do início deste século, Fausto[23] deslinda o controle social e a preocupação com a ordem pública presentes na atuação policial paulista: "No período 1892-1916, com lacunas nos anos 1899, 1901 e 1903, dentre 178.120 pessoas presas na cidade, 149.245 (83%) foram detidas pela prática de contravenções ou *para averiguações* e 28.875 (16, 2%) sob acusação de crimes" (grifo nosso).

Em um capítulo intitulado "A discriminação pela cor", o autor conclui que "As informações referentes às pessoas presas na cidade entre 1904 e 1916 mostram que negros e mulatos são presos em proporção mais de duas vezes superior à parcela que representam na população global da cidade. Constituem em média 28, 5% do total de presos, enquanto representariam em torno de 10% dos habitantes de São Paulo, no mesmo período".

Das peças de inquérito policial, Fausto[24] destaca depoimento sobre fato ocorrido

(19) *Apud* FAUSTO, Boris. p. 45.

(20) SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças – cientistas, instituições e questão racial no Brasil* – 1870-1930. São Paulo : Companhia das Letras, 1993.

(21) SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. Direito e Antropologia: uma história de encontros e desencontros – julgamentos de curandeirismo e charlatanismo – (Brasil – 1900/1990), in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo : RT, 1997, n. 18, abr./jun. 1997, p.135-145.

(22) FAUSTO, Boris. Op. cit., p. 35.

(23) FAUSTO, Boris. Op. cit., p. 33.

(24) FAUSTO, Boris. Op. cit., p. 55.

em 1913, cuja técnica redacional configura prática absolutamente usual em nossos dias – o emprego insistente, sistemático, calculado da referência à cor[25] quando se trata de realçar a condição racial de acusado negro, conformando recurso discursivo indisfarçavelmente destinado a brandir a cor como indício de culpabilidade: "...Um conhecido da depoente, que se encontrava no bar, disse que o pretinho podia levar a motocicleta para lá; que o dito pretinho aceitou a oferta...; que a depoente não desconfiou de coisa alguma, pois o pretinho falava com naturalidade; que dias depois soube que a tal motocicleta o pretinho a havia roubado...; que a depoente conhecia de vista esse pretinho, sabendo só agora que ele pratica furtos".

Ainda das primeiras décadas deste século, com enfoque no Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, Ribeiro[26] registra que "A cor preta do acusado aumenta, mais do que qualquer outra característica, a probabilidade de condenação no Tribunal do Juri. Há uma enorme diferença entre as probabilidades de condenação dos acusados pretos e dos pardos em relação aos acusados brancos. O acusado preto tem 31,2 pontos percentuais a mais de probabilidade ou chances de ser condenado do que o acusado branco, e o acusado pardo tem 15,8 pontos percentuais a mais de chances de condenação do que o acusado branco".

Dos anos 40 deve-se destacar a entrada em vigor do atual Código Penal,[27] o qual fixou a responsabilidade penal em 18 anos, revogou a criminalização da capoeiragem, do espiritismo e da magia, conservou os delitos de curandeirismo e charlatanismo e passou a tratar mendicância e vadiagem como contravenção penal.

Não obstante os sinais de democratização racial do estatuto penal, as práticas dos órgãos de segurança pública permaneceram indiferentes aos ventos da mudança.

Já na década de 50, o professor e atual Senador Abdias Nascimento enviava Carta aberta ao Chefe de Polícia do Rio de Janeiro,[28] na qual anotava que: "Basta um negro ser detido por qualquer coisa insignificante – assim como não ter uma simples carteira de identidade – para ser logo tratado como se já fosse um criminoso. Dir-se-ia que a polícia considera o homem de cor um delinqüente nato, e está criando o delito de ser negro".

Denúncias de igual teor podem ser localizadas nos discursos da liderança política negra emergente nos anos 60 e 70, a exemplo da Carta de Princípios do Movimento Negro Unificado,[29] que aponta a "permanente repressão, perseguição e violência policial".

Neste mesmo sentido registre-se os estudos e inúmeros artigos produzidos pelo eminente professor Paulo Sérgio Pinheiro,[30] ave rara entre pesquisadores brancos brasileiros, sempre atento ao componente racial embutido na brutalidade policial, assim descrito: "No início do mês de outubro a consciência civilizada brasileira vinha abaixo, horrorizada, com a fotografia de sete cidadãos negros amarrados pelo pescoço por um PM depois de uma *blitz* no Rio contra uma favela. Um mês depois um sigiloso IPM concluiu que essa violência estúpida e racista é 'crime militar' e será julgada pela Justiça Militar (...) Além

(25) Decreto-lei 3.992, de 30.12.1941, passou a determinar a inclusão da informação sobre cor nas estatísticas criminais, ao lado de outras informações sobre réus e vítimas.

(26) RIBEIRO, Carlos Antonio Costa. *Cor e criminalidade – Estudo e análise da Justiça no Rio de Janeiro* (1900-1930). Rio de Janeiro : UFRJ. 1995, p. 77.

(27) Decreto-lei 2.848, de 07.09.1940.

(28) *Apud* CARDOSO, Edson Lopes. *Bruxas, espíritos e outros bichos*. Belo Horizonte : Mazza Edições, 1992.

(29) v. Movimento Negro Unificado. *1978-1988 – 10 anos de luta contra o racismo*. São Paulo : Confraria do Livro, 1988, p. 18.

(30) v. PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Escritos indignados*. São Paulo : Brasiliense, 1984, p. 56, 79, 82.

do mais era negro, detalhe que sempre confirma qualquer suspeição de delito nesta terra de *apartheid* dissimulado que é o nosso querido Brasil (...) No mesmo sentido vai a aterrorização das populações pobres menores e negras que se consagrou como política policial durante os governos biônicos nesses vinte anos".

Merece relevo ainda o trabalho jornalístico sobre violência policial em São Paulo, no qual Caco Barcellos[31] afirma que: "O componente racista, que já havíamos observado na ação dos principais matadores, se confirma no balanço final do Banco de Dados. Do total de 4.179 vítimas identificadas, obtivemos informações sobre a cor da pele de 3.944: 1.932 eram brancas e 2.012 negras e pardas. A maioria de 51 por cento por si só já demonstra o preconceito contra as pessoas de raça negra e parda. Isso fica ainda mais claro se fizermos um confronto com os dados demográficos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística sobre a população do município de São Paulo. Nas últimas duas décadas, universo de minha pesquisa, os habitantes da capital se dividiam, por raça, na proporção de 74 por cento de brancos para 22 por cento de negros e pardos".

Já em 1997, a propósito da imitação nacional da decantada política policial de tolerância zero, um Editorial do Boletim do IBCCrim,[32] assinalava que "A Polícia Militar do Estado de São Paulo, no primeiro dia de sua 'Operação Tolerância Zero' retirou 40 homens da rua. Todos mendigos, vadios ou 'suspeitos', portanto com a cara de delinqüentes. Trinta e seis deles eram negros; quatro brancos (segundo o IBGE 57% da população paulista é de brancos, para 43% de negros). Só dois deles tinham passagem pela polícia. Passados os constrangimentos naturais do passeio de camburão, revistas pessoais, perda de tempo, invasão de privacidade etc., essas pessoas são devolvidas para as ruas, sem qualquer política pública ou social que tenha o objetivo de devolver-lhes a dignidade. É de se indagar: voltam felizes com o passeio ou revoltados com a discriminação?".

De outra face, estudos de Adorno[33] sobre discriminação racial na justiça criminal de São Paulo atestam o "plus" de rigor enfrentado por réus negros, mesmo quando estes dispõem de defensoria particular, praticam delitos análogos e possuem histórico semelhante ao de seus colegas brancos.

Dado inusitado dos anos 90, refere-se às pesquisas de opinião sobre violência policial. Analisando algumas destas pesquisas, Khan[34] assinala que "Em dezembro de 1995 o Instituto DataFolha iniciou uma pesquisa sobre a imagem da polícia entre os moradores de São Paulo e Rio de Janeiro, entrevistando 1.721 pessoas. Logo após a televisão ter mostrado sucessivamente as imagens de violência cometidas na favela Naval, em Diadema, outra pesquisa com 1.080 paulistas foi imediatamente aplicada para conhecer os efeitos destas imagens nas avaliações sobre o trabalho policial. Perguntada pela primeira idéia que lhe vem à cabeça quando pensa em polícia, a maioria da população (69%) associou-a a aspectos negativos, como a falta de preparo, ineficiência, corrupção, violência, abuso de poder. As diferenças nas opiniões quando dividimos a população por cor são bastante sintomáticas: enquanto brancos referiam-se mais aos problemas de ineficiência e da corrupção, negros e mulatos relacionavam a polícia à questão da violência por ela praticada:

(31) BARCELLOS, Caco. *Rota 66 – A história da polícia que mata*. 5. ed. São Paulo : Globo, 1992. p. 259.

(32) Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim n. 53, abr. 1997, Editorial.

(33) ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal. In: *Novos Estudos/CEBRAP*, São Paulo, p. 45-63, v. 43, nov. 1995.

(34) KHAN, Tulio. Os negros e a polícia: recuperando confiança mútua. *Boletim Informativo do Grupo de Pesquisa da Discriminação da USP*, n. 1, 1998.

somente 11% dos brancos, em contraste com 20% dos negros, revelaram sentir medo da polícia. Na pesquisa feita depois de Diadema, em abril de 1997, o medo da polícia também foi maior entre os entrevistados não brancos. Este medo estaria relacionado à opinião de que os policiais, quando entram em ação, "são violentos", "ferem pessoas inocentes nos tiroteios", "abordam qualquer pessoa e confundem bons cidadãos com bandidos" ou ainda "só abordam negros". Finalmente, a pesquisa de vitimização de dezembro de 1997 feita em conjunto pelo DataFolha e o Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção ao Delito e Tratamento do Delinqüente – ILANUD – corrobora estes padrões: quando conversam sobre o tema violência, a referência à polícia nas conversas é maior entre negros, especialmente no aspecto violência e abuso de poder.

