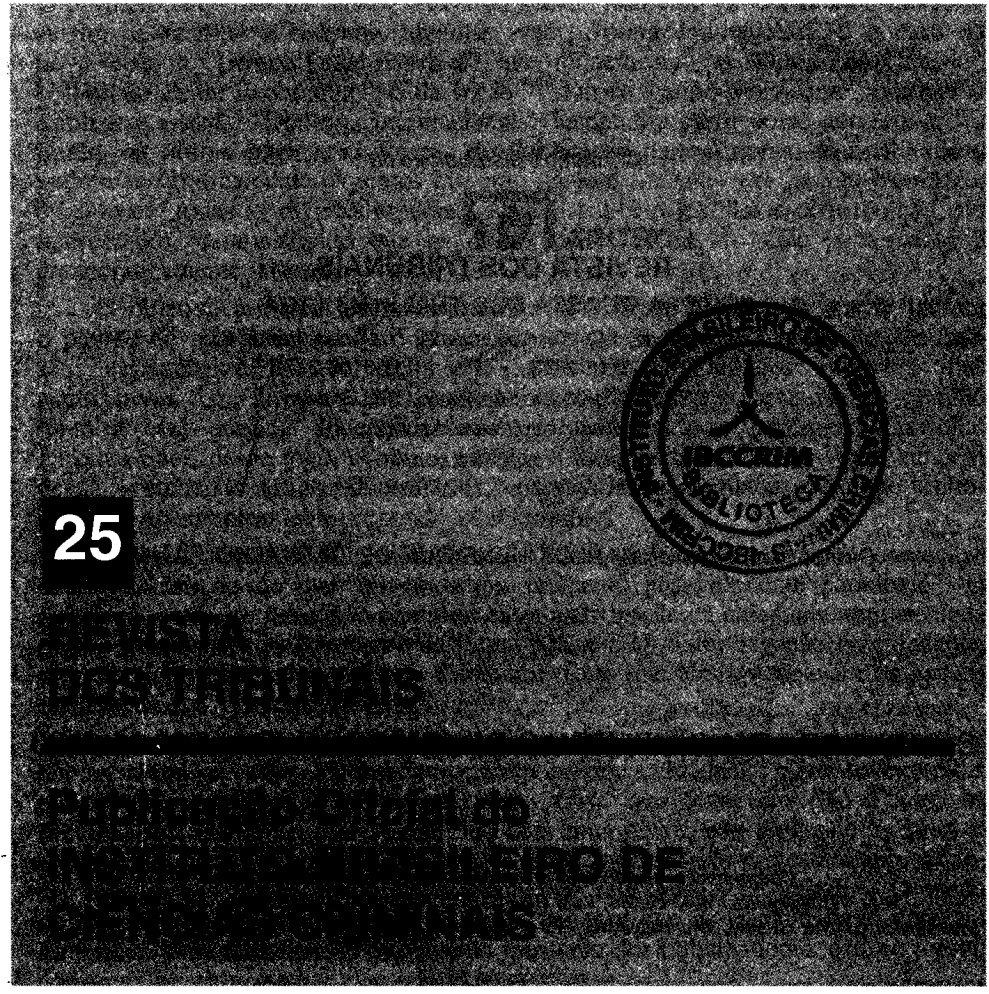
Dupl

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

ANO 7 – N. 25 – JANEIRO-MARÇO DE 1999



IBCCRIM BIBLIOTECA

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. 25 • jan.-mar./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: Editora Revista dos Tribunais Ltda.,
Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 01 – CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil.
Impressão: Gráfica Círculo, Av. Tucunaré, 299 – Tamboré, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

A *Revista Brasileira de Ciências Criminais* chega a seu 25.º exemplar cercada de energia renovada. Novo ano, novos colaboradores no Conselho Diretivo e na Diretoria Adjunta. Nova diretoria também no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que entra em seu quarto biênio – o que nos transportará ao próximo século (em pouco tempo, tudo que se faz hoje será coisa do século passado...). O primeiro exemplar do último biênio do século vem com pequenas modificações. A fim de facilitar a consulta, algumas seções foram condensadas. É o caso da nova seção de "Direito Penal Especial", que reúne as antigas "Direito de Trânsito" e "Direito Penal Econômico", e da seção "Doutrina Latino-americana", que passa a integrar a seção "Doutrina Internacional". Também a partir desse número, todos trarão, na última página, as Regras de Publicação para Autores. A finalidade é padronizar graficamente os textos que nos chegam e manter um padrão científico, exigido em todas as revistas especializadas. É também facilitar a contribuição dos interessados, demonstrando que os canais para publicação estão permanente e democraticamente abertos.

O objetivo principal da nova diretoria da Revista é, além de buscar manter o padrão de qualidade que já é sua marca registrada, fomentar a integração com seus assinantes e leitores, em geral. Saber das críticas, dos interesses, das expectativas. Um primeiro passo será a realização de uma pesquisa de opinião junto a esse público. Independentemente de formulários, porém, o Conselho Diretivo quer, desde logo, convidar o leitor a integrar-se à Revista – que também é sua – enviando artigos doutrinários, comentários a acórdãos, resenhas bibliográficas ou simplesmente expondo sua opinião.

A apresentação do número especial de lançamento, há seis anos, começava com a afirmação de que "vivemos um momento absolutamente paradoxal". O paradoxo, então, se dava pelo contraste entre a afirmação da cidadania, representada pelo *impeachment* do Presidente da República, e a absoluta negação da cidadania, representada pelas 111 mortes do Carandiru, fatos que ainda ocupavam os jornais quando saiu a primeira Revista.

As manchetes, hoje, continuam paradoxais. Os governantes levados à posse, depois de um processo eleitoral democrático em que a cidadania, claro, foi exercida, têm o compromisso de administrar uma crise que leva, em São Paulo, os funcionários da Ford a protestarem não com uma greve, não cruzando os braços, como tantas vezes se viu no ABC paulista. Os funcionários protestam recusando-se, aqueles que foram demitidos, a abandonar seus postos de trabalho. O medo do desemprego, da exclusão da cidadania, faz com que os trabalhadores invadam a fábrica... para trabalhar. O movimento inusitado dos trabalhadores, deu no jornal, comoveu os empresários e a sociedade.

Parece que o paradoxo é o símbolo do nosso tempo. E o paradoxo maior, o paradoxo que inspirou o nascimento do IBCCrim, é oferecido pelo próprio Direito Penal. Instrumento de controle social, do qual se espera segurança, proteção, garantia de direitos, passa a ser utilizado de forma simbólica, é incapaz de dar segurança e legitima absurdas violações de direitos, das quais as cadeias superlotadas são incontestável exemplo. É o paradoxo entre o clamor por mais Direito Penal e a exigência garantista de menos Direito Penal.

Diante desse quadro, a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* cumpre a função que lhe foi assinalada desde o princípio: perquirir, questionar e refletir sobre os problemas ligados às Ciências Criminais, como está lá, na primeira Apresentação. Muito se escreveu, nos seis anos de existência da Revista, sobre o sentido do Direito Penal Moderno, o que se espera e o que se pode dele esperar, sobre o necessário enfoque multidisciplinar que deve servir de lastro para a dogmática. Muitos caminhos foram apontados para um melhor Direito Penal. Foram valiosas e incontáveis colaborações, que fazem da RBCCrim um ponto de referência nacional e internacional. Em verdade, a Revista é já um patrimônio de todos os seus colaboradores e leitores. Falta fazer com que a realidade sinta o impacto do debate travado nessas páginas. É uma tarefa para a qual estão todos convocados!

CONSELHO DIRETIVO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 7

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal – ENIO AMODIO 9

1.2 *Reflexiones sobre la "victimodogmática" en la teoría del delicto* – MANUEL CANCIO MELIÁ 23

1.3 Emergência e defesa dos direitos fundamentais – SERGIO MOCCIA 58

1.4 Tutela da liberdade pessoal e exigências processuais na jurisprudência da Corte Constitucional italiana – GIULIO ILLUMINATI 92

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 O caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional – ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS 106

2.2 O indulto e as condições subjetivas do sentenciado – FRANCISCO DIAS TEIXEIRA 115

2.3 Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei 9.605/98 – GUILHERME JOSÉ PURVIM DE FIGUEIREDO e SOLANGE TELES DA SILVA 124

2.4 O direito penal econômico – JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR 142

2.5 Direito penal no Mercosul – uma visão humanística – MARCO AURÉLIO DE MELLO 157

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 Algumas notas sobre a associação para fins de tráfico de entorpecentes – GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA 164

3.2 Crimes de trânsito: interpretação crítica – JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS 174

4. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

4.1 Perícias criminalísticas previstas no CPP: aspectos técnicos e jurídicos – JOSÉ LOPES ZARZUELA 189

4.2 *Concepcion criminológica de la criminalidad organizada contemporanea* – PEDRO JUAN MAYOR M. 216

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1 A tecnologia mudando o perfil da criminalidade – MANOEL CAMASSA 226

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.1 A crítica reformista da exclusão social – AUGUSTO CACCIA BAVA 240

6.2 Em busca dos braços da Vênus: lacunas do saber e questão feminina – CARLA MIRELLA MASTROBUONO 246

6.3 Policiamento comunitário: a experiência em São Paulo – PAULO DE MESQUITA NETO 281

7. TRABALHOS FORENSES

7.1 Parecer do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo no caso "Chico Picadinho" – CLAUDIO THEOTONIO LEOTTA DE ARAUJO 293

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1 Jurisprudência Comentada.