Com efeito, quando os entrevistados foram perguntados em 1995 se sentiam mais confiança do que medo, ou mais medo do que confiança na polícia, os negros apresentaram a maior taxa de "mais medo do que confiança", tanto no que se refere à Polícia Militar quanto à Polícia Civil. A mesma tendência se manteve quando a questão foi repetida em abril de 1997, pós-Diadema. Entre os negros, aliás, muitos revelaram ter mais medo da polícia que dos próprios bandidos". Noutra passagem, registra o autor que "Fatos como este são corriqueiros na vida de muitos negros e não se restringem apenas aos mais pobres, embora atinjam particularmente a estes. São inúmeros os casos de negros de classe média e elevada que afirmam ser sistematicamente parados, sem qualquer motivo, por forças policiais. Negros de classe média e alta são um alvo privilegiado, pois a população – e também muitos policiais – vêem com suspeitas um "homem de cor" dentro de um bom carro ou ostentando sinais de riqueza. O caso mais notório e recente é o do Secretário dos Negócios Jurídicos da Prefeitura de São Paulo, Edivaldo Brito, parado quatro vezes pela polícia desde que assumiu o cargo".

Conforme sintetiza Oliveira,[35] "O bem vestido e bem falante terá sempre mais chances, frente à justiça, do que o negro com cara de bandido".

5. O legado teórico de Nina Rodrigues

É sem dúvida improvável a hipótese de que policiais militares, promotores e juízes responsáveis pelas declarações e fatos narrados até aqui sejam assíduos leitores dos postulados rodrigueanos, nos quais encontrariam os fundamentos teóricos norteadores de suas ações. Não menos verdadeiro, contudo, é o espaço ocupado pelos postulados de matiz lombroso/rodrigueana na literatura jurídica penal contemporânea.

Senão vejamos:

I) João Farias Júnior[36] – livro publicado em 1996:

O autor, após exibir dados, estatísticas e tabelas rústicas, improvisadas e ababeladas, conclui que o "coeficiente de criminalidade dos homens de cor (negros e mulatos) é, no Brasil, comparativamente muito maior do que o da população branca".

Não bastasse contrariar estatísticas dos últimos censos penitenciários brasileiros, as quais demonstram que a taxa de representação de negros no sistema prisional é, em média, proporcional à sua participação nas populações dos estados e do país, o preclaro cientista, mestre e doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, passa a brandir teorias e postulados que teriam o condão de explicar a alegada compulsão negra para a criminalidade.

(35) OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Manual de Criminologia*. 2. ed. Porto Alegre, 1996, p. 37.

(36) FARIAS Jr. João. *Manual de Criminologia*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 1996, p. 74-76.

Eis algumas das inferências do especialista:

"Por que os índices de criminalidade do homem de cor são substancialmente mais elevados que os do branco ou amarelo?"

"Passado um século dessa abolição, o negro ainda não se ajustou aos padrões sociais e o nosso mestiço, o nosso caboclo, em geral é indolente, propenso ao alcoolismo, vive de atividades primárias e, dificilmente consegue prosperar na vida (sic). É este *tipo* que normalmente migra e forma as favelas dos grandes centros demográficos. Ele forma um vasto contingente, sem instrução e sem nível técnico, não consegue se firmar socialmente e envereda para a marginalidade e para o crime" (grifo nosso).

II) João Marcello de Araújo Júnior e Roberto Lyra[37] – livro publicado em 1995:

Sem nenhuma advertência ao leitor, o autor reproduz trechos selecionados da obra rodrigueana, agrupados sob a sugestiva rubrica "Sobrevivência psíquica na criminalidade dos negros e índios". Assim:

"Só os africanos e os índios conservam os seus usos e costumes e fazem deles com os novos um amálgama indissolúvel. Nas suas ações hão de influir poderosamente as reminiscências, conscientes ou inconscientes, da vida selvagem de ontem, muito mal contrabalançadas ainda pelas novas aquisições emocionais da civilização que lhes foi imposta".

"O conceito de direito de propriedade das sociedades africanas dá a justificação moral de grande número de crimes praticados pelos negros brasileiros. Dos negros americanos, a este respeito escreveu Thomas: "Furtos de coisas grandes ou pequenas não são uma ofensa culposa aos olhos dos libertos, e o ladrão preto não é para eles um objeto de aversão, senão quando o ato criminoso é praticado contra sua própria pessoa ou bens; nesses casos, eles são os mais prontos a denunciar o crime e os mais vociferadores na condenação do criminoso". Antes de ver neste fato, como pensa o autor citado, uma especial manifestação de egoísmo criminoso, é lícito pensar numa persistência do estádio da evolução jurídica, em que não há responsabilidades individuais nos crimes praticados contra os representantes das gentes ou tribos distintas e mais ou menos diferentes. Então os atos só são sentidos como criminosos, só despertam e ferem a consciência jurídica, quando praticados contra os membros da própria comunidade, e não quando lesivos de comunidades estranhas. Ora, esta a fase da evolução jurídica em que se achava grande número de povos negros, quando deles foram retirados os escravos vendidos para a América".

III) Newton Fernandes & Valter Fernandes – livro publicado em 1995:

"As raças estariam por representar a adaptação máxima às condições físicas circundantes. Longe do seu 'habitat' natural, sofrem vários tipos de frustração e têm que iniciar um novo e penoso período de readaptação (...) Assim, a raça negra, tendo sido levada bruscamente da África para a América, teria que sofrer todas as vicissitudes de readaptação, com suas consequências naturais, de modificação do comportamento inclusive (...) até na situação de escravos, esta condição última talvez responsável pela forma de insanidade mental, que quando acomete os negros, reveste-se de marcante característica, qual seja, a *mania de perseguição* (grifo nosso)".

"Gustavo Le Bon, em sua obra *Leis Psicológicas da Evolução dos Povos*, sobre a miscigenação, afirma que uma certa mistura racial pode originar, pelo menos, alguma instabilidade de conduta".

"No Brasil, onde o índice de crimes praticados por negros e mulatos é bem maior do que os imputados aos brancos, provavelmente também não é problema racial, e, sim, pelas mesmas razões apon-

(37) LYRA, Roberto & ARAÚJO JR., João Marcello. *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 130-133.

tadas com relação aos negros nos Estados Unidos. Quem em sã consciência pode negar certa discriminação que existe aqui contra os negros? E quem é tão cego a ponto de não enxergar que negros e mulatos brasileiros vivem em condições econômicas, sociais e de educação acentuadamente inferiores aos brancos?"

"Encerrando, quando se falou que a raça judaica pratica menos crimes que as outras, há que se observar que tal fato não abrange os crimes, de uma maneira geral, pois sabido é, que o judeu, quando se dá às lides do comércio, tem um índice delinqüencial bastante grande, no referente à prática de fraudes, falsificações, falências fraudulentas e outras modalidades delituosas correlatas ao exercício de tais atividades profissionais".

IV) Israel Drapkin[38] – livro publicado em 1978:

"Continuando o estudo dos fatores endógenos do crime, vamos analisar as influências que poderiam ter na criminalidade três deles, de suma importância, como a idade, sexo e raça".

"Teoricamente se atribui certo valor ao fator étnico ou racial, ao pretender-se que a criminalidade se encontra influenciada pelo 'fator raça'. No entanto, se é certo que existe a possibilidade da criminalidade ser influenciada por tal fator, não é menos certo que isto não significa que devamos desprezar a influência do fator cultura..."

"A *criminalidade judaica* – Foi manifestado que a criminalidade entre os indivíduos desta raça é menor do que entre as outras; porém observando certos tipos de delitos como a fraude, a falsificação, a falência fraudulenta etc. chegaremos à conclusão inversa. Onde o judeu se dedicou ao comércio, observa-se esta maior criminalidade..."

(38) DRAPKIN, Israel. *Manual de Criminologia*. São Paulo : José Bushatsky, 1978, p. 153-158.

Digno de registro é também o fato de que pelo menos dois autores contradizem veementemente especulações como as que acabamos de transcrever, quais sejam:

1) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1959, Vol. III, p. 289-314 e;

2) SERRAT, Saulo Monte. Fatores biológicos da criminalidade: uma falácia persistente, in *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 639, p. 403-404. jan. 1989.

6. Os ventos da mudança

Ao menos duas importantes conquistas, resultantes da ação do Movimento Negro, devem ser aqui registradas pelo que prometem em termos de mudança neste cenário que acabamos de desenhar: 1. a inscrição da dimensão racial como componente latente da violência urbana, especialmente da violência praticada pelos agentes do Estado, que se expressa, por exemplo, no fato de que a lei que regulamentou o crime de tortura prevê a discriminação racial como uma das motivações desta velha e conhecida prática dos órgãos policiais brasileiros e; 2. a introdução de uma disciplina intitulada Tutela Penal da Igualdade, com ênfase na discriminação de natureza racial, no currículo da Academia da Polícia Civil de São Paulo.

Para o trabalho de desenvolvimento e introdução desta disciplina, o Diretor da Academia, Prof. Tabajara Novazzi Pinto, convidou um advogado, professor de direito penal, coordenador de uma ONG negra e militante do Movimento Negro.

Quando o autor destas linhas aceitou o convite, não poderia imaginar a riqueza do trabalho formativo com os delegados de polícia, a rigor, 160 delegados, distribuídos em quatro turmas. Duas considerações merecem ser feitas: 1. o extraordinário poder da educação, como condição necessária – ainda que provavelmente não seja condição suficiente – para uma mudança de postura dos operadores do direi-

to ligados à Justiça Criminal; 2. uma surpreendente receptividade por parte dos delegados em termos de refletir, conhecer, questionar as práticas discriminatórias do cotidiano.

Embora ainda embrionária, a experiência que temos vivenciado na Academia da Polícia Civil nos faz realçar o papel essencial a ser desempenhado pelo ensino jurídico, pelos currículos das academias de polícia militar e civil, enfim, pela educação, como uma possibilidade para que as pessoas possam, ao menos durante algumas poucas horas de sua vida, ter acesso a um espaço de reflexão sobre relações raciais no Brasil.

Talvez, deste modo, possamos começar a frustrar a tétrica profecia de Afrânio Peixoto, autor do prefácio da referida obra *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*: "O Instituto Nina Rogrigues é uma homenagem e uma escola. E no Recife, Bello Horizonte, Porto Alegre... por todo o Brasil, ainda quando não venham directamente delle, é o espírito de Nina Rodrigues que dá modelo e inspiração. O espírito que vivifica".