8.1.1 O recebimento da denúncia e a necessidade de sua fundamentação – ADILSON PAULO PRUDENTE DO AMARAL FILHO 305

8.2 Jurisprudência Recente.

8.2.1 Citação de réu preso. Necessidade. Garantia de ampla defesa – REsp 44.153/SP – 6.ª T – STJ – j. 24.03.1998 – Rel. Min. VICENTE LEAL 314

8.2.2 Prescrição. Alteração de fundamento. *Habeas corpus*. Cabimento – HC 75358-2/SP – 2.ª T – STF j. 03.02.1998 – Rel. Min. MARCO AURÉLIO 315

8.3 Ementário de Jurisprudência. FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO e ROBERTO DELMANTO JUNIOR 318

9. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

9.1 Lei 9.777, de 29.12.1998. Altera os arts. 132, 203 e 207 do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal 340

9.2 Dec. 2.838, de 06.11.1998. Concede indulto, comuta penas, e dá outras providências 341

9.3 Dec. Legislativo 89, de 1998. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional 344

9.4 Resolução 81, de 19.11.1998. Disciplina o uso de medidores da alcoolemia e a pesquisa de substâncias entorpecentes no organismo humano, estabelecendo os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes . 344

9.5 *Declaración Ibero-Latinoamericana sobre ética y genética. Declaración de Manzanillo de 1996, revisada en Buenos Aires em 1998* 345

9.6 *Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos. Unesco, 11.11.1997* 347

9.7 *Convenio para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano com respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina: convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina. Consejo de Europa, 04.04.1997* 352

9.8 Estatuto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 359

10. RESENHA

10.1 SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Ed. RT, 1998 – Resenha por DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR 362

ÍNDICE REMISSIVO 367

COLABORADORES

ADILSON PAULO PRUDENTE DO AMARAL FILHO

Procurador da República. Mestrando em Processo Penal pela PUC/SP.

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS

Procurador da República em São Paulo.

AUGUSTO CACCIA BAVA

Sociólogo. Professor Assistente Doutor junto ao Departamento de Sociologia da Faculdade de Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista – UNESP, campus Araraquara.

CARLA MIRELLA MASTROBUONO

Bacharel em Direito. Psicóloga. Professora Universitária. Coordenadora de Pesquisa e Extensão das Faculdades de Filosofia, Ciências e Letras, Enfermagem e Fisioterapia de Guarulhos. Pesquisadora da Questão Feminina.

CLAUDIO THEOTONIO LEOTTA DE ARAUJO

Membro do Conselho Penitenciário de São Paulo. Médico Psiquiatra.

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR

Juiz de Direito em São Paulo. Presidente do Conselho Executivo da Associação Juízes para a Democracia.

ENIO AMODIO

Advogado militante no foro de Milão, Itália. Professor da cadeira de Processo Penal na Universidade de Milão.

FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado Criminalista em São Paulo.

FRANCISCO DIAS TEIXEIRA

Procurador Regional da República em São Paulo. Membro do Conselho Penitenciário de São Paulo.

GIULIO ILLUMINATI

Professor da Universidade de Bologna.

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Juiz Federal da 25.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

GUILHERME JOSÉ PURVIN DE FIGUEIREDO

Procurador do Estado de São Paulo. Diretor do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Professor de Direito Ambiental da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP e da Faculdade de Ciências Jurídicas da USF.

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS
Professor de Direito Penal da UFSC.

JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR
Titular de Direito Penal. Diretor da Faculdade de Direito de Valença – RJ.

JOSÉ LOPES ZARZUELA
Professor de Medicina Legal e de Criminalística da Faculdade de Direito da USP.

MANOEL CAMASSA
Delegado de Polícia do DEPATRI.

MANUEL CANCIO MELIÁ
Professor da Universidade Autónoma de Madrid – Espanha.

MARCO AURÉLIO DE MELLO
Ministro do Supremo Tribunal Federal.

PAULO DE MESQUITA NETO
Ph.D. em Ciência Política pela Universidade de Columbia. Pesquisador Sênior do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e *Soros Justice Fellow*.

PEDRO JUAN MAJOR M.
Juiz 9.° Turno – Jurisdição do Crime, Assunção – Paraguai.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR
Advogado Criminalista em São Paulo e Mestre em Direito Processual pela USP.

SERGIO MOCCIA
Professor Titular de Direito Penal da Universidade de Salerno.

SOLANGE TELES DA SILVA
Advogada. Doutoranda em Direito Ambiental pela Universidade Paris I e Bolsista do CNPq.

LEIA NA **REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais**

n.° 26 (abril-junho 1999):

- **Políticas (criminais) e o problema das drogas: evoluções na República Federal da Alemanha**
  H. J. Albrecht
- **Excesso de exação**
  Hugo de Brito Machado
- **Lei 9.714/98 – Penas restritivas de direitos: aplicação aos crimes de tráfico de entorpecentes**
  Leonardo Luiz de Figueiredo Costa

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

VITÓRIAS E DERROTAS DA CULTURA DOS JURISTAS NA ELABORAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL[1]

ENIO AMODIO

SUMÁRIO: 1. A cultura processualista penal e o Código de 1988: o impacto e seus efeitos – 2. A posição de primeiro plano dos juristas no processo de produção das normas do Código – 3. A dinâmica das relações entre acadêmicos, magistrados-juristas e órgãos ministeriais na atividade de elaboração legislativa – 4. A contribuição da doutrina na definição das linhas do modelo acusatório – 5. Os institutos pensados ou elaborados pelos "juristas do código" – 6. Vitórias e derrotas da cultura dos professores: da primazia à "perda de poder" conseqüente à entrada em vigor do Código – Bibliografia.

1. A cultura processualista penal e o Código de 1988: o impacto e seus efeitos

Para o estudioso do direito processual penal, a escolha do campo investigativo é quase obrigatória: a reflexão a respeito do grau de incidência, que a cultura jurídica pós-guerra teve nas normas atinentes ao processo penal, impõe concentrar a atenção sobre os conteúdos do novo código e sobre o *iter* que marcou o seu nascimento.

Trata-se, em verdade, de um teste ideal para medir a contribuição dos juristas na producão legislativa: a codificação de 1988 é um *corpus* normativo grandioso que se presta bem a revelar o eco ou a pronta recepção de linhas de política processual elaboradas pela doutrina jurídica. Contém a codificação, além disso, uma radical mudança de sistema que enseja a descoberta das raízes culturais das quais decorreu a superação do rito inquisitório.

É necessário, preliminarmente, precisar o método utilizado. O tema do Congresso estimula, induvidosamente, o emprego dos instrumentos da pesquisa histórica para fazer emergir as possíveis ligações ou as diretas e perceptíveis influências, no arco de tempo que vai da metade dos anos Sessenta até os fins dos anos Oitenta, no âmbito das relações entre cultura processualista-penal e órgãos institucionais aos quais é imputável a formação das normas do novo código. De resto, quer a necessidade de refletir sobre fatos cronologicamente muito próximos de nós,

(1) Texto da conferência proferida no "Encontro de Estudos", realizado em Florença, Itália, nos dias 26-28 de setembro de 1996, sobre o tema "Juristas e legisladores. Pensamento jurídico e inovações legislativas no processo de produção do Direito". Tradução feita por Paulo Zomer, Procuradora do Estado, em São Paulo, e representante do IBCCrim na Itália. (Revisão de Alberto Silva Franco)

quer a experiência diretamente vivida por quem escreve de dentro do processo de elaboração do código sugerem também o uso de uma perspectiva sociológica, de maneira a desenvolver a investigação com método histórico-sociológico (*Friedman*, 1989,18).

Exatamente da elaboração teórica efetuada pela sociologia do direito podem ser, antes de tudo, deduzidos alguns conceitos-chaves úteis para definir os limites da pesquisa. Pode-se, de fato, falar de *impacto* para exprimir a área da codificação que manifesta, na sua arquitetura ou nos particulares institutos, os sinais de acolhida de estímulos, propostas ou elaborações provenientes de juristas. O conceito comporta um ponto de vista meramente descritivo, que deve ser considerado diverso do critério valorativo que é, ao contrário, sustentado pelo critério norteador concernente aos efeitos da contribuição dos estudiosos de processo penal. E, na realidade, uma vez confirmada a influência da doutrina no Código de 1988, pode-se indagar quais efeitos derivaram do impacto cultural sobre os textos normativos, tanto do ponto de vista da eficiência do trabalho legislativo como do da qualidade do produto normativo: em termos de racionalidade sistemática ou sob a ótica do maior ou menor grau de aceitação da norma por parte dos operadores do processo.

Impacto da doutrina sobre o novo código e *efeitos*, em termos de custos e benefícios, da mediação cultural são os dois pólos em torno dos quais gira a presente pesquisa.

Num plano diverso, ao invés, coloca-se a problemática referente às reações da magistratura, ordinária[2] e constitucional, e do meio forense frente à nova codificação. Privilegia-se, aqui, o ponto de vista da atuação prática das normas contidas no código. A propósito, discutir consensos e dissensos a respeito do novo código, ou idoneidade, ou não, do sistema para interpretar as necessidade de eficiência e tutela dos direitos individuais expressos pelos operadores da justiça tem justificativa apenas nos limites em que se queira entender qual incidência teve a mediação cultural dos juristas a respeito dos destinos do produto legislativo, pelo menos na parte em que resultou influenciado ou inspirado pelo pensamento processualista penal.

No contexto dos temas de investigação assim definidos, podem ser agora individuadas as áreas mais específicas sobre as quais convém centrar a atenção.

Antes de tudo, deve ser esclarecido o papel que os juristas tiveram no *iter* legislativo do qual decorreu o Código de Processo Penal de 1988. Aqui, o interesse está focalizado na codificação como *processo* e não como *produto*, isto é, como resultado final contido num definido *corpus* normativo (*Varga*, 262). Trata-se de entender de que modo os exponentes da cultura processualista-penal fizeram ouvir suas vozes nos órgãos da elaboração legislativa: se nas vestes de sugeridores ou de estimuladores fora das opções realizadas no contexto político-institucional ou como verdadeiros e próprios atores do processo legislativo.

Neste âmbito, é mister que se elucide sobre as dinâmicas das relações entre os juristas empenhados no trabalho legislativo como técnicos do processo penal: de um lado, os políticos envolvidos, como parlamentares, na elaboração normativa; de outro, os grupos constituídos pelos magistrados-funcionários, ligados ao Ministério da Justiça.