Que o diga o Coronel Élio Proni.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1 Jurisprudência Comentada

8.1.1

O ATIVISMO JUDICIAL

ADAUTO SUANNES

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. (Lei 9.099/95, art. 89): natureza consensual: recusa do Promotor: aplicação, *mutatis mutandis*, do art. 28 C. Pr. Penal.

Ementa: A natureza consensual da suspensão condicional do processo – ainda quando se dispense que a proposta surja espontaneamente do Ministério Público – não prescinde do seu assentimento, embora não deva este sujeitar-se ao critério individual do órgão da instituição em cada caso.

Por isso, a fórmula capaz de compatibilizar, na suspensão condicional do processo, o papel insubstituível do Ministério Público, a independência funcional dos seus membros e a unidade da instituição é aquela que – uma vez reunidos os requisitos objetivos da admissibilidade do sursis processual (art. 89 caput) ad instar do art. 28 C. Pr. Penal – impõe ao Juiz submeter à Procuradoria-Geral a recusa de assentimento do Promotor à sua pactuação, que há de ser motivada.

HC 75.343-4/MG – Pleno – STF – j. 12.11.1997 – Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir, em parte o *Habeas Corpus*.

Brasília, 12 de novembro de 1997.

Celso de Mello, Presidente; Sepúlveda Pertence, Relator p/ o acordão.

RELATÓRIO – *O Sr. Min. Octavio Gallotti*: Acha-se a questão suficientemente exposta pelo ilustre Prof. Cláudio Lemos Fonteles, Subprocurador-Geral da República, no parecer de fls. 84/88, que servirá de relatório:

"1. O advogado Bady Elias Curi Neto impetra ordem de *Habeas Corpus* em favor de Juarez Quintão Hosken Filho, objetivando a nulidade do julgamento de segunda instância, assim como a decisão de primeiro grau.

2. O ora paciente restou condenado, pela conduta tipificada no art. 16 da Lei 6.368/76, à pena de 9 meses de detenção e ao pagamento de 30 dias multa, conforme sentença de fls. 20/24.

3. Inconformado, interpôs recurso de apelação junto a 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que após parecer do Ministério Público, às fls. 26/28, deferiu a diligência solicitada, fls. 30, determinando a volta dos autos ao Juízo de origem a fim de que se procedesse à aplicação da medida prevista no art. 89 da Lei 9.099/95. O Procurador de Justiça, como se vê às fls. 32, não ofereceu a proposta de suspensão condicional do processo. Considerada satisfeita a diligência ordenada, o Juiz *a quo* (v: fls. 32), devolve os autos ao Tribunal. Recebidos os autos, a C. Câmara, por unanimidade, deu provimento parcial a apelação, reduzindo a reprimenda aplicada para 6 meses de detenção e ao pagamento de 20 dias-multa, mantendo o *sursis* e suas condições.

4. Aduz, em síntese, o impetrante:

a) a falta de fundamentação da decisão do Juiz que acatou a recusa do Ministério Público em não oferecer proposta de suspensão condicional do processo;

b) não ter sido intimado da decisão que recusou a aplicação da suspensão condicional do processo;

c) não receber do poder judiciário os benefícios da suspensão condicional do processo, uma vez que preenche todos os requisitos legais para tal norma despenalizadora.

5. No mérito, assiste razão ao impetrante, senão vejamos!

6. Note-se que a Lei 9.099/95 já estava em vigor à época da prolação da sentença condenatória, fls. 24, fazendo jus, o paciente, ao benefício da suspensão condicional do processo, em consonância com o posicionamento dominante da doutrina e do Supremo Tribunal Federal (HC 74.305/SP), que atribui ao instituto natureza penal devendo, portanto, retroagir aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei 9.099/95 sob o enfoque da *lex mitior*.

7. Ressalta-se, todavia, o correto procedimento quanto à aplicação do referido benefício, uma vez que abriu-se vista ao Ministério Público para pronunciar-se sobre a medida despenalizadora.

8. No entanto, o que se discute aqui é a *falta de fundamentação* da decisão judicial que acolheu a manifestação do MP, assim lida às fls. 32, *verbis*: "Em que pese algumas decisões em contrário, os dispositivos da Lei 9.099/95 não se aplicam a feitos em andamento como é o caso.

Entretanto, mesmo se admitindo o contrário, *deixo de propor suspensão condicional do processo* diante de fato de que os réus, com suas condutas, como se vê dos autos, e foi salientado no parecer de fls. 123, *é um estímulo ao crime organizado*". (grifos nossos).

9. Efetivamente o Juiz de primeiro grau limitou-se a proferir o seguinte despacho, às fls. 34: "Ante a posição Ministerial, *com máxima venia*, devolvo os autos ao E. Desembargador Sérgio Resende, com as nossas sinceras homenagens." (grifamos).

10. No caso *sub examen*, o paciente preencheu todos os requisitos necessários para receber o benefício em comento, o que o próprio Tribunal de Justiça admitiu ao diminuir a reprimenda do acusado para o *mínimo legal*, como se lê às fls. 73, *verbis*: "Entretanto, assiste-lhes razão quando se insurgem contra a dosimetria da pena, porquanto *tratam-se de réus primários, sem antecedentes criminais*. Merecem, pois, a pena fixada *no mínimo legal – 6 meses* de detenção, em regime aberto, e pagamento de 20 dias-multa."

11. No tocante a questão da falta de fundamentação, Damásio E. de Jesus (In: *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. Op. cit., p. 110) adverse – "Se o Ministério Público se recusa a propor a suspensão do processo, *deve fundamentar a negativa* (art. 129, VIII, parte final, da CF; Lei 8.625/93, art. 43, III)". Nesta mesma linha é a assertiva de Ada Pellegrini Grinover *et alli*, (In: *Juizados Especiais Criminais*. Op. cit., p. 212), ao comentar a Lei 9.099/95: "Em razão da natureza da proposta de suspensão do processo, que não significa arbítrio, senão um poder-dever do Ministério Público, uma conseqüência a mais pode ser lembrada: sempre que sua denúncia versar sobre crime cuja pena mínima não exceda a um ano, tem a obrigação de pronunciar-se sobre a suspensão: em sentido positivo ou negativo, fundamentadamente." (grifamos).

12. Com efeito, a simples alusão de ser o crime cometido (art. 16 da Lei 6.368/76), "um estímulo ao crime organizado" como diz o Promotor de Justiça ao posicionar-se pela recusa da suspensão condicional do processo, singelamente acatada pelo MM. Julgador, não se mostra suficiente a cumprir com a indispensável exigência de motivação.

13. Tais as circunstâncias somos pela concessão da ordem para que sejam devolvidos os autos ao Juízo de origem a fim de que o MM. Julgador pronuncie-se, *motivadamente*, sobre a promoção do Ministério Público, para acatá-la, ou não." (fls. 84/8).

É o Relatório.

VOTO – *O Sr. Min. Sepúlveda Pertence:* Sr. Presidente, tinha tomado notas a respeito do tema em discussão que é relevante: acho a suspensão condicional do processo uma inovação revolucionária e benfazeja, quer sob a perspectiva do Direito Penal contemporâneo, quer sob a da necessidade de dar solução à falência da Justiça Criminal, congestionada pela criminalidade de menor importância e incapaz de dar resposta à criminalidade mais grave, violenta ou não.

Tinha tomado notas, mas felizmente para V. Exas., o problema do *quorum* tanto adiou o prosseguimento deste julgamento que, pelo menos nas minhas malas, eu as perdi. Poupo assim o Tribunal de maiores elocubrações. Tento apenas, restabelecer, de memória, o fio condutor do raciocínio, que aliás não é original.

De logo, sem entrar na polêmica semântica, o verbo *poder*, efetivamente, não me impressiona: o verbo, na linguagem normativa, nem sempre expressa uma *faculdade*, menos ainda uma *faculdade livre*, e jamais o *arbítrio* do agente público; freqüentemente é usado como expressão de uma competência, sobretudo quando se trata de uma competência alternativa à comum.

E é o que sucede no caso.

A regra é a obrigatoriedade da ação penal pública; é estar o promotor vinculado a formulá-la, sempre que presente a viabilidade de direito e de fato da acusação.

A suspensão condicional do processo, como outros instrumentos da Lei 9.099, é mecanismo – perdoe-se a palavra da moda – de *flexibilização* da obrigatoriedade da ação penal, no caminho do que se tem chamado Direito Penal ou Justiça Criminal transacional. Por isso mesmo, se tem dito que a obrigatoriedade da ação penal cedeu, nas hipóteses em que admitida a suspensão condicional do processo, a um regime de discricionariedade regrada, ou discricionariedade mitigada do Ministério Público.

Mas não posso fugir, com todas as vênias, à opção legislativa que, no art. 89 da Lei 9.099, caracterizou o instituto como transação processual-penal, a partir de proposta do Ministério Público.

Posso chegar, para não consagrar o arbítrio, até a dispensar a espontaneidade ou a originalidade da proposta. O que não posso, num instituto claramente definido como mecanismo da Justiça Criminal transacional ou pactuada, é subtrair da formação desse acordo, é expulsar dessa transação uma das partes do processo, a parte acusatória, o Ministério Público, ao qual, literal e expressamente, a lei teria dado mais, porque lhe reservou a iniciativa da proposta.

Por outro lado, cada vez mais descrente das simplificações silogísticas da hermenêutica jurídica tradicional, eu não acompanharia o Em. Ministro Marco Aurélio, quando sustenta que política penal, a política repressiva, é função que se esgota nas opções do legislador, das quais o Ministério Público seria *mero agente executor* (a expressão, salvo engano, é do brilhante Luiz Flávio Gomes): não há política criminal abstrata, cuja implementação dispense o esforço de concretização-atualização necessariamente criador do intérprete-aplicador qualificado da norma.