Além disso, no que pertine à extensão do impacto doutrinário, convém distinguir duas questões: a primeira diz respei-

(2) Magistratura ordinária é toda aquela que não se identifica com a Corte constitucional e com o Tribunal para Menores.

to à incidência da cultura acadêmica na escolha do modelo do novo processo e sobre a arquitetura global do código; a segunda concerne à contribuição dos juristas na construção de particulares institutos.

Fica, assim, integralmente, delineada a tessitura lógica do presente relato. O critério do impacto leva à definição do papel dos juristas no processo de criação das normas do código e à medida da influência de seu pensamento, seja no plano da opção do sistema processual, seja sob o perfil das inovações contidas nas diversas partes da codificação.

Indagando-se sobre os efeitos, procurar-se-á, por sua vez, estabelecer se a contribuição dos estudiosos trouxe, ao novo código, o benefício de uma maior qualidade do texto normativo ou fez recair sobre ele os custos derivados de ideologias pré-constituídas ou abstratas engenharias processuais distantes das necessidades da práxis.

2. A posição de primeiro plano dos juristas no processo de produção das normas do Código

É sabido que, para a promulgação do novo Código de Processo Penal, se usou, em homenagem a uma tradição referida ao nosso sistema constitucional, o dispositivo da lei delegada. Dela decorreu uma divisão de trabalho entre a sede parlamentar na qual foram fixados os princípios e os critérios diretivos para a redação do código (art. 21, 16.02.1987, n. 81) e a sede governamental, na qual se instituiu, para fins do exercício da delegação, uma Comissão incumbida de redigir o Projeto preliminar. A Comissão constituída junto ao Ministério da Justiça e presidida pelo Prof. Gian Domenico Pisapia era composta de oito professores universitários, oito magistrados e um advogado. De acordo com o prescrito no *iter* fixado pela lei delegada, o Projeto preliminar foi submetido, em seguida, ao exame de uma Comissão parlamentar bicameral que verificou a conformidade do texto em relação aos princípios estabelecidos pelo Parlamento.

O esquema operacional deduzível deste percurso parece atribuir aos juristas um papel marginal, ou, de qualquer modo, meramente executivo no procedimento de formação das normas: da sede política que elaborou o modelo do novo processo a reforma passou a outra sede, também política, na qual o Governo, com a contribuição, na aparência, puramente técnica dos juristas da Comissão Pisapia, preparou o Projeto preliminar submetido enfim ao filtro, também esse de natureza política, da Comissão parlamentar. Exsurge daí a idéia da prevalência das instâncias dos órgãos institucionais aos quais é atribuída a função legislativa em relação aos colaboradores externos chamados, como técnicos, para coadjuvar o Governo.

A realidade é, no entanto, bem diversa. Confirma-se isso quando se tem presente a extensão e a meticulosidade verdadeiramente incomuns que caracterizam a Lei 81/1987 (v. *Lattanzi*, 182, *Chiavario*, 89), delegação com base na qual foi construída a nova codificação. Uma boa parte dos 105 critérios diretivos revela uma estrutura bastante distante daquela típica das disposições de princípio destinadas a produzir a legislação delegada: são textos normativos que antecipam uma disciplina minuciosa de condutas processuais, por vezes reproposta em seguida, numa formulação literal quase idêntica nos artigos do código (v., p. ex., a diretiva n. 31, em relação aos arts. 55, 347 *et seq.*; diretiva ns. 73 e 75, em relação aos arts. 499, 500 e 511, § 1.°, CPP).

Esta hipertrofia não decorre da vocação do Parlamento de escrever partes do código. Ela se explica à luz da história da reforma. A delegação de 1987 é o desaguadouro final de um longuíssimo

trabalho projetado para um novo processo penal, um trabalho que teve início, no plano legislativo, na metade dos anos Sessenta, com a apresentação de um esboço de lei delegada que atingiu a linha final da aprovação parlamentar apenas no ano de 1974. Daí nasceu, no ano de 1978, o Projeto preliminar de um novo código redigido pela Comissão ministerial presidida por Gian Domenico Pisapia e composta pelo mesmo núcleo de juristas que foram chamados, em seguida, para dar sua contribuição à redação das normas com base na lei delegada de 1987. Mesmo não tendo o Governo levado a termo o Projeto de 1978 pela superveniência de graves problemas provocados pela luta contra o terrorismo, a sua articulada estrutura, embora submetida à revisão crítica do modelo centrado na sobrevivência do juiz instrutor, continuou a ter um peso determinante na história da reforma.

Mesmo depois de 1978, uma parte dos juristas anteriormente incluídos na Comissão Pisapia, que tinha trabalhado nos anos Setenta, continuou a atuar dentro do Ministério da Justiça na busca de intenções para a reelaboração do modelo de processo penal delineado na delegação de 1974. Antes, em 1982, um grupo de trabalho coordenado por este autor e, depois, em 1983, uma Comissão ampliada, instituída pelo Ministro Martinazzoli, forneceram ao Governo contribuições para auxiliar o Parlamento na redação de uma segunda lei delegada que conseguisse, ao mesmo tempo, recobrar as inovações já conquistadas com a delegação de 1974 e o Projeto de 1978 e impulsionar a reforma rumo a novos horizontes, sobretudo no terreno dos mecanismos indispensáveis à celeridade do processo e à contenção da carga de trabalho oral.

A extensão e a meticulosidade da delegação de 1987 têm, portanto, suas raízes na herança de um volume de iniciativas e de resultados atingidos pela atividade legislativa destinada a dar vida ao código. Os conteúdos da segunda delegação testemunham uma vicissitude que está em contraposição àquela que pareceria, à primeira vista, poder-se extrair da riqueza do texto normativo elaborado pelo Parlamento. A sede política acolheu, em larga medida, os resultados de um trabalho organizado, pelos expoentes da cultura processualista penal, antes no interior da Comissão ministerial redatora dos anos Setenta e, depois, nas diversas comissões encarregadas de dar contribuições ao Governo para fins de elaboração de novos critérios diretivos.

Parece evidente, neste ponto, qual foi o papel dos juristas no *iter* de formação do código. Eles não dialogaram com os órgãos legislativos de fora e à distância das sedes institucionais, como tinha ocorrido entre nós, no passado, quando Francesco Carnelutti redigiu, em 1963, um esboço de código no âmbito de uma Comissão ministerial investida de uma tarefa consultiva e propositiva ou, na França, onde a "*Comission Justice pénale et Droit de l'homme*", presidida por Mireille Delmas Marty, foi incumbida de formular um projeto de reforma parcial do código de processo penal, submetido depois ao crivo dos órgãos institucionais (*Chiavario*, 313).

Os processualistas penais italianos assumiram as vestes de atores do processo de criação das normas sob um duplo perfil que constitui um *unicum*, algo sem precedentes, no panorama das experiências até agora conhecidas. Antes, tais processualistas penais redigiram o Projeto de 1978, como técnicos incumbidos de fornecer ao Governo a assistência necessária para preparar o texto do código com base na delegação de 1974. Depois, nos primeiros anos dos Oitenta, cooperaram com o Ministro da Justiça dando as diretrizes de uma nova delegação a ser aprovada pelo Parlamento, empenhando-

se, assim, num trabalho tendente a modelar o novo processo. Dedicaram-se, enfim, à redação das normas baseadas na lei delegada de 1987 que eles próprios, em larga medida, tinham contribuído para o nascimento através de propostas feitas pelo Governo ao Parlamento com arrimo em suas emendas ou mediante a recuperação dos conteúdos normativos do Projeto de 1978.

Se se observa além dos esquemas formais, pode-se, em boa medida, falar de um *código de professores*, tão incisiva e ampla foi a contribuição dos acadêmicos ao processo de produção normativa. A permanência do mesmo núcleo de juristas dirigido por Gian Domenico Pisapia no arco de tempo que vai de 1974 a 1988 tornou particularmente fortes, pela experiência e riqueza do patrimônio conceitual acumulado no tempo, pessoas alheias ao aparato institucional que tinha a responsabilidade política pela reforma. Ainda que não de pretenda subtrair nada à supremacia do Parlamento (v. *Chiavario*, 1994, 125), é, porém, evidente que somente aqueles que, no arco de tempo de catorze anos, estiveram continuamente empenhados em forjar um sistema que se delineava entre oscilações e repensamentos, podiam reinvindicar e ter de fato uma primazia nas escolhas legislativas.

Além disso, se é verdade que os juristas chamados a atuar nas Comissões ministeriais constituiram uma espécie de "milícia da administração", na medida em que criaram uma ponte entre o Estado e a sociedade civil (*Mader*, 134), não pode certamente parecer anômalo que os professores do código, enquanto expoentes de uma cultura alinhada aos valores expressos pelos órgãos parlamentares, se tenham transformado em protagonistas do processo de produção normativa (v., ao invés, em sentido tendencialmente contrário, *Chiavario*, 1994, 125-126).

3. A dinâmica das relações entre acadêmicos, magistrados-juristas e órgãos ministeriais na atividade de elaboração legislativa

Pode ser de algum interesse reconstruir a interação entre os diversos grupos empenhados na atividade legislativa que deu vida ao Código de Processo Penal. Afirmar, como acima mencionado, que os professores conquistaram de fato uma primazia no processo de produção legislativa não significa ceder a uma representação oleográfica ou triunfalista que negue os aspectos problemáticos da posição dos técnicos dentro dos aparatos institucionais habituados mais a dominar do que a sofrer o *input* cultural. Sem cair na crônica banal das *memoires d'un pétit nomothéte*, tentarei aqui esboçar o quadro dos diversos atores do cenário legislativo, com as peculiaridades que marcaram as respectivas contribuições.