Não subtraio do Ministério Público o papel relevantíssimo de ser intérprete e expressão, nas circunstâncias variáveis de tempo e de espaço, da política penal vigente. Reduzi-la à opção abstrata do legislador seria plausível, ainda que mesmo assim ilusória, sob a vigência plena do princípio da obrigatoriedade da ação penal (ilusória, sim, porque não é preciso ter sido Promotor, mas apenas passar os olhos por toda a literatura contemporânea, em torno do Ministério Público acusador – na literatura brasileira como na literatura estrangeira –, para ver como é ilusória a obrigatoriedade da ação penal, tantos são os caminhos por meio dos quais, sem prevaricar, o membro do Ministério Público adapta, à sua concepção de justiça penal e de justiça no caso concreto, ainda que sem dizê-lo, a sua recusa de propor a ação penal, invocando motivos aparentemente de legalidade ou de falta de prova, sem dizer da busca de racionalização do apelo a institutos como o princípio da insignificância e outros similares).

Mas, sob outro prisma – se me recuso a demitir o MP da discricionariedade regra, que, no ponto, a lei induvidosamente lhe outorgou –, não creio, até por homenagem à unidade do Ministério Público, que é princípio constitucional, que o exercício dessa discricionariedade deva ser atomizado a ponto de dar margem, na expressão do Ministro Marco Aurélio, à livre expansão dos humores, do subjetivismo dos critérios ou da emoção do dia de cada Promotor ou Promotora, Brasil afora.

Desse modo, desde as leituras dos autores que se têm debruçado sobre o tema – a partir daqueles que foram a fonte material do Projeto Michel Temer, ou seja, Ada Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes – e malgrado e lúcida divergência de Luiz Flávio Gomes, o quarto dos autores da obra que dedicaram aos Juizados Especiais Criminais –, o alvitre pelos três primeiros sustentado da aplicação analógica e construtiva a hipótese do art. 28 do Código de Processo Penal, a meu ver, é o que serve melhor à compatibilização entre o papel insubstituível do Ministério Público na suspensão condicional do processo, a independência funcional de cada um dos seus membros e a unidade que se quer da instituição, que, aí, sim, pode fazê-la, com muito maior legitimidade, o agente criativo e não arbitrário de uma política penal, que, nos limites da lei, seja variável conforme as circunstâncias de tempo e de espaço a considerar.

Certo, o mecanismo do art. 28 do Código foi pensado para funcionar no quadro diverso do princípio da obrigatoriedade da ação penal, que reclama seja o arquivamento das peças de informação fundado em razões objetivas, judicialmente controláveis, de tal modo que, dissentindo delas o Juiz – malgrado não possa subsistir-se ao Promotor e formular ele próprio a denúncia – deva submeter o caso à decisão definitiva da chefia do Ministério Público.

Não obstante, para respaldar o apelo à analogia, o que aproxima as duas hipóteses é que também na de recusa, que há de ser motivada, do Promotor, à suspensão do processo – quando legalmente admissível, à luz dos requisitos de sua viabilidade jurídica, impostos pelo *caput* art. 89 da Lei 9.099 – a fórmula do art. 28 do Código é a que permite submeter a manifestação isolada do Promotor do caso ao crivo dos órgãos de manifestação da unidade do Ministério Público, que, no sistema das

novas leis orgânicas, é cada vez menos um poder unipessoal do Procurador-Geral, e sim dos colegiados superiores da instituição.

No caso concreto, instado a manifestar-se a respeito, dado o advento da Lei 9.099, no curso do procedimento, o Promotor, mesmo admitindo a aplicação – de que duvida – do art. 89 da Lei 9.099 aos processos em andamento, deixa de propor a suspensão condicional, diante do entendimento de que os réus com suas condutas, de estudantes usuários de maconha, seriam um estímulo ao crime organizado. Creio que o caso é exemplar para a concessão parcial da ordem a fim de que essa manifestação seja submetida ao órgão competente da Procuradoria-Geral.

Concedo, em parte, o *Habeas Corpus* para que o Juiz entendendo admissível a suspensão condicional do processo, à base do art. 89, *caput*, da Lei 9.099, submeta a recusa do Promotor à Procuradoria-Geral de Justiça, aplicando-se, como couber, o art. 28 do C. Pr. Penal: é o meu voto.

VOTO – *O Sr. Min. Octavio Gallotti* (Relator): Cuida-se, como se vê, da aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95, cuja redação não é demais recordar: "Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangida ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal)."

A iniciativa da propositura de suspensão é, portanto, exclusiva do órgão do Ministério Público, segundo a letra e a lógica do dispositivo, e até mesmo como corolário da privatividade da promoção de ação pública, que lhe assegura a Constituição Federal no item I de seu art. 129.

Como poder-dever em que se configura, recomenda-se que se manifeste motivadamente essa atividade, seja quando se exerça ela positivamente (requerimento da suspensão), seja quando se revele negativa, como, no caso sucedeu, sucinta mas fundamentadamente, com referência a um critério de conveniência de política criminal (conduta estimulante do crime organizado), que, a par da aferição das condições objetivas, das circunstâncias do crime e dos predicados subjetivos do agente, há de nortear o desempenho da opção do Ministério Público.

Até mesmo na hipótese de omissão ou da recusa imotivada, poderá o comportamento do promotor acarretar implicações funcionais (no âmbito da Instituição): jamais transmudar, em direito subjetivo do réu, a faculdade que a lei, em simetria com a Constituição, erigiu em prerrogativa do Ministério Público.

Nem compreendo como, ao revés dessa prerrogativa constitucional, e mesmo de previsão legal, se possa pretender constranger o titular da ação penal a inserir cláusula resolutiva na denúncia que lhe cabe (e só a ele) apresentar.

Para arredar essa inelutável conclusão, tem, alguns dos mais ilustres comentadores, vislumbrado pelo menos três soluções, excludentes uma das outras.

A primeira, prestigiada pelo douto parecer do Ministério Público Federal, seria dotar o magistrado da atribuição de conceder o benefício, à revelia ou em discordância com a manifestação do Ministério Público.

Não pode, porém, ser constituído em parte o Juiz da causa, a substituir a atuação do Ministério Público, ou avocar-lhe a competência, porquanto não mais compete ao julgador do que o controle da legalidade da suspensão que haja sido por quem de direito promovida. Nao, de ofício, a sua concessão.

A segunda solução alternativa é a de transferir ao próprio acusado a faculdade outorgada pela lei a seu opositor. Remove-se, assim, a bilateralidade da transação que a norma legal claramente instituiu, substituindo esse comando, inspirado no consenso, pela iniciativa unilateral do acusado.

Alvitra-se, finalmente, ao invés das duas primeiras instruções, uma terceira, consistente na aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, isto é, na remessa ao Procurador-Geral, pelo Juiz, do controle da atuação do órgão do Ministério Público de primeiro grau.

Não demanda, entretanto, maior esforço verificar a ausência de similitude de situações, capaz de autorizar o emprego da analogia. Basta apontar para a inversão em que ocorreria a finalidade da norma processual em questão, que é a de suprir ou estimular a vocação acusatória do representante do Ministério Público, jamais a de obstar os efeitos da denúncia, como seria o caso de sua aplicação em benefício do réu.

Considero, em suma, que houve, no caso dos autos, recusa motivada do requerimento de suspensão condicional do processo, e que, mesmo se

equiparado o teor da promoção do Ministério Público à falta de motivação, não tocaria, ainda assim, ao magistrado, incumbir-se de avaliar e suprir a suposta deficiência, por meio de qualquer das fórmulas que acima figurei, para afastá-las de cogitação.

Desse caráter privativo que reconheço à manifestação do Ministério Público, bem como da natureza vinculada que distingue, a atribuição do magistrado, decorre a irrelevância da intimação de cuja falta se queixa o ilustre impetrante, bem como a improcedência da pretensão de ver-se o paciente unilateralmente favorecido pelo benefício do art. 89 da Lei 9.099/95.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

VOTO-VISTA – *O Sr. Min. Marco Aurélio*: A controvérsia que desaguou na impetração deste *Habeas Corpus* prende-se ao alcance do artigo 89 da Lei 9.099/95, no que encerra o instituto da suspensão do processo. Eis o preceito: "Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)."

A Procuradoria Geral da República oficiou, mediante a pena abalizada do Professor Cláudio Lemos Fonteles, no sentido de encerrar o preceito um poder-dever do Ministério Público, e não ato puramente discricionário. Por isso, propugnou pela "concessão da ordem para que sejam devolvidos os autos ao Juízo de origem a fim de que o MM. Julgador pronuncie-se, *motivadamente*, sobre a promoção do Ministério Público, para acatá-la, ou não".

O Ministro-Relator, embora reconhecendo tratar-se de um poder-dever, assentou estar o pronunciamento do Ministério Público fundamentado, embora de forma sucinta, e que, na espécie, ocorrida a negativa quanto à proposta de suspensão, não cabe quer a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, ou seja, a remessa do processo ao procurador-geral, pelo juiz, considerado o controle do órgão do Ministério Público de 1.º grau, quer, ao magistrado, avaliar o atendimento dos requisitos legais, inerentes à suspensão, e suprir o ato positivo do Ministério Público. Concluiu Sua Excelência, o Relator: "Desse caráter privativo que reconheço à manifestação do Ministério Público, bem como da natureza vinculada que distingue, a atribuição do magistrado, decorre a irrelevância da intimação de cuja falta se queixa o ilustre impetrante, bem como a improcedência da pretensão de ver-se o paciente unilateralmente favorecido pelo benefício do art. 89 da Lei 9.099/95."

As notas taquigráficas que me vieram às mãos consignam o voto do Ministro Nelson Jobim no sentido de entender constituir a proposta de suspensão do processo simples faculdade atribuída ao Ministério Público, sentenciando Sua Excelência: "Não cabe a nós e nem ao Poder Judiciário, no caso específico, impor ao Ministério Público a apresentação de uma proposta, de resto, por quê? Porque a lei diz claramente: 'poderá propor' e não deverá propor".

Com essa fundamentação, Sua Excelência acompanhou o Ministro Relator, indeferindo a ordem.

Pedi vista dos autos para uma reflexão maior sobre o tema. A demora na devolução destes autos decorreu do fato de haver aguardado o desfecho de outro *Habeas Corpus* em que suscitada a questão da competência do Supremo, quando o ato impugnado não é de tribunal superior. O envio de PEC (Proposta de Emenda Constitucional) versando sobre a matéria, levou-me a ressalvar o entendimento a respeito do tema, o que faço neste momento, reportando ao que publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 9.