Aqueles que até aqui chamei, por elipse, de "juristas", "professores" e "expoentes da cultura processualista penal" são os componentes de origem universitária da primeira (1974-1977) e da segunda Comissão Pisapia (1987-1988), bem como das Comissões constituidas com objetivo da redação da lei delegada de 1987. Trouxeram eles para trabalho legislativo a ideologia e o patrimônio conceitual de uma matéria, como o processo penal, que apenas no início dos anos Sessenta tinha adquirido uma posição de primeiro plano, no rasto da jurisprudência constitucional demolidora das normas mais autoritárias do Código Rocco e que, exatamente naquele período, se tornara ainda mais vigorosa no panorama acadêmico, graças a uma readquirida dignidade científica assegurada pelo florescimento dos estudos promovidos por Giovanni Conso. Os professores recrutados nas universidades na qualidade de colaboradores do legislador tinham, portanto, uma forte motiva-

ção para construir um novo ordenamento capaz de subverter inteiramente o fundamento do Código de 30, concretizando os princípios garantistas da Constituição e tornando finalmente possível a edificação de um sistema processual coerente, idôneo a remover um texto normativo já bastante fragmentário e incongruente para permitir profícuas reconstruções dogmáticas.

Junto aos acadêmicos puros – a definição deve ser tida como válida, embora alguns, a começar do Presidente, contribuíssem para o trabalho legislativo com sua experiência de advogados – são colocados em posição autônoma os "magistrados-juristas". Dentro das Comissões ministeriais atuaram, na realidade, alguns magistrados qualificados não apenas por uma grande experiência na atividade judiciária, mas ainda por uma sólida preparação científica comprovada também por publicações no setor processualista penal. Embora representando um grupo com o qual os acadêmicos sempre tiveram uma grande facilidade de diálogo, os "magistrados-juristas", nas suas escolhas, revelaram-se solidamente apegados às ideologias da magistratura e muito atentos às exigências de eficiência da máquina judiciária.

Em um *status* ainda mais significativamente autônomo e de todo separado dos professores, os magistrados-funcionários das repartições ministeriais interferiram no trabalho de produção normativa do código. Estes operadores, igualmente solidários, por formação, ao quadro de valores próprios da magistratura, manifestaram-se sensíveis aos problemas organizacionais e às vezes até mesmo às exigências de vinculação com outros órgãos do executivo, como o Ministério do Interior, no que se refere aos problemas da polícia judiciária de forma a demonstrar o seu papel de integração plena no quadro do aparelhamento administrativo.

Exatamente em relação ao grupo de magistrados-funcionários, surgiram, para os professores das Comissões, problemas de inserção no ambiente do Ministério da Justiça. Em 1974-1975, no início dos trabalhos para a concretização da primeira lei delegada, o desembarque dos juristas na rua Arenula[3] foi encarado como uma invasão de área das competências institucionais atinentes à função legislativa. Assim, os mais jovens acadêmicos, aos quais tinha sido atribuída a tarefa de coordenar os trabalhos de redação dos textos normativos na primeira Comissão Pisapia (Mario Chiavario é quem escreve), foram apontados pelos ministeriais como os "professorzinhos", portadores de competência livresca, surdos a respeito das "reais necessidades da prática judiciária e da administração da justiça", de quem eram seguros conhecedores os expertos magistrados do Ministério.

Estas resistências foram depois desaparecendo gradativamente, criando-se uma solidariedade entre professores e magistrados, amadurecida no comum e no mui diligente trabalho de redação das normas e da Exposição de Motivos do Projeto preliminar de 1978. Um conflito de tipo diverso manifestou-se apenas muito mais tarde, no fim da redação do Projeto de 1988, quando já desgastado por várias razões, o núcleo histórico dos juristas que tinham constituído a estrutura básica da Comissão Pisapia, os componentes da repartição legislativa do Ministério, presentes sob os mais diversos títulos na Comissão redatora, tomaram as rédeas da produção normativa, garantindo, de fato, aquela continuidade operativa que fora, no passado, assegurada aos acadêmicos mais jovens empenhados, em tempo integral, na elaboração das normas.

(3) Rua Arenula (Via Arenula) é a via pública onde está situado o Ministério da Justiça.

Individuados assim os atores sociais do processo de elaboração do código, com uma simplificação que espero estar imune a aspectos deformantes, é fácil qualificar os critérios que inspiraram os seus comportamentos decisórios à luz da teoria sociológica da atividade legislativa (*La Spina*, 57).

Os acadêmicos puros deram a marca de sua contribuição a uma *racionalidade formal* destinada a fazer com que o texto legislativo fosse cunhado de forma a construir um sistema coerente, conceitualmente transparente e aplicável de modo uniforme. Eles atuaram procurando seguir ainda o diverso critério da *racionalidade a respeito do valor*, esforçando-se assim por criar normas aderentes aos princípios constitucionais e alinhadas às regras internacionais sobre direitos humanos, como, de resto, impunha expressamente a própria lei delegada.

Os magistrados-juristas e os componentes das repartições ministeriais mostraram-se, por sua vez, atentos também a uma *racionalidade a respeito do fim* centrada no valor da eficiência, "que exige um emprego calculado, econômico dos meios, de modo a garantir o controle dos efeitos do procedimento e a sua finalização para o alcance eficaz do resultado desejado" (*La Spina*, 57). De resto, os mesmos magistrados aplicaram em seu trabalho igual critério para reafirmar o primado da magistratura dentro do sistema de justiça penal.

Assim, por exemplo, deve ser atribuída ao "componente togado" da Comissão a norma que impôs ao GIP[4] fixar, com o despacho que ordena o juízo, a data da audiência dos debates orais (art. 429, CPP) evitando assim os tempos desperdiçados da passagem dos autos da audiência preliminar para o cartório do juiz instrutor. Analogamente, foi um magistrado quem propôs a redução da competência do tribunal do júri, em homenagem a uma visão que considera a participação popular não apenas um instituto que diminui, de algum modo, a centralidade da magistratura togada no exercício da jurisdição, mas também representa um gravame organizativo em virtude das complicações exigidas pelo recrutamento dos juízes populares. Enfim, em homenagem às exigências de eficiência, mas também com o propósito de reafirmar a supremacia do Ministério Público a respeito da Polícia Judiciária, os magistrados da Comissão reduziram os espaços investigatórios autônomos dos auxiliares do órgão acusatório, introduzindo normas tão punitivas para a polícia que logo suscitaram a reação que provocou, com a Lei 356/1992, a modificação dos arts. 347 e 348, CPP.

No confronto entre os dois estados de espírito da Comissão ministerial, é de se perguntar se foram os juristas ou os magistrados os que se revelaram mais conservadores. Referindo-se aos advogados ingleses, Bentham já assinalava, nos idos de 1800, que são os práticos que revelam um maior apego aos procedimentos que vivem cotidianamente, criando por isso barreiras aos caminhos das reformas. De resto, recentemente se afirmou ainda que "o processo oferece o mais alto grau de resistência a toda tentativa de reformas" (*Giuliani*, 83).

Não deve, portanto, causar admiração se a experiência vivida por quem escreve de dentro das Comissões ministeriais considere que a coragem de realizar uma mudança tão traumática como a da total reviravolta do velho sistema processual tenha provindo exatamente daqueles jovens juristas que, por não terem sido absorvidos pelos costumes e pelos retarda-

(4) Juiz para as investigações preliminares, ou seja, o órgão do ordenamento processual penal que acompanha e decide todos os incidentes em fase de inquérito, bem como recebe a denúncia.

mentos típicos da prática judiciária e por serem imunes às sugestões derivadas das exigências dos órgãos institucionais ou das reações emotivas da opinião pública, puderam decidir com base nos ideais e nos princípios adotados pela Constituição e em nome de um garantismo amadurecido, como antídoto a respeito dos valores do velho rito inquisitório.

4. A contribuição da doutrina na definição das linhas do modelo acusatório

Já se mostrava evidente, a esta altura, a extensão que assumiu o impacto da cultura processualista penal sobre o Código de 1988. Os juristas deram uma decisiva contribuição para o fim do rito inquisitório, perseguindo três objetivos distintos: superar toda a manifestação residual do autoritarismo do Código Rocco, "o mais fascista dos códigos", segundo a definição dos juristas do regime; dar efetividade aos princípios constitucionais que tutelam os direitos de liberdade e de defesa no processo penal; construir um sistema normativo livre finalmente das antinomias de um ordenamento marcado por um "garantismo inquisitório", isto é, por uma estrutura intrinsecamente autoritária melhorada apenas de fachada pela concessão de algumas garantias.

Um semelhante programa não representa certamente uma contribuição original dos "juristas do código", mas apenas o restabelecimento de um conjunto de interesses reformistas, muito difundido, em nosso País, antes mesmo da entrada em vigor da Constituição. Recordou-se, com justeza, que, na questão do procedimento penal, "a exigência de reforma foi considerada logo após a retomada das liberdades democráticas" (*Pisapia*, 3).

Não se pode, no entanto, afirmar que o simples repúdio aos velhos instrumentos processuais de Alfredo Rocco e o apelo aos princípios constitucionais possam por si significar adesão a um modelo acusatório. Embora tendente a eliminar o velho sistema, a lei delegada de 1974 mantinha ainda a figura do juiz instrutor, como magistrado investigador, apesar de reduzir-lhe o âmbito de atuação.

Antes mesmo de 1974, alguns juristas, como Francesco Carnelutti e Franco Cordero, tinham atingido metas mais avançadas. Tinham prefigurado um modelo de processo sem instrução, análogo ao ora vigente, baseado numa investigação do Ministério Público inidônea à formação da prova e, portanto, muito próximo ao esquema acusatório que tem raízes nos sistemas de *common law*. Mas tanto Carnelutti como Cordero fizeram as propostas à comunidade jurídica na qualidade de mestres solitários, empenhados na elaboração de normas ou propostas processuais como credenciais da sua maturidade científica. Daí a esterilidade dessas mensagens, que não produziram o avanço do ideal do rito acusatório, apesar do caráter completo e incisivo das propostas.