O emprego do verbo "poder" pelo legislador brasileiro, especialmente no campo penal, não é incomum. Preceitos outros, além do artigo 89 da Lei 9.099/95, contemplam o citado verbo, e nem por isso é possível, à mercê de interpretação literal, chegar-se a concluir pela existência de faculdade, de campo propício ao subjetivismo, ser apropriada a decisão por simples conveniência, mesmo porque em jogo a liberdade, apego maior deve haver à observância do arcabouço normativo, como fica bem em um Estado Democrático de Direito. Há de afastar-se a possibilidade de predominar concepção pessoal, de critérios particularizados, alfim, de óptica calcada em um verdadeiro direito alternativo vindo a repercutir na liberdade do cidadão. Tome-se, como exemplo, o que se contém no artigo regedor da fixação do regime de cumprimento da pena. Há pouco, votando no *Habeas Corpus* 75.663-8/SP, tive oportunidade de consignar que o emprego, no artigo 33 do Código Penal, do verbo "poder", ao mesmo tempo constante do artigo 89 ora em comento, não deve ser tomado como revelador de discricionariedade na fixação do regime de cumprimento da pena. Justifiquei a utili-

zação do vocábulo pelo legislador com base na premissa de se ter, nas alíneas *a*, *b* e *c* do § 2.º do artigo 33, regências diversas. Pela alínea *a*, o condenado à pena superior a oito anos há de começar a cumpri-la em regime fechado. O critério é estritamente objetivo, sendo norteado, conforme está no preceito, pela quantidade de anos relativos à pena de reclusão. Na alínea *b*, buscou-se revelar o enquadramento da situação jurídica em que a pena fique entre quatro e oito anos. Ao aludir-se ao início de cumprimento no regime semi-aberto, impôs-se a condição de o condenado não ser reincidente, e empregou-se o verbo "poder" – poderá. Por último, quanto àqueles apenados com reclusão igual ou inferior a quatro anos, mais uma vez cogitou-se de não se tratar de reincidente, e, aí, também empregando-se o verbo "poder", cuidou-se do regime aberto. Indaga-se: na espécie, seria possível partir para o literalismo e dizer da feição discricionária do ato do juiz ao fixar o regime de cumprimento da pena?

Ao votar no referido *Habeas Corpus*, ressaltei: "Por outro lado, entendo que o ofício judicante não diz com o aspecto discricionário. O juiz sempre atua vinculado à lei, de acordo com as normas materiais e instrumentais aplicáveis à espécie; portanto, não decide conforme o humor do dia, o regime de cumprimento da pena, mas deve fazê-lo norteado pelo texto do artigo 33."

Posteriormente, para minha própria reflexão, perquiri, tendo em conta o aspecto verbal, gramatical, do teor das alíneas *b* e *c* do § 2.º do artigo 33, já que, relativamente à alínea *a*, dúvidas jamais pairaram, o seguinte: "(...) diante dessa possibilidade, o que define se o regime será o semi-aberto ou o fechado? Por que a alínea *b* viabiliza, realmente, como salientado pelo Ministro Maurício Corrêa, a imposição do regime fechado, ainda que se trate de primário e a pena não exceda a oito anos?"

Fiz ver que o que define, diante da dualidade, o regime de cumprimento da pena é o texto do § 3.º do artigo 33 do Código Penal – e a expressão inicial nele contida é muito sugestiva: "A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste código."

Aí temos a vinculação do juiz. Não é ele livre para fixar este ou aquele regime de acordo, como lancei, numa expressão de retórica, com o humor que esteja a dominá-lo no dia do julgamento. São as circunstâncias judiciais que servem de parâmetro. Mostrando-se elas favoráveis ao condenado descabe partir para regime de cumprimento da pena mais gravoso, porquanto existente o direito subjetivo assegurado legalmente.

Esse raciocínio, lançado, é certo, relativamente ao ofício judicante, guarda harmonia com a atuação do Estado-acusador. Conforme ressaltado por Luiz Flávio Gomes, em *Suspensão condicional do processo penal*. 2. ed. RT, 1997, tal como ocorre com as decisões judiciais – inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal – as manifestações do Ministério Público hão de ser fundamentadas. Pelo inciso I do artigo 129 da Carta tem-se competir-lhe promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Ora, o artigo 89 da Lei 9.099/95, ao dispor sobre a suspensão do processo por dois a quatro anos, revela os requisitos para a tanto chegar-se, devendo estes, e apenas estes, em face do princípio da legalidade que submete o Ministério Público, especialmente quando em jogo o *status libertatis* do cidadão, ser observados.

Mais do que isso, a afastar a discricionariedade que alguns insistem em ver, no campo em exame, na atuação do acusador, tem-se o inciso VIII do artigo 129 do Diploma Básico. São funções institucionais do Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. Ora, o artigo 89 em análise não obstaculiza, em si, a oferta da denúncia. Apenas, considerada uma política de persecução criminal, cuja fixação não cabe ao Ministério Público, mas ao legislador, pressupõe, para os crimes de menor repercussão, nos quais a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, a formalização da proposta visando a suspender o processo. Entender-se que se está diante não de um poder-dever do Ministério Público, balizado por regras legais a direcionar não ao princípio da oportunidade regrada, mas à atuação livre, no que presentes critérios de mera conveniência, é olvidar que o Órgão atua segundo os parâmetros legais, objetivando, com isso, colaborar para a indispensável segurança jurídica. Implica admitir que a aplicabilidade do disposto no artigo 89 ganha contornos relativos, ditados, como ressaltou, na obra referida, Luiz Flávio Gomes, por convicções particulares de cada representante do Ministério Público, variando de comarca a comarca, de vara a vara, conforme as concepções mantidas sobre o momento vivido e a necessidade de implementar-se rigor maior. E tudo isso ocorrerá quando em jogo a liberdade, colocando em xeque o princípio isonômico. O poder de que cogita o artigo 89 "é vinculado e transforma-se em dever quando presentes todos os requisitos legais da medida alterna-

tiva. A margem da recusa em se formular a proposta está dada pela lei: são os requisitos da suspensão. Dentro desta margem, o Ministério Público deve atuar. Para se posicionar contra a suspensão deve motivar sua manifestação e essa motivação está atrelada 'estritamente' ao ordenamento jurídico."

Senhor Presidente, a não ser assim ter-se-á colocado em plano secundário o princípio da igualdade, permitindo-se que elementos estranhos à ordem jurídica, totalmente irrelevantes quando em questão a liberdade, venham a definir se alguém deve cumprir a pena privativa de liberdade ou, uma vez aceitas as condições impostas pelo juiz, vê-la substituída na forma do artigo 89. Conforme salientado pelo autor do parecer da Procuradoria Geral da República, a melhor doutrina já se debruçou sobre a matéria. Damásio de Jesus, em *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, 4. ed. Saraiva, 1997, sob o título "Princípio da obrigatoriedade da ação penal", explicitou: "(...) A expressão 'poderá' não deve ser entendida no sentido de discricionariedade absoluta. Desde que presentes as condições legais, o Ministério Público tem o dever de propor a suspensão condicional do processo."

Também Joel Dias Figueira Junior e Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, em *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. RT, observaram: "A exemplo do que fixei em interpretação ao art. 76 desta Lei, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos – lá para a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, aqui para a suspensão condicional do processo – surge um direito subjetivo do argüido ao benefício legal."

E concluíram: "Se o Promotor de Justiça, ao oferecer a denúncia e sendo o caso de oferecimento da proposta, não a fizer, poderá o argüido solicitá-lo diretamente ao Juiz que, ouvido o Ministério Público, poderá concedê-lo. Caberá, também, e nas mesmas condições da recusa de oferecimento de proposta de transação nos casos cabíveis, a impetração de *Habeas Corpus*." (p. 390 e 391).

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, em obra feita a quatro mãos – *Juizados Especiais Criminais*, RT –, não discrepam desse enfoque. No item 6.2, contido à fl. 210, deixaram consignado, em abordagem ao princípio da discricionariedade regrada, e no tocante aos limites da atuação do Ministério Público:

"Isso não pode significar, todavia, que o Ministério Público possa agir soberanamente, escolhendo os casos em que fará a proposta. Não é esse poder discricionário que lhe foi conferido. O fundamento da proposta de suspensão do processo, como sabemos, está no princípio da discricionariedade regulada, que confere ao órgão acusador o poder de optar pela via alternativa despenalizadora em tela, em detrimento da forma clássica. No instante do oferecimento da denúncia, destarte, abrem-se-lhe, dentro do novo modelo de Justiça criminal, dois caminhos: perseguir a resposta estatal clássica (pena de prisão, em geral) ou, de outro lado, abrir mão dessa penosa atividade persecutória (que tem o escopo de quebrar a presunção de inocência), enveredando para a via conciliatória da suspensão.

De qualquer modo, o certo é que o Ministério Público não optará por um caminho ou outro arbitrariamente, consoante seu modo de ver o mundo, suas idiossincrasias. Cada uma das duas vias reativas possui seus pressupostos, taxativamente delineados. Ele tem uma alternativa, é verdade. Mas não é o dono isolado e soberano da escolha. Terá que pautar sua atuação, se deseja adequá-la ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, de acordo com as regras legais fixadas (...). É nisso que consiste uma das faces do denominado princípio da discricionariedade regrada. A outra parcela está em que tudo passa por controle judicial."

Senhor Presidente, o artigo 89 da Lei 9.099/95 submete, é certo, a suspensão do processo a uma vontade, a uma manifestação unilateral, mas essa é a daquele que, titular do direito ao devido processo, abre mão das garantias próprias e aceita, sem o julgamento de ação penal, do processo a que responde como acusado de prática de ato configurador de tipo penal, as condições estipuladas pelo juiz, devendo cumpri-las tal como fixadas. Isso decorre do teor do § 1.º do artigo 89.

Por tudo, tenho que a manifestação da Procuradoria Geral da República está a merecer acolhida. Cabia ao Juízo examinar o óbice apontado pelo Ministério Público ao deferimento da suspensão, aliás, de uma ambigüidade a toda prova, porquanto, impossibilitado materialmente de articular com a ausência de atendimento a qualquer dos requisitos legais, acabou por inserir no preceito condição que nele não se contém, ou seja, não se tratar de procedimento que, de alguma maneira, estimule o crime organizado. Presente o consumo da droga, teve como óbice o que se poderia chamar de estímulo aos traficantes. Em síntese, além de haver cogitado de algo relativo a procedimento de terceiro e sobre o alcance melhor dirá o Juízo, acabou por

substituir-se ao próprio legislador, como se tivesse um bill de indenidade e não se submetesse ao princípio da legalidade, em jogo o interesse público, alfim, a liberdade do homem.