Para aprovar um sistema processual verdadeiramente novo, era necessário metabolizar a delegação de 1974 mediante a redação do Projeto de 1978. Da experiência legislativa dos limites que derivam da sobrevivência do juiz instrutor e do caráter monolítico do esquema processual, insensível à vontade das partes e às possibilidades de simplificação do rito, chegou-se a delinear, em quase dez anos de debates (1978-1987), a fisionomia do novo processo, que teve sempre, como centro do laboratório reformista, as Comissões constituídas dentro do Ministério da Justiça.

Cabe agora penetrar na trama do trabalho parlamentar por meio das emendas apresentadas pelo Governo nos vários projetos de lei delegada dos anos Oitenta, as pilastras sobre as quais se sustenta o processo de partes: investigações preli-

minares confiadas a um Ministério Público desprovido de poderes coercitivos e do poder de formar a prova; papel incidental de controle das iniciativas da acusação confiado a um juiz-terceiro, despojado de poderes investigatórios; audiência preliminar como filtro de garantia a respeito das imputações temerárias; ritos diferenciados em função da redução da carga de trabalho do juiz dos debates; debates como lugar privilegiado para a colheita da prova, sem que pese a hipoteca do conhecimento prévio de atas concernentes a declarações fora dos debates e do poder de fazer delas um uso ilimitado.

Embora seja inegável o eco de institutos enraizados no processo anglo-americano, o encontro dos "juristas do código" com aquela cultura derivou de uma convergência fruto de autocrítica sobre conteúdos do Projeto de 1978 mais do que da importação pura e simples do produto estrangeiro. A comparação teve, em conclusão, um papel marginal na definição do modelo, mas forneceu úteis inspirações para compor alguns institutos.

A bem da verdade, portanto, o ideal do processo acusatório para os juristas do código, assim como para todos os outros atores dos processos de produção legislativa, traduzia-se essencialmente em dois objetivos ligados à superação do velho rito mais do que a tipologias abstratas. Pretendia-se, em sede de debates, um juiz menos ativo, imparcial verdadeiramente também na fase da colheita da prova; apontava-se um órgão jurisdicional incumbido ainda mais decisivamente do papel de árbitro na fase das investigações preliminares; aspirava-se à criação de um nítido corte entre a fase de debates e a fase a ela antecedente para restituir ao juiz que se pronuncia sobre o mérito da imputação a primazia na verificação da verdade.

Porque a lógica que inspirou a escolha do modelo foi precisamente a da reação a um passado que deve ser suprimido, os "juristas do código" foram induzidos algumas vezes a criar normas com uma função de mero repúdio aos institutos do velho sistema ou com alcance precipuamente demolidor de conceitos considerados ideologicamente impuros.

Prisioneiros de uma espécie de *horror hereditatis* para com o juiz instrutor, os redatores do Projeto delinearam uma figura de GIP asséptica de modo a autorizar-lhes a absolvição do acusado na audiência preliminar apenas em caso da evidência da prova acerca da insubsistência ou do não cometimento do fato (art. 425, CPP, modificado agora pela Lei 105/1993).

Analogamente, querendo excluir a idéia de um juiz autorizado a apurar o fato além dos limites estabelecidos pelas regras probatórias e com poderes de todo autônomos em relação às iniciativas das partes, os autores do Projeto do novo Código eliminaram qualquer referência à verificação da verdade exatamente porque esta função se tornara o emblema do rito inquisitório no velho sistema processual.

Destes excessos de zelo ideológico, perceptíveis concretamente no texto normativo, nasceram reações que não tardaram a manifestar-se. Hoje, lamenta-se, na realidade, a paralisia de poderes de que sofre o GIP a respeito do desbordante gigantismo do órgão acusatório. E o legislador cuidou de proceder a reparos: de um lado, tornando menos forte a regra de julgamento na audiência preliminar (Lei 105/1993); de outro, começando a atribuir ao GIP mais freqüentes oportunidades de controle da atuação do Ministério Público, sobretudo em matéria de liberdade pessoal (art. 299, CPP, modificado pela Lei 332/1995)

Quanto à ideologia do direito às provas penais, não se pode certamente extrair da supressão da fórmula "verificação da verdade" a reação que conduziu a

Corte constitucional a reintroduzir o poder inquisitório do juiz sob a aparência de um inédito "princípio de não dispersão da prova" (Corte const. n. 111/1993). É, de resto, compreensível que, premidos pelo grito de dor de magistrados que lamentavam a perda de poderes, os Juízes da Corte Constitucional, educados numa cultura que faz do juiz penal o *dominus* da prova, tenham ficado no mínimo desorientados pela idéia de que os juristas da Comissão ministerial tivessem querido realmente construir um processo em que não se busca a verdade.

Os excessos de transparência lingüística ditados por furores ideológicos podem, portanto, criar problemas na interpretação de um novo sistema normativo.

5. Os institutos pensados ou elaborados pelos "juristas do código"

"O primeiro código inteiramente reformado depois do advento da República" (*Vassalli, Premessa al Progetto preliminare*, 1988) traz, portanto, os sinais de uma contribuição cultural que forjou sua arquitetura global, dando vida a um modelo original de processo acusatório. Ainda mais explícita é, porém, a manifestação da contribuição dos professores se se observam os institutos e as normas que contêm a disciplina dos particulares perfis do edifício processual.

Como não é possível nesta sede desenvolver um exame analítico de todas as áreas normativas fruto da elaboração dos juristas das Comissões ministeriais, bastará assinalar algumas matérias sobre as quais a influência daquele pensamento teve oportunidade de manifestar-se.

Emblemático é o caso do *corpus* normativo dedicado à prova. Nos oitenta e cinco critérios estabelecidos pela lei delegada de 1974, assim como nos 105 princípios contidos na de 1987, não há nenhuma referência à necessidade de disciplinar de modo autônomo o procedimento probatório. O código contém, por sua vez, um livro inteiro, o terceiro, dedicado a esta matéria, de forma a dar origem, pela primeira vez no ordenamento processual da área continental, a um verdadeiro e próprio "direito às provas penais" inserido no sistema numa posição autônoma. Depois de quase dois séculos, nos quais o procedimento penal de estilo francês fora dominado pelo princípio do livre convencimento que tinha subtraído o fenômeno probatório de qualquer regulação normativa, teve lugar, no novo código, no rasto do que fora elaborado no Projeto de 1978, uma espécie de *law of evidence* organicamente concebida e sistematicamente ordenada em dois títulos, dedicados respectivamente aos "meios de prova" e aos "meios de pesquisa da prova". Eles foram soldados juntos por um grupo de dispositivos gerais que traçam os fundamentos do procedimento probatório. As regras, em tema de admissão, colheita e valoração da prova – dispersas e confusas e até mesmo omissas no texto do Código de 1930, são agora reconduzidas a uma trama unitária com a finalidade de enfatizar que a prova é o coração do processo. Absolutamente original e destinada a ter um grande sucesso no léxico da delegação de 1987 e no texto do código, é, portanto, a sanção de inutilizacão, criada já no Projeto de 1978 para atingir o fenômeno da transgressão das proibições probatórias.

Um grandíssimo relevo tem, em suma, a regra segundo a qual "as provas são admitidas a pedido das partes", fora dos casos em que a lei estabeleça que são admitidas de ofício (art. 190, CPP). É esta a norma-mãe do processo de partes ditada por uma "exigência de moralidade processual" (*De Lucca*, 25) contra a qual se enfileiraram de pronto os adversários do rito acusatório, conseguindo infelizmente fazê-la em pedaços com os recentes gol-

pes infligidos pela Corte constitucional com a sentença que ampliou desmedidamente a esfera de atuação dos poderes probatórios de ofício (sent. 111/1993).

Uma semelhante meta jamais teria sido atingida se os juristas do código não tivessem a seu lado uma notável literatura que, desde os ensaios de Franco Cordero até as contribuições de Giuliano Vassalli e Massimo Nobili, não tivessem dirigido uma penetrante crítica aos arbítrios cognoscitivos, tornados possíveis pela malha larguíssima do livre convencimento, patrocinando um retorno à legalidade probatória.

Um *corpus* normativo igualmente autônomo foi criado em matéria de liberdade pessoal. A avançada elaboração científica da matéria permitiu também aqui dimensionar um grupo de disposições gerais que, até mesmo em suas formulações literais, recordam as normas constitucionais e ou fontes internacionais de onde foram extraídas (art. 273: "*ninguém* pode ser submetido a medidas cautelares..."; "*nenhuma medida* pode ser aplicada..."). A previsão de regras gerais em tema de proporcionalidade e de gradualidade na escolha das medidas e a sistemática fundada na *summa divisio* entre medidas coercitivas e medidas de interdição revelam o sintoma de uma cultura requintada que nutriu o texto normativo graças a um conjunto de estudos efetuados com grande atenção aos princípios constitucionais.

Os sinais de inovação, promovida pelo pensamento dos juristas, observam-se também, de modo marcante, na disciplina dos denominados ritos diferenciados. Neste campo, por amor à verdade, faltava, por ocasião da redação do Projeto de 1988, uma literatura científica capaz de oferecer uma base adequada para fins de elaboração legislativa. Juízo abreviado e acordos, as verdadeiras e grandes novidades do capítulo dos procedimentos especiais, são institutos aos quais se conseguiu dar uma fisionomia, debatendo-se com graves incertezas, na tentativa de louvar as exigências de celeridade sem desprezar as garantias do acusado. Sobre estes temas, foi bastante fecundo, dentro das Comissões ministeriais, o diálogo entre acadêmicos e magistrados, de cuja experiência vieram úteis indicações, sobretudo para a construção de um mecanismo, como o juízo abreviado, que não tinha nenhum *background* na nossa tradição e podia gabar-se apenas de uma longínqua parentela com o *summary trial* inglês.

Na especificidade dos diversos setores da codificação, há depois numerosíssimas normas que revelam a originalidade de contribuições doutrinárias totalmente independentes, seja dos modelos processuais dos códigos pré-vigentes, seja das diretivas precisas da lei-delegada que foi interpretada no plano sistemático. Basta pensar nas relações entre a ação civil indenizatória e a ação penal, disciplinadas de modo a impelir o lesado à escolha da sede civil (art. 75, CPP). São também inteiramente novos o seqüestro preventivo (art. 321, CPP), a motivação fundamentada do dispositivo (art. 544, CPP) e a limitação do controle da cassação, possível apenas na falta ou na ilogicidade explícita da motivação resultante do texto do procedimento recorrido (art. 606, letra *e*, CPP).

Ao lado destas inovações, fruto da cultura dos professores, devem ser registradas as soluções legislativas que refletem o empenho ideológico e a sensibilidade dos magistrados das Comissões ministeriais. Já se mencionou mais acima institutos vinculados à filosofia da eficiência, conforme a índole de quem vive a experiência judiciária de forma direta (fixação da data da audiência de debates por parte do GIP; redução da competência do Tribunal do Júri; restrição da área de atuação da polícia judiciária: v. *retro* n. 3). Na mesma linha, colocam-se institutos como a vinculação

das investigações entre os diversos setores do Ministério Público (art. 371, CPP) e a transação na apelação (art. 599, § 4.°, CPP), idealizados pelos magistrados das Comissões ministeriais, baseados na sua experiência profissional.

Credita-se a um magistrado também a proposta de criar um mecanismo idôneo a incentivar o arquivamento da notícia do crime, por insuficiência de lastro probatório de suporte da acusação em juízo. A norma, inserida no art. 125 das disposições de atuação do CPP, foi elaborada por juristas da Comissão ministerial, mas teve sua fonte no pensamento de quem, justamente preocupado com a eficiência do sistema, se empenhava com interesse na preparação de um filtro ainda mais eficaz do que o constituído pela audiência preliminar.

É curioso que este dispositivo, ideado por um magistrado, foi, depois, nos debates que se seguiram à aprovacão do código, hostilizado exatamente por outros magistrados atemorizados com o fato de que a regra do juízo de arquivamento acabasse por consagrar uma discricionariedade mascarada da ação penal, incompatível com a norma constitucional do art. 112 da Constituição, além de outras tradições de nosso ordenamento. A verdade é que a atitude hostil dos integrantes da magistratura contrários ao art. 125 das disposicões de atuação do CPP derivava do propósito de não tornar de modo algum visível, através de uma explícita proposição normativa, uma gestão da ação penal que os Procuradores realizam com ampla flexibilidade, imposta pelas enormes cargas do trabalho judiciário.

Deve, por fim, ser recordado que, graças à contribuição de uma cultura totalmente externa aos acadêmicos puros, mas ancorada na experiência dos advogados, deu no código um desafogo concreto à exigência de tornar o defensor protagonista de autônomas atividades investigatórias paralelas às do Ministério Público. Com o art. 38 das disposições de atuação do CPP foi assim rompida uma enraizada regra deontológica que proibia aos defensores ter contatos com as testemunhas.

6. Vitórias e derrotas da cultura dos professores: da primazia à "perda de poder" conseqüente à entrada em vigor do código

Definida, assim, a influência que a cultura processualista penal teve na elaboração do Código de 1988, é mister que se faça uma outra reflexão, já antecipada mais acima (cf. § 1.°) a propósito dos efeitos que derivaram do inserimento amplo e ativo dos juristas no processo de produção legislativa.

Uma primeira consideração diz respeito ao perfil de atuação externa aos conteúdos da reforma. A presença de um núcleo homogêneo de estudiosos que, durante catorze anos, atuaram como constante ponto de referência de trabalho para o novo código, além das mudanças da situação político-parlamentar ou de governo, representou o real fator de força dos técnicos em relação às instâncias políticas.

A presença de um grupo compacto, mas sempre articulado pelas peculiaridades culturais dos integrantes e pela dialética inevitavelmente desenvolvida nas relações com os magistrados, originou, porém, os inconvenientes da obra coletiva. Um modelo de *one man code*, como o Código Rocco, redigido somente por Vincenzo Manzini, ou o esboço preparado pela pena solitária de Francesco Carnelutti garantem certamente uma maior homogeneidade estilística e uma perfeita coerência sistemática. De outro lado, porém, quando o trabalho coletivo é realizado por um grupo de estudiosos qualificados, cada um dos quais traz o patrimônio científico derivado de estudos aprofundados nos vários setores da

disciplina, o produto final pode apresentar alguma falta de homogeneidade ou solução de continuidade, mas assegura que, no texto normativo, se possa concentrar o máximo das potencialidades aplicativas.

Pode-se perguntar se o custo que deriva do recrutamento do jurista-legislador não seja por hipótese representado também pela sua tendência a favorecer "modelos abstratos" (cf. Corte const. n. 111/1993 e, sobre isso, *Giarda*, 889). A respeito, falou-se da "falácia tecnocrata" para definir a atitude do jurista convicto de que tudo possa ser revolvido com a redação da norma sem levar em conta problemas advindos da aplicação prática do texto legislativo (*Friedman*, 18).

De um tal vício não parece certamente considerar-se de todo imune, como já foi afirmado (v. *retro*, § 3.°), o grupo de juristas do código. Induvidosamente, a confiança devolvida ao juiz de investigações preliminares, um garante das liberdades do investigado destituído de efetivos poderes sobre a atuação do Ministério Público e a atribuição a este de uma liberdade de investigar muitas vezes subtraída até mesmo ao rigor das formas, são sintomas de uma pureza iluminística que impediu de discernir possíveis degenerações. O antídoto a estas perspectivas ideológicas podia apenas ser representado por uma incisiva reforma do ordenamento judiciário que os autores do código não tinham condições de construir: não apenas porque a delegação permitia unicamente pequenos retoques do ordenamento judiciário, mas também porque qualquer tentativa de intervir nessa temática acabaria por colidir com o corporativismo hermético dos magistrados.

O verdadeiro limite vinculado à contribuição dos juristas em sede legislativa manifestou-se, porém, no caso do novo procedimento penal, quando o Projeto preliminar foi aprovado pelo Governo. A partir daquele momento, os juristas do código perderam a legitimação para a interlocução com as instituições: faltou a originária posição de atores do processo de reforma. A fase *post codicem* foi dominada pelas repartições ministeriais sem a mediação dos juristas: os interesses primários eram, de um lado, o administrativo para o funcionamento da nova máquina processual; de outro, o político, para administrar as relações entre os operadores da justiça e para estudar a resposta adequada a respeito dos problemas cotidianos impostos pelas exigências de repressão da criminalidade.

É significativo, a respeito, que, embora tenha sido constituída pela norma do art. 7.° da lei-delegada uma Comissão composta quase inteiramente pelos mesmos redatores do código, com o encargo de propor dispositivos integrativos e corretivos do novo sistema normativo em respeito à mesma lei-delegada, os resultados deste trabalho foram bastante modestos. A atuação do código já tinha entrado plenamente na esfera político-administrativa.

A separação entre a *fase de redação*, caracterizada pela força, e a *fase de atuação*, marcada por uma intrínseca fraqueza dos acadêmicos, bastante próxima de uma marginalização, pode ter sido causada por uma atitude de recusa dos juristas de afrontar os problemas da aplicacão das normas, na convicção de que "depois que a lei foi aprovada, não há mais espaço para o trabalho jurídico" (*Mader*, X). Pode ter tido, além disso, algum relevo a idéia, ditada pela prudência dos estudiosos, no sentido de ser oportuno esperar as "respostas" derivadas da aplicação prática antes de recolocar as mãos no sistema neonato. De resto, a provisoriedade reconhecida à nova normativa pela própria delegação, na medida em que previa sucessivas integrações e correções, dava motivo para considerar que o código fosse submetido a uma espécie de experimentação e por

isso mesmo, o enfraquecia aos olhos dos destinatários das normas e talvez ainda frente aos que o tinham elaborado.

Esta "perda de poder" dos juristas na fase sucessiva à entrada em vigor das normas tornou evidentemente mais fácil o fortalecimento da frente dos nostálgicos do rito inquisitório, representado sobretudo pelos membros da magistratura que viram nos equilíbrios instaurados entre acusação e defesa do novo sistema uma espécie de inconcebível falta de intromissão na gestão das provas em sede de debates.

Esta a razão do alargamento dos incidentes de legitimidade constitucional destinados a atingir o direito às provas penais, ou seja, à parte mais qualificada para efeito de caracterização do processo em sentido acusatório. Infelizmente, a Corte constitucional não permaneceu insensível ao grito de dor dos magistrados italianos e progressivamente restituiu ao Ministério Público e ao juiz da instrução os poderes de utilização das declarações extra-debates e de aquisição das provas de ofício que tinham sido abolidas para garantir o valor constitucional da posição de terceiro do juiz (sent. ns. 255/1992 e 111/1993).

Na onda emotiva de uma revisão do código em sentido regressivo, um intérprete chegou inclusive a sustentar que a Constituição incorporou o espírito do Código Rocco, posto que "contém – queira-se ou não – marcas da construção inquisitória do código de então" (*Giarda*, 901). Tal modo de raciocinar parece viciado pelo que foi definido de "falácia sociológica" consistente em considerar que qualquer reforma é impossível porque cada parte do sistema tem raízes históricas e sociais que impedem a sua mudança (*Friedman*, 18).

É, portanto, evidente o paradoxo que se delineou em conseqüencia do movimento de revisão iniciado pelos pronunciamentos da Corte constitucional: o Código de 1988 foi criado para dar atuação aos valores da Constituição; em nome dos mesmos valores, o código é agora demolido nas suas partes mais vitais.

O destino dos juristas do código parece, portanto, bem singular: a sua cultura de fonte constitucional afirma-se na elaboração das normas, mas é derrotada na atuação do sistema por uma ideologia de perfil oposto que se nutre da mesma tábua de valores.

Bibliografia

CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, 2. ed., Torino, 1990.

CHIAVARIO, *Procedura penale. Un codice tra storia e cronaca*, Torino, 1994.

CHIAVARIO, "La soppressione del 'juge d'instruction' nel Progetto Del-mas-Marty", in *Ind. pen.*, 1993.