Concedo a ordem, para que o Juízo, de forma motivada, examine o enquadramento, ou não, da hipótese na regra do artigo 89 da Lei 9.099/95.

É o meu voto.

COMENTÁRIOS

Pode-se dizer que tanto a Religião, a Moral, como o Estado têm o mesmo objetivo: contribuir para a felicidade das pessoas. Ninguém discute a boa-fé com que muitos dos homens da Inquisição mandavam para a fogueira os incréus, na certeza de que, assim obrando, estariam a salvar suas almas, purificadas pelo fogo. Como a alma, que é, por definição, algo imaterial, se submeteria a essa esterilização é o que ninguém se preocupava em esclarecer. Assim também o Estado contemporâneo, ao empilhar em cubículos minúsculos pessoas de conduta desviante, na suposição de que isso contribuirá para sua ressocialização. Restringe-se a liberdade para que a pessoa possa aprender a viver em liberdade, eis a ironia disso. Violentam-se física e mentalmente os condenados na pressuposição de que a violência é algo inaceitável.

Misto de inquisidor e carcereiro, o Juiz criminal brasileiro vai convivendo com essa inadmissível contradição, transformando-se de *custos libertatis,* que sua razão de ser exige que seja, o que o levaria a restringir ao mínimo indispensável a intervenção do Estado na vida das pessoas,[1] para um mero placitador de atos policiais. Por vezes, mero endossador de pareceres do Ministério Público, não poucas vezes adotados como razão de decidir.

Assim, sob os mais diversos argumentos, pois os sofismas pululam nessas ocasiões, ao sabor da inteligência do argumentador, a nobre missão do Juiz criminal passa a equiparar-se à de um simples guarda de trânsito: espreitado atrás do texto legal, vê no processo a ocasião propícia para "mostrar serviço", punindo as vítimas da *chiffre noir,* sem a menor consideração para os desdobramentos de seu ato.

O *due process of law* é uma conquista da Humanidade e está intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana e não à segurança do Estado. Ou, dito de outro modo, como o faz com toda propriedade o grande comentador do sistema jurídico norte-americano Leonard W. Levy, "the Constitution exists to define and limit government authority, not to define and limit individual rights".[2]

Isso, porém, implica em assunção de uma postura ideológica. O que também redunda em crítica, especialmente por parte daqueles que negam ao juiz a possibilidade de expressar suas convicções pessoais. Segundo um autor respeitado, para muita gente, quando um juiz enverga a toga, ele deixa de ter idéias próprias e preconceitos, pautando-se exclusivamente pelo que se contém na Constituição. Ou, dito ainda de outro modo: a Constituição

(1) "Embora o texto constitucional não se refira explicitamente ao *princípio da intervenção mínima,* força é convir que tal princípio se mostra em concordância com os princípios e garantias fundamentais enumerados na Constituição Federal, especialmente em vista da previsão aberta constante do § 2.º do art. 5.º da Carta", ensina Alberto Silva Franco (A reforma da parte especial do Código Penal – propostas preliminares, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 3/68 *et seq.*)

(2) "Seasoned judgments – the american Constitution, rights and history". Transaction Publishers, 1994, p. 36.

seria um disco fonográfico e os juízes meros fonógrafos que reproduziriam fielmente o que havia sido gravado.[3] Nada mais absurdo, como reconhece o mesmo autor. Por menos que o desejasse, o juiz, qualquer juiz, tem sua história pessoal (sua "circunstância", como queria Ortega y Gasset), cujo peso influirá sobre suas decisões. Interpretar-se é colocar-se pessoalmente no ato de que se cuida.

Chama-se isso "ativismo judiciário", que compreende a interpretação das normas jurídicas de acordo com as convicções pessoais do intérprete. Alguns autores criticam tal postura, o que motivou a expressão bem-humorada de um *scholar:* ativista é o juiz que faz aquilo com que você não concorda.[4]

Aliás, valha registrar um episódio que bem ilustra isso. Hugo Black, quando sabatinado pelo Senado norte-americano, reconheceu que, nos tempos da mocidade, pertencera à famigerada Ku Klux Klan, entidade racista de ultra-direita. Há quem veja na conduta profissional de Black, um dos mais liberais *Judices* da História do Judiciário norte-americano, o resultado de um enorme esforço de apagar de sua biografia aquele episódio.[5]

(3) Cf. Robert G. McCloskey. *The American Supreme Court.* 2. ed. The University of Chicago Press, 1994, p. 11 (no original, "Legions of judges and their devotees have believed, or professed to believe, that constitutional law was a technical mistery revealing itself in terms of unmistakable precision to those who had the key, that the Constitution was the record and the judges merely the impartial phonograph that played it, a group of men who somehow managed to stop being men when they put on their robes and would nor dream of letting their subjective value judgements affect their understanding of the Constitution").

(4) "Judicial activism is what the other guy does that you don't like" é a literal observação de Joel Grossman (*Apud* Lawrence Baum, *The Supreme Court.* Congressional Quaterly Inc., 1998, p. 7).

(5) BAUM, Lawrence. Op. cit., p. 59.

Nossa Suprema Corte permanece à espera de um historiador que, analisando suas principais decisões, trace seu perfil ideológico ao longo do tempo, sua bravura e sua covardia, seus feitos e suas omissões. Não faltará então, certamente, referência ao nome de seus luminares nem ao daqueles que, mais pela passividade do Senado do que por merecimento, tiveram a indicação de seus nomes confirmada.[6] Onde os Carlos Maximilianos, os Hungrias, os Hahnemans, os Pedro Lessas, os Evandros e tantos outros cujos votos se liam como autênticas monografias sobre o *thema decidendum?*

Ninguém negará a *judices* como Hermes Lima, Lins e Silva ou Nunes Leal o epíteto de liberais, título que não cairia bem em conservadores notórios do porte de um Moreira Alves, nosso Rehnquist caboclo, ou um Néri da Silveira ou um Sydney Sanches. Por outro lado, será surpreendente verificarmos que juízes ali postos pelo movimento revolucionário de 64, como Leitão de Abreu ou Alfredo Buzaid, mostraram-se menos insensíveis às *civil liberties* do que muitos dos que os sucederam. Talvez que ao fim desse estafante estudo um Sepúlveda Pertence nos apareça como um Earl Warren[7] que ficou no

(6) De 60 juízes indicados pelo Presidente neste século, 5 foram rejeitados pelo Senado norte-americano. Compare-se isso ao que o ocorre entre nós. Jamais tivemos um candidato a Ministro da Suprema Corte rejeitado pelo Senado, que se limita a inquirir o candidato, sem qualquer preocupação com seu passado e sua cultura jurídica. Tivemos, como é de todos sabido, o incrível caso de um *Judice* que, renunciando ao cargo, foi servir o Poder Executivo, de onde retornou ao Supremo Tribunal Federal, ali se aposentando. Além disso, chegaram a integrar nossa Corte Suprema um médico e dois generais (cf. Pontes de Miranda. *Comentários a Constituição de 1967.* RT, 1967, t. IV, p. 6).

(7) Nas palavras de Bodenhamer, "acting with unprecedent boldness during the 1960s, the majority justices of Warren Court promoted liberal policies they deemed essential to a just

meio do caminho, e um Marco Aurélio surja como o parceiro ideal que um Celso de Mello não soube ou não quis adotar para, juntos, "constitucionalizarem" nossa Suprema Corte. Para não falarmos de Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim, cuja ideologia parece situá-los em uma conveniente coluna de "moderados". O fato é que eu não gostaria de morrer antes de ler um tal levantamento, tanto mais necessário quando já domina as ruas a insatisfação de nossa gente com o insatisfatório serviço que o Judiciário nos fornece. Uma CPI sobre o Judiciário (em termos amplos, sem que se atenha a fatos específicos a serem apurados, como exige a lei) fala mais da personalidade do autor da proposta do que do fato inegável de que, por ignorância ou má-fé, muita gente supõe que isso levaria à melhoria dos serviços forenses, o que é pelo menos para questionar. Ou que os aspectos ideológicos das decisões seriam afastados, mercê de regras de conduta que "engessem" a criatividade do julgador.

Supomos que o devido processo penal tem caráter eminentemente garantístico. Verifica-se, porém, que, não poucas vezes, há descaso no Judiciário quanto a tal aspecto desse ramo do processo. Não poucas vezes, isso parte do próprio Tribunal encarregado de interpretar a Constituição Federal e incrementar a observância por todos dos princípios ali albergados.

Um de nossos *Judices* mais democratas tem reclamado que a doutrina pouco se debruça criticamente sobre as decisões judiciais. "O escamoteamento da jurisprudência pela doutrina, entretanto, é de todo indesculpável. Não é que se pretenda impor ao teórico a submissão ao entendimento dos tribunais – acentuei, ao prefaciar outra obra recente: o que não é leal, sobretudo para o leitor jovem, é não dar conta dele e transmitir, como verdades apodíticas, opiniões diametralmente opostas a quanto se tem decidido – certo ou errado, não importa – na vivência cotidiana, na justiça, da lei e da Constituição".[8] Quanto a isso, a crítica não atinge o IBCCrim, que se tem empenhado em manter essa postura crítica.

Por exemplo, se a ciência prévia do teor da acusação, como elemento da *due process clause,* decorreu de todo um trabalho de reflexão, reivindicação e conquista, como aceitarem nossos juízes que um réu preso seja meramente requisitado para ser interrogado, sem ter, com a necessária antecedência, ciência dos reais termos da acusação?[9]

Se a Constituição considera a presença do Advogado indispensável para que te-

society" (David J. Bodenhamer. *Fair trial – rights of the accused,* in *American History.* Oxford : University Press, 1992, p. 112).

(8) Cf. J. P. Sepúlveda Pertence no prefácio a *Interpretação e aplicação da Constituição,* de Luís Roberto Barroso, Saraiva, 1996, p. XVIII.

(9) Cf. "Interrogatório Judicial – Requisição do réu preso – Providência que supre a citação formal – Ausência de nulidade" (TACrimSP, *RT* 729/556, Rel. o Juiz Luiz Ambra); "Réu Preso – Citação – Inexistência – Requisição para o interrogatório suficiente para a legalidade do feito" (TJSP, *RT* 716/433, Rel. o Des. Djalma Loffrano); "Citação – Réu preso – Requisição junto ao estabelecimento carcerário – Réu inteirado da acusação através do Juiz que presidiu o interrogatório – Hipótese de citação *in faciem* – Inexistência de objeção antes da realização do referido ato judicial – Nulidade inocorrente" (TJSP, *RT* 709/324, Rel. o Des. Segurado Braz); "Réu preso – Citação – Chamamento pessoal realizado no mesmo dia em que requisitado para interrogatório judicial – Nulidade inexistente – Inteligência e aplicação do art. 360 do CPP" (STF, *RT* 693/423, Rel. o Min. Celso de Mello); "Citação – Réu preso – Prescindibilidade – Hipótese em que suficiente sua requisição para o interrogatório – Comparecimento que, ainda que não espontâneo, dá convalescimento ao processo – Nulidade, portanto, inexistente, tanto mais não invocada no momento oportuno – Aplicação dos arts. 185 e 188 do CPP" (STF, *RT* 641/383, Rel. o Min. Célio Borja).

nhamos um *fair trial*,[10] para que essa conquista duramente batalhada ao longo da conceituação da *due process clause* não seja algo meramente formal, como aceitar-se que seu trabalho seja considerado algo absolutamente despiciendo? De fato, segundo a jurisprudência, a presença do defensor no interrogatório judicial é dispensável,[11] a defesa prévia é dispensável,[12] a intimação do defensor da data da audiência que se realizará no Juízo deprecado é dispensável,[13] as alegações finais são dispensáveis,[14] a interposição de recurso contra a sentença condenatória é dispensável,[15] as razões de recurso são dispensáveis,[16] as contra-razões do recurso são dispensáveis,[17] os embargos infringentes são dispensáveis,[18] a atuação em revisão cri-

(10) Cf. CF/88, art. 133: "O advogado é indispensável à administração da justiça ...".

(11) "Réu preso – Interrogatório – Dispensa de advogado ou defensor – Ato pessoal do Juiz – Não sujeição ao princípio do contraditório – Recurso improvido" (STJ, *RT* 721/534, Rel. o Min. Anselmo Santiago).

(12) "Advogado – Defensor dativo – Defesa prévia não oferecida – Cerceamento de defesa inocorrente – Réu que ao ser interrogado declara não ter testemunhas a arrolar – *Habeas Corpus* indeferido – Declarações de votos vencedores e vencidos" (STF, *RT* 695/408, Rel. o Min. Ilmar Galvão).

(13) "Prova criminal – Testemunha – Inquirição por precatória – Falta de intimação do advogado do réu em relação à sua expedição – Nulidade relativa – Falta de demonstração oportuna de prejuízo – Carta com prazo fixado para seu cumprimento – Admissibilidade – Faculdade conferida ao juiz pelo art. 222 do CPP – Cerceamento de defesa inexistente – Preliminares repelidas" (TARS, *RT* 614/364, Rel. o Juiz Nilo Wolff); "Prova – Testemunhas de acusação e de defesa – Oitiva no juízo deprecado sem a presença do advogado – Irrelevância – Intimação do causídico da expedição da competente carta precatória – Inexistência de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa – Nomeação, ademais, de defensor *ad hoc*, que supre a ausência" (STJ, *RT* 716/517, Rel. o Min. Fláquer Scartezzini).

(14) "Processo crime – Nulidade – Falta de razões finais – Alegação por advogado constituído do réu, intimado para tanto – Inadmissibilidade – *Habeas Corpus* denegado – Inteligência do art. 565 do CPP" (TARS, *RT* 596/408, Rel. o Juiz Pedro Henrique Rodrigues); "Processo – Alegação de falta de intimação da defesa para o oferecimento de razões finais – Hipótese repelida, não só houve a cientificação, bem como a retirada dos autos de Cartório – Ademais, falta de razões finais não constituem nulidade insanável – Nulidade repelida" (TJSP, *RT* 683/305, Rel. o Des. Dante Busana).

(15) "Advogado – Defensor dativo – Apelação não interposta da sentença condenatória pelo causídico pessoalmente intimado – Irrelevância – Voluntariedade do recurso que o desobriga" (TACrimSP, *RT* 650/284, Rel. o Juiz Haroldo Luz); "Advogado – Defensor dativo – Apelação não interposta da sentença condenatória – Inexistência do dever de apelar, pelo princípio da disponibilidade – Ressalva dos princípios gerais do processo somente se evidenciado prejuízo ao réu" (STJ, *RT* 676/362, Rel. o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

(16) "Apelação – Razões recursais não apresentadas – Conhecimento integral da matéria devolvido à superior instância – Circunstância em que é resguardado o direito ao exame da distinção entre a prescrição da pretensão punitiva e a executória – Aplicação do princípio da ampla defesa – Inteligência do art. 601 do CPP" (TARS, *RT* 678/369, Rel. o Juiz Luiz Gonzaga Hofmeister); "Apelação – Interposição pelo réu – Devolução de toda a matéria a reexame – Conhecimento, inobstante não apresentadas as razões do inconformismo – Violação ao princípio da ampla defesa não caracterizado" (TACrimSP, *RT* 676/309, Rel. o Juiz Almeida Braga).

(17) "Apelação – Falta de razões e contra-razões ao recurso do Ministério Público – Nulidade – Inocorrência" (STF, *RT* 730/442, Rel. o Min. Moreira Alves).

(18) "Advogado – Defensor dativo – Embargos infringentes não interpostos da decisão condenatória – Recurso voluntário, e não obrigatório – Independência da atuação do defensor – Cerceamento de defesa inexistente – *Habeas Corpus* indeferido" (STF, *RT* 629/383, Rel. o Min. Octávio Gallotti); "Advoga-

minal é dispensável.[19] E isso porque a Constituição diz que o Advogado é indispensável. Imagine-se se ela dissesse ser ele dispensável!

Se a Constituição Federal assegura aos acusados o direito a uma defesa ampla, como entender-se que isso seja ladeado com a utilização de evidentes sofismas?[20] De fato, ou algo é amplo ou é restrito. Uma mesa é larga ou é estreita. O contrário de mesa larga não é, até onde o bom senso permite afirmar, mesa inexistente. Logo, o contrário de defesa ampla é defesa restrita, reduzida, parca, escassa. Se a Constituição Federal exige que a defesa seja ampla, pena de nulidade, tem-se que – a menos que se revoguem os dicionários – uma defesa escassa, parca, reduzida, restrita implicará na nulidade do processo. Contrapor amplo a existente é escamotear a garantia constitucional. O mesmo se diga daquela incrível exigência: prova de prejuízo. Acaso a restrição da liberdade não significa prejuízo? A simples quebra da primariedade não é prejuízo? Exige-se comprovar o que já está comprovado.

Eis a clara diferença entre a teoria e a prática, pois se um Juiz se recusa a cumprir um preceito constitucional, com que autoridade moral exigirá dos jurisdicionados que cumpram algo bem menos relevante, como uma lei, um decreto ou uma portaria?

Os votos que se acabaram de ler mostram bem o que aqui se pretendeu dizer: a visão de três ilustres Ministros de nossa Suprema Corte sobre algo tão fundamental como é a liberdade humana, feita a partir de uma postura ideológica, mercê da qual se reconhece maior ou menor poder ao Estado, representado pelo Ministério Público. Cada um mostra-se ativista à sua maneira.

Talvez fosse dispensável salientar que, no caso presente, o Ministério Público, *custos legis,* havia opinado pela concessão da ordem, que seria denegada se prevalecesse o voto do ilustre Ministro relator.

do – Defesa deficiente – Profissional que atua eficientemente em todos os atos do processo – Não apresentação de embargos infringentes não é molde a caracterizar a deficiência alegada – Tendo decorrido o prazo para sua interposição não pode ele ser reaberto para o novo defensor – *Habeas Corpus* indeferido" (STF, *RT* 719/536, Rel. o Min. Sydney Sanches).

(19) "Revisão – Capacidade postulatória do réu – Prescindibilidade do advogado" (STF, *RT* 731/523, Rel. o Min. Carlos Velloso); "Revisão criminal – Interposição pelo próprio interessado – Admissibilidade – Indispensabilidade da intervenção do advogado que traduz princípio de índole constitucional não absoluto – Art. 133 da CF que se acha condicionado pelos limites impostos pela lei consoante estabelecido pelo próprio ordenamento constitucional – Constitucionalização deste princípio que não modificou a sua noção, não ampliou o seu alcance e nem tornou compulsória a intervenção do advogado em todos os processos – Legítima, portanto, a outorga por lei em hipóteses excepcionais do *jus postulandi* a qualquer pessoa" (STF, *RT* 699/407, Rel. o Min. Celso de Mello).

(20) "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (STF, Súmula 523).

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1.2

MUDANÇA DE MENTALIDADE

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

***HABEAS CORPUS*. Penal. Pena substitutiva. Lei 9.714/98. Crime hediondo.**

Ementa: A Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, recomendada pela Criminologia, face à caótica situação do sistema penitenciário nacional, em boa hora, como recomendam resoluções da ONU, de que as Regras de Tóquio são ilustração bastante, ampliou significativamente a extensão das penas restritivas de direitos, conferindo nova redação a artigos do Código Penal brasileiro. O art. 44 relaciona as condições: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Reclamam-se, pois, condições objetiva e subjetivas; conferem, aliás, como acentuam os modernos roteiros de Direito Penal, amplo poder discricionário ao Juiz. O magistrado, assim, assume significativa função, exigindo-se-lhe realizar a justiça material. O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei, exaustivamente, relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44).