W. DALE, *Legislative drafting – A new approach*, London, 1977.

DE LUCCA, "Cultura della prova e nuovo costume giudiziario", in *Il nuovo processo penale della codificazione alla attuazione*, Milano, 1991.

L. M. FRIEDMAN, "Sociology of law and legal history, in *Soc. dir.*, 1989, n. 2.7.

GIARDA, "'Astratte modellistiche' e principi costituzionali del processo penale", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 889.

GIULIANI, "Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: nuova retoria e teoria del processo", in *Soc. dir*, n. 2-3,81.

LA SPINA, "I costi della decisione. Per una sociologia dell'attivitá legislativa", in *Soc. dir.*, 1987, n. 3, 49.

L. MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lousanne, 1985.

PISAPIA, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Milano, 1989.

D.SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989.

C.VARGA, *Codification as a socio-historical phenomenon*, Budapest, 1991.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.2

REFLEXIONES SOBRE LA "VICTIMODOGMATICA" EN LA TEORIA DEL DELITO

MANUEL CANCIO MELIÁ

SUMARIO: 1. Presupuestos y planteaniento: 1.1 Victimología y victimodogmática: 1.1.1 Victimología y sistema penal; 1.1.2 Victimodogmática; 1.1.3 Proceso penal; 1.1.4 La posición de la víctima en el sistema penal y la victimodogmática; 1.2 Victimodogmática y política criminal: 1.2.1 Distintos significados político-criminales; 1.2.2 ¿Sanciones a las víctimas?; 1.2.3 *Blaming the victim – "blaming the committer":* el dilema victimológico; 1.2.4 Victimología y dogmática – 2. Dogmática y victimodogmática: 2.1 Elementos esenciales de la victimodogmática: 2.1.1 El principio victimológico; 2.1.2 Ambito de aplicación; 2.1.3 Elementos definitorios de la victimodogmática; 2.2 Puntos débiles de las aproximaciones victimodogmáticas: 2.2.1 Insuficiente conexión con la construcción dogmática global; 2.2.2 Ambito de aplicación; 2.2.3 Fundamentos; 2.2.4 Excurso: victimodogmática y "eficiencia" del sistema penal; 2.2.5 Dogmática en lugar de victimodogmática.

1. Presupuestos y planteamiento

Es prácticamente un lugar común la afirmación de que el nacimiento del Derecho penal moderno se genera "con la neutralización de la víctima",[1] en el momento en el que la satisfacción del sujeto lesionado es sustituida por la retribución de un hecho injusto. El ordenamiento jurídico-penal, se dice, es consecuencia de una evolución histórica que ha discurrido desde la reacción privada de la víctima o de su grupo familiar, pasando por los pactos de paz de la Edad Media hasta llegar al monopolio en la imposición de penas y en el ejercicio de la violencia establecido a favor del Estado en la sociedad actual,[2] o, dicho de otro modo, el proceso de publificación del ordenamiento penal es al mismo tiempo una evolución de desvictimización.[3] Con independencia de que esa imagen –la de una "edad de oro" originaria de la víctima y de las soluciones de carácter privado en el marco de la reacción frente a agresiones, sustituida a lo largo de la historia por una marginación de la víctima y un creciente protagonismo del Estado– sea correcta en términos histórico-socio-

(1) W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª edición, München, 1990, p. 70.

(2) Neumann, en: W. Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main etc., 1987, p. 225 y s.; vid. sobre esto también Maier, en: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, 1992, p. 184 y ss.

(3) Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 2.ª edición, Padova, 1988, p. 233.

lógicos,[4] parece que existe cierto consenso en torno a la idea de que la dogmática jurídico-penal no ha sido ajena a esta desatención hacia la figura de la víctima. En este sentido, se afirma que el Derecho penal tradicionalmente ha dispensado una atención tan sólo secundaria a la víctima,[5] incluso se dice que la "víctima del delito" ha llegado a ser "también una víctima de la dogmática de la teoría del delito."[6] En este contexto, sin embargo -y en el marco de una evolución mucho más amplia-, en los últimos años se ha producido lo que se ha llamado el "redescubrimiento" de la víctima por parte de las ciencias penales. Este redescubrimiento se manifiesta en muy diversos sectores. Por un lado, en el marco de la política criminal -respecto de la cual Maier dice que existe una verdadera "nueva ola" en relación con la figura de la víctima[7]-, pueden encontrarse tendencias tanto dirigidas a una mayor protección de la víctima por parte del ordenamiento penal como preocupadas por reducir la responsabilidad de aquellos sujetos que atentan contra los bienes de víctimas que son especialmente "descuidadas" con éstos. En el plano del Derecho procesal penal, se está desarrollando en algunos países un intenso debate acerca de las modalidades de intervención de la víctima en el proceso. Dentro del Derecho penal material, las consideraciones ligadas a la víctima van desde determinados aspectos de la legítima defensa, pasando por la relevancia que debe corresponder a la reparación de la víctima en el sistema de sanciones, hasta la cuestión del significado dentro del sistema general de imputación de la conducta de la víctima en el suceso que conduce a la lesión de sus bienes.

En el contexto de esta última cuestión -la relevancia de la conducta de la víctima para la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor-, la figura de la víctima constituye el objeto de preocupación de diversas construcciones dogmáticas que últimamente se agrupan bajo el rótulo de "victimodogmática". Estas aproximaciones ocupan una posición especial en comparación con otras aportaciones doctrinales[8], y ello por varios motivos: en

(4) Se muestran críticos frente a esta interpretación, desde la perspectiva empírica, por ejemplo, Mawby/Walklate, *Critical Victimology. International Perspectives*, London etc., 1994, p. 58 y ss., 62 y ss., 67 y s., para quienes un análisis de los sistemas de reacción "penal" de sociedades "primitivas" contemporáneas o pasadas, incluyendo los sistemas existentes en etapas históricas anteriores en las sociedades occidentales, parece indicar que los mecanismos de compensación "privados" (de los que se dice que otorgaban a la víctima una posición central) en realidad servían a la negociación entre determinados subgrupos sociales, siendo el interés dominante no la satisfacción de la víctima, sino el mantenimiento de la paz social dentro de la comunidad o de la situación de dominio de determinados grupos sociales: nada distinto de lo que se puede afirmar del Derecho penal moderno. Desde otro punto de vista -la teoría de la prevención general positiva-, establece un diagnóstico similar Jakobs, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, p. 10 y ss.

(5) Torío López, en: *Estudios en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, p. 716 y s.

(6) Eser, en: Ulrich Immenga *et al.* (ed.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1996, p. 1.020.

(7) En: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas* (n. 2), p. 183.

(8) Como pueden ser las soluciones basadas en el consentimiento de la víctima, en la distinción entre participación en una "autopuesta en peligro" impune y "heteropuesta en peligro" punible, en determinadas reformulaciones de la teoría de la causalidad ("interrupción del nexo causal", "concurrencia de culpas"); vid. sobre estas aproximaciones sólo Walther, *Eigenverantwortli-*

primer lugar, como se verá, más que de una formulación dogmática concreta para el problema de la intervención de la víctima, se trata de una tendencia, de una aproximación, de un modo de ver la figura de la víctima. En segundo lugar, esta configuración más bien difusa y amplia de las posturas victimodogmáticas viene motivada, sobre todo, por el hecho de que éstas constituyen una reacción dentro de la dogmática a una evolución iniciada en otras disciplinas distintas de la ciencia del Derecho. Y, en tercer lugar, este carácter en cierto modo difuso de la victimodogmática -que, por otra parte, aún se halla en sus inicios- es el que probablemente también constituye la razón por la que el debate sobre estas aportaciones en gran medida se ha realizado con argumentaciones más cercanas a las reflexiones de política criminal que a la discusión dogmática. En todo caso, las especiales características de la victimodogmática aconsejan seguir un método de exposición en el que se intenten esbozar los rasgos esenciales del panorama en el que surge la victimodogmática antes de abordar sus propuestas dogmáticas.

1.1 Victimología y victimodogmática

1.1.1 Victimología y sistema penal

En la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal española se hace referencia al conflicto de intereses subyacente al hecho penal: "En materia penal siempre hay dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse". Salta a la vista que esta concepción de lo penal deja de tomar en consideración a otro interviniente: a la persona física que es "sujeto pasivo" del delito y que suele denominarse "víctima". Ello, como es sabido, es expresión de un sistema de control social, el penal, que en el Estado moderno compete en exclusiva al Estado, superando así la venganza privada, reduciendo la importancia del papel de la víctima.[9] En coherencia con esto, también la ciencia dedicada al estudio empírico del fenómeno penal, la criminología, centró tradicionalmente su atención en la persona que realiza el comportamiento desviado, en el autor.[10]

chkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken, Freiburg im Breisgau, 1991, p. 7 y ss.; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992, p. 30 y ss., y próximamente Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, en prensa, §§ 4 a 7.

(9) Como ya se ha dicho, es ésta una afirmación que ha llegado a ser un lugar común en la bibliografía. Vid. sólo las reflexiones de García-Pablos de Molina, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3.ª edición, Valencia, 1996, p. 38 y ss. y Silva Sánchez, en: Consejo General del Poder Judicial (ed.), *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, p. 13 y s. En la ciencia penal, esta evolución es descrita ya desde hace tiempo. Cf., por ejemplo, en este sentido ya la interesante exposición de Kleinfeller (en: *Münchener Festgabe für Karl von Birkmeyer zum 27. Juni 1917*, Aalen, 1992 [reimpresión de las contribuciones aparecidas en GA 63 a 65 (1917/1918)], p. 131 y ss.), en la que muestra sobre la base del ejemplo de diversos ordenamientos de la Antigüedad y de la Edad Media la disminución de elementos de venganza, con la correspondiente pérdida de relevancia del comportamiento de la víctima en el sistema penal.

(10) Cf. por todos García-Pablos de Molina, *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid, 1988, p. 76; idem, *Criminología*[3] (n. 9), p. 39, 40.