HC 99.0019196-0/RJ – 6.ª T. – STJ – j. 15.04.1999 – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conceder o *Habeas Corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília, 15 de abril de 1999 (data do julgamento). Ministro Vicente Leal, Presidente; Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro* (Relator): *Habeas Corpus* substitutivo de Recurso Ordinário impetrado por Luiz Eduardo Nogueira, em favor de Fernando Soares da Silveira Netto, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro denegatório de *writ* impetrado visando à substituição da pena de 4 anos de reclusão, imposta ao paciente pela prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 18, III da Lei 6.368/76, pela pena restritiva de direito na forma da nova redação do art. 44, I, do Código Penal, dada pela Lei 9.714 de 25 de novembro de 1998.

O v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro restou assim fundamentado:

"Como vimos, a pretensão do apelante é incabível, não só pela natureza da infração, como também, pelas próprias circunstâncias judiciais, considerando a exacerbada culpabilidade de quem o pratica, e as suas conseqüências funestas para a coletividade.

Sem dúvida, tratando-se dos aludidos delitos, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, não seria necessária e suficiente para a prevenção e repressão.

Ao contrário, face a sua manifesta insuficiência, não serviria como razoável repressão nem como um mínimo para a prevenção. Estaríamos diante da absoluta falta de proporcionalidade entre o crime, sua gravidade e circunstâncias e a resposta penal, que ficaria muito aquem.

Por outro lado, mesmo inexistisse a absoluta incompatibilidade, para ser atendida a impetração seria necessário verificar se o paciente reúne os pressupostos subjetivo para a obtenção da medida de execução penal pretendida, o que é incabível nos estritos limites do *Habeas Corpus*." (fls. 59/60).

O impetrante alega, em suas razões, poder ser aplicável a Lei 9.714/98 aos crimes hediondos e a

outros delitos a eles equiparados; não prosperar a afirmação do v. acórdão recorrido de a substituição depender de verificação de pressupostos subjetivos posto que os requisitos exigidos são todos objetivos; ser o paciente primário, possuir bons antecedentes sendo inegável seu direito de ter a sua situação enquadrada na nova redação do art. 44, I e II do Código Penal, dada pela Lei 9.714/98.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 67/74, opinando pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro* (Relator): A Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, recomendada pela Criminologia, face à caótica situação do sistema penitenciário nacional, em boa hora, como recomendam resoluções da ONU, de que as Regras de Tóquio são ilustração bastante, ampliou significativamente a extensão das penas restritivas de direitos, conferindo nova redação a artigos do Código Penal brasileiro. O art. 44 relaciona as condições: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Reclamam-se, pois, condições objetiva e subjetivas; conferem, aliás, como acentuam os modernos roteiros de Direito Penal, amplo poder discricionário ao Juiz. O magistrado, assim, assume significativa função, exigindo-se-lhe realizar a justiça material.

A prévia definição do tipo legal de crime busca resguardar o direito de liberdade; a indicação, também prévia, da pena volta-se, fundamentalmente, para o interesse público, ou seja, incutir no condenado senso de responsabilidade, a fim de retornar ao convívio social, ajustando-se às orientações do Direito.

A Lei 9.714/98 é prova eloqüente de superação do período que se orientava pelo *punitur eit peccatum est*. Não faz mais sentido, tenho insistido, analisar as normas do Direito Penal do ponto de vista meramente formal. A pena, repetia Ferri, não pode ser identificada com o mero carimbo que o alfaiate coloca na roupa confeccionada, como se o condenado fosse mero manequim. A recente lei esta teleologicamente direcionada. Sem dúvida, afastou, às inteiras, qualquer dúvida de a pena ser meio, e não fim.

O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei, exaustivamente, relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44, I).

O direito reclamado, repita-se, está condicionado também aos elementos de ordem subjetiva.

O *Habeas Corpus*, no entanto, não se presta à análise reclamada, devendo fazê-lo o juízo à disposição de quem se encontre o Paciente.

Declaro a aplicabilidade da Lei 9.714/98 à hipótese *sub judice*, com a observação retro.

Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

CERTIDÃO – Certifico que a egrégia Sexta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, concedeu o *Habeas Corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Vicente Leal.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 15 de abril de 1999.

COMENTÁRIOS

O presente acórdão, da lavra do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, discute, em última instância, a possibilidade de aplicação da pena substitutiva aos fatos alcançados pela Lei de Entorpecentes. Conforme verificou-se acima, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu não existir óbice à substituição.

Questão que certamente deve suscitar inúmeras polêmicas diz respeito à possibilidade de aplicação de medidas alternativas para crimes como o de tráfico ilícito

de entorpecentes, na hipótese de ser aplicada a pena inferior a 4 anos. Dois argumentos se alinhavam contra a possibilidade de se aplicar a pena alternativa a quem venha praticar o crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76. Em primeiro lugar, por haver imposição de cumprimento de pena privativa de liberdade integralmente em regime fechado, nos termos da Lei 8.072/90, em seu art. 2.º, § 1.º; além disso, por ter o magistrado que fazer um juízo de que essa substituição seja suficiente, o que não ocorreria no caso do tráfico ilícito de entorpecentes. Em nossa opinião, tais objeções não devem prosperar de uma forma absoluta. Nem toda conduta descrita no art. 12 da Lei de Tóxicos há de ser considerada "hedionda". É comum a ocorrência de prisões de jovens que cederam gratuitamente um pequeno cigarro de maconha para um amigo dele fazer uso e que se vêem processados como se traficantes fossem – e não o são. Cabe ao magistrado, como observa com sensibilidade o Procurador de Justiça Mário de Magalhães Papaterra Limongi, "distinguir entre quem é verdadeiramente perigoso e quem apenas é uma pequena peça desta estrutura podre".[1] Esse juízo não pode ser apriorístico, sob pena de se criarem situações absolutamente injustas. É de se ter em conta que nem toda conduta que se subsume ao tipo abrangente do artigo 12 da Lei de entorpecentes é alcançado pela condição de hediondez. A lei pune com muito mais rigor o *tráfico ilícito de entorpecente*, que pressupõe a comercialização de drogas. Traficar algo é praticar o comércio ilícito de certa substância e não ceder gratuitamente, por exemplo. Assim, por essa ótica não há causa obstativa à aplicação da lei nova para algumas das condutas elencadas pelo art. 12 da Lei 6.368/76. Ademais, afirmar-se que a Lei 8.072/90, por ser especial, prevalece sobre o Código Penal, modificado pela Lei 9.714/98, é ignorar que a edição da presente lei criou uma situação que inexistia quando da edição da Lei de Crimes Hediondos: a possibilidade dessa substituição para aqueles condenados que, por exemplo, tivessem a pena mínima de três anos fixada pelo magistrado. O princípio de hermenêutica segundo o qual a lei especial prevalece sobre a geral deve ceder espaço à idéia segundo a qual as leis devem ser interpretadas teleológica e sistematicamente, dentro de um contexto mais amplo, não só por sua literalidade. Há de se ressaltar que o "engessamento" do julgador criado pela Lei 8.072/90, em casos análogos a este já foi corrigido por inúmeros órgãos do Poder Judiciário. Em casos semelhantes, que aqui se invocam por analogia, houve a concessão de suspensão condicional da pena mesmo sendo os crimes imputados alcançados pelo rol de hediondos. Assim é que o Tribunal de Justiça de São Paulo, em mais de uma oportunidade, não obstante o disposto no art. 2.º, § 1.º da referida Lei, anuiu com a possibilidade do *sursis* para crimes capitulados como hediondos (*RT* 676/298 – Rel. Renato Nalini; *RJTJ* 134/417 – Rel. Bento Mascarenhas; AC 108.171-3/8 – Rel. Dante Busana). O mesmo raciocínio deve ser adotado para estes casos, em face da nova Lei 9.714/98. Se houve a concessão do *sursis* e o crime era hediondo, da mesma forma há de se conceder a pena alternativa para crimes dessa natureza, desde que o juiz entenda ser cabível àquele condenado em particular. Vale dizer: cada caso há de ser examinado de acordo com suas particularidades e decidido com a serenidade que se demanda da Justiça. Nada há a impedir a *priori* a concessão da pena substitutiva. Por derradeiro, no que concerne a este ponto, há que se invocar as lições sempre esclarecedoras de Alberto Silva Franco, no que concerne à extensão de tal medida por ter lei especial prévia disciplinando o assunto: "O argumento de que a lei especial contém normas de Direito Penal substantivo, e até mesmo de

(1) *As penas alternativas e o traficante*. Boletim do IBCCrim, n. 75, Fev./1999, p. 2, encarte especial.

Direito Processual e, por tal motivo, não se submete às regras da Parte Geral do Código Penal, é inaceitável. Antes de mais nada, porque despreza o dispositivo do art. 12 do CP. Depois, porque apresenta como fator obstativo o que se constitui na característica própria da lei especial: disciplinar matéria penal não contida no ordenamento penal. Tal característica não transforma, como já foi enfatizado, a lei especial em algo que exista inteiramente à margem do Código Penal e que com ele não mantenha contato algum. As regras do ordenamento penal, desde que não atritem com as normas contidas na lei especial são de cogente aplicação".[2]

Ora, o art. 12 do CP ao mencionar que "as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso" está verificando somente aqueles casos de efetiva contrariedade normativa. A Lei 8.072/90 não podia contrariar a Lei 9.714/98, até porque foi editada 8 anos antes e não teria o dom da premonição no que concerne a excluir algo que só veio a ser criado agora. Não previu possibilidade de substitutividade para casos em que a condenação fosse de 3 anos porque tal limite temporal era, à época, de menos de 1 ano (conf. Lei 7.209/84).

Damásio E. de Jesus,[3] em seu recente *Penas alternativas,* afirma que: "admite-se, em tese, a imposição de penas alternativas, tendo em vista que a pena mínima cominada nos arts. 12, 13 e 14 da Lei 6.368/76 é de três anos de reclusão. Nesse sentido: pronunciamento do Procurador-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Luiz Antonio Guimarães Marrey, criticando a lei nova por se aplicar à hipótese (*Folha de S. Paulo, O Globo e O Estado de São Paulo*).

De qualquer forma, ainda que a polêmica venha a perdurar, é de se destacar que a presente decisão abre um importante precedente pare acabar com o engessamento do magistrado na aplicação das penas em crimes disciplinados pela Lei de Crimes Hediondos.

(2) *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 6. ed. São Paulo : RT, 1997, p. 970.

(3) JESUS, Damásio E. de. *Penas alternativas.* São Paulo : Saraiva, 1999, p. 89-90.