Sin embargo, como acaba de decirse, viene produciéndose desde algún tiempo una evolución científica -y también en cierta medida, y en parte como consecuencia de ésta, legislativa- mediante la cual desde la perspectiva de la *criminología* tiene lugar un "redescubrimiento" de la víctima, naciendo incluso una nueva ciencia llamada *"victimología"*[11] que pretende sistematizar los conocimientos empíricos relativos a la víctima. No es muy claro cuál es el origen de esta corriente científica. Parece, sin embargo, que su surgimiento no es ajeno a determinadas tendencias de política criminal centradas en demandar una represión más eficaz de los comportamientos desviados y que resaltan la experiencia negativa sufrida por la víctima, sobre todo de delitos violentos[12]. Como se verá, el complejo "entorno" político-criminal tanto de la victimología como de sus repercusiones en el ámbito del Derecho penal es uno de los elementos que están determinando en mayor medida la discusión dogmática[13]. En todo caso, hay que resaltar ya en este momento que la investigación victimológica ha sido generada sobre todo en países en los que no hay o no había posibilidades de participación de la víctima en el proceso similares a la acción penal del perjudicado que el ordenamiento español sí reconoce.[14] Estas investigaciones criminológicas, por una parte, han empezado a repercutir dentro del ordenamiento penal sobre todo en la propuesta de determinadas medidas de atención a la víctima, y, especialmente, en el establecimiento de mecanismos de reparación.[15] Sin embargo, ya desde el ini-

(11) Cf. por todos las exposiciones de carácter general de Kiefl/Lamnek, *Soziologie des Opfers. Theorie, Methoden und Empirie der Viktimologie*, München, 1986, p. 56 y ss., 207 y ss.; García-Pablos de Molina, *Manual de criminología* (n. 10), p. 76 y ss.; idem, *Criminología*[3] (n. 9), p. 38 y ss.; Rodríguez Manzanera, *Victimología. Estudio de la víctima*, México, 1988, p. 14 y ss.; Kaiser, *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, 9.ª edición, Heidelberg, 1993, p. 309 y ss., 630 y ss.; Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Barcelona, 1993, p. 9 y ss.; Larrauri Pijoan, en: op. cit., p. 78 y ss. Sobre la evolución de la victimología, vid. sólo García-Pablos de Molina, *Criminología*[3] (n. 9), p. 40 y ss.; Schüler-Springorum, en: *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, p. 202 y ss.; Schneider, Jura 1988, p. 635 y s.; idem, *Einführung in die Kriminologie*, 3.ª edición, Berlin – New York, 1993, p. 304 y ss.; Rodríguez Manzanera, *Victimología*, p. 9 y ss.; Fattah, en: idem (ed.), *Towards a Critical Victimology*, New York, 1992, p. 29 y ss.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 8 y ss.; Tamarit Sumalla, *La reparación a la víctima en el Derecho penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales*, Barcelona, 1994, p. 116 y ss.; Herrera Moreno, CPC 1995, p. 489 y ss.

(12) En este sentido, por ejemplo, Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 14 y s., quien llega a la conclusión que las causas han de encontrarse en un cambio en el "clima político-criminal"; también advierte razones de política criminal Larrauri Pijoan, en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 79 y s.; García-Pablos de Molina (*Manual de criminología* [n. 10], p. 79 y s.), en cambio, parece atribuir el surgimiento de la victimología a los impulsos producidos en la evolución científica de la propia criminología; en sentido similar, Zipf (MSchrKrim 53 [1970], p. 1), para quien la victimología sólo pudo surgir una vez que la criminología hubo dado el paso desde la biología criminal a la sociología criminal.

(13) Cf. a continuación *infra* I. B.

(14) A través de la acusación particular, art. 101 en relación con arts. 109 y 783 LECrim.

(15) Se trata de las consecuencias, como es lógico, de una victimología especialmente orientada a fortalecer los derechos de la víctima (Larrauri Pijoan [en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n.

cio de estas investigaciones empíricas, también hubo autores que resaltaron, por otra parte, de algún modo la intervención de la víctima como factor determinante de su (co)rresponsabilidad en lo sucedido[16].

11), p. 79] denomina esta tendencia "nueva" victimología). Estas consecuencias se están concretando en intentos de fortalecer la posición de la víctima en el proceso, en el establecimiento de medidas de compensación, etc. (cf. sólo la información sobre la cuestión en varios países recopilada por Schneider, CPC 1988, p. 359 y ss., 375 y s. y por Bueno Arús, AP 1990 [n. 27], p. 297 y ss., 302 y ss.).

En lo que se refiere a las medidas de reparación, en los tiempos más recientes viene desarrollándose una discusión que ha trascendido del ámbito de las medidas legislativas más bien colaterales acabadas de mencionar y en la que se plantea la posible inclusión de la reparación como elemento autónomo en el ordenamiento penal; cf. sobre esto últimamente, por todos, Hirsch, ZStW 102 (1990), p. 534 y ss.; Roxin, en: Gunther Arzt *et al.* (ed.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 1992, p. 243 y ss.; Maier, en: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas* (n. 2), p. 198 y ss., 201 y ss.; Tamarit Sumalla, *La reparación a la víctima* (n. 11), *passim*; Schild, en: Ellen Schlüchter (ed.), *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds*, Lübeck, 1995, p. 157 y ss.; Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª edición, Madrid, 1996, p. 251 y ss.; Gracia Martín, en: idem (coord.)/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón, *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. 40 y ss., respectivamente, con ulteriores referencias.

(16) Cf. de momento sólo las exposiciones de Weigend, *Deliktsopfer und Strafverfahren*, Berlin, 1989, p. 389 y ss., y Schneider, CPC 1988, p. 373 y s.

1.1.2 Victimodogmática

En relación con la evolución aludida, también se advierte una mayor preocupación por la figura del sujeto que resulta lesionado por el comportamiento delictivo dentro de la dogmática jurídico-penal en sentido estricto.[17] Estas aportaciones dogmáticas al problema de la intervención del sujeto lesionado en la génesis del riesgo son hoy habitualmente agrupadas bajo la denominación de *victimodogmática*.[18] La cuestión central que ocupa a las aproximaciones victimodogmáticas es la de determinar en qué medida la "corresponsabilidad" de la víctima en lo sucedido puede tener repercusiones sobre la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor.[19]

En el contexto de este estudio, cabe destacar de modo preliminar -junto a la vinculación, en mayor o menor medida, de las aproximaciones "victimodogmáticas" a los estudios criminológicos o vic-

(17) Probablemente el primer estudio con componentes dogmáticos en esta dirección sea el de Schultz, ZStrR 71 (1956), p. 171 y ss., 184 y ss.; cf., sin embargo, ya el poco conocido trabajo de Kleinfeller, FG Birkmeyer (n. 9), p. 131 y ss., 190 y s., a favor de la creación de un criterio general de medición de la pena en atención a la incitación a la comisión del hecho por parte de la víctima.

(18) Los estudios "victimodogmáticos" vienen elaborándose sobre todo en los países de lengua alemana. En cuanto a la situación en España, tiene razón Silva Sánchez al afirmar (en: Beristain/de la Cuesta [ed.], *Victimología*, San Sebastián, 1990, p. 197) que "...no ha tenido lugar una discusión general, global" sobre la problemática, con la excepción notable, sobre todo, de los trabajos del propio Silva Sánchez.

(19) Así Roxin, *Strafrecht Allgemelner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrehenslehre*, 2.ª edición, München, 1994, 14/15.

timológicos[20]- como elementos característicos de este grupo de elaboraciones doctrinales dos rasgos externos comunes:

en primer lugar, se trata de aproximaciones que en comparación con otras posturas dogmáticas tienen un carácter más específico respecto del problema a tratar. Es decir, se trata de construcciones elaboradas específicamente para el fenómeno de la valoración de la posible incidencia del comportamiento de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor. En este sentido, se ha dicho con razón que la discusión "victimodogmática" no puede ser entendida como un mero desarrollo de los elementos legales de toma en consideración de la víctima que existían con anterioridad,[21] sino que constituyen una nueva fase, o, al menos, significan la adopción de una nueva perspectiva en la discusión doctrinal.

En segundo lugar, se trata de posturas que se enmarcan -a diferencia de lo que sucede con otras aproximaciones, generadas dentro de la discusión específica de la dogmática jurídico-penal- en un fenómeno cuya amplitud excede con mucho del campo de la dogmática de la Parte General del Derecho penal material: se refiere también a la Parte Especial del Derecho penal, a los planteamientos criminológicos, a la concepción del proceso penal. Sobre la amplitud del fenómeno ha dicho Schünemann que el hecho de que la víctima esté "de moda" en tan variados campos es el "fenómeno más extraordinariamente sorprendente en la evolución de la discusión científica y de política legislativa relativa al comportamiento desviado en los últimos 15 años".[22]

1.1.3 Proceso penal

Ha de decirse de entrada que la evolución en el campo del Derecho penal material, por un lado, y en el del Derecho penal procesal,[23] por otro, parece discurrir por derroteros distintos que sólo tienen en común el *topos* de la víctima.[24] Incluso se ha llegado a afirmar que desde la perspectiva de ésta, las tendencias que se pueden observar en el Derecho penal material y en el procesal son contrapuestas: dentro del Derecho penal material, conllevan un "debilitamiento" de la

(20) También desde el otro lado, es decir, por parte de los victimólogos, se afirma que la victimología debe repercutir en el Derecho penal. Sin embargo, no se han formulado desde la victimología propuestas más concretas acerca de cómo ha de influir esta disciplina en el Derecho penal material (cf. la crítica en este sentido de Arzt, MSchrKrim 67 [1984], p. 108).

(21) Neumann, en: W. Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik* (n. 2), p. 227.

(22) NStZ 1986, p. 194; para García-Pablos de Molina (en: José Luis de la Cuesta *et al.* [comp.], *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Donostia-San Sebastián, 1989, p. 193) "asistimos... a un irreversible proceso histórico" en este ámbito; cf. también Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 13 y ss.

(23) Sobre la discusión en cuanto al proceso penal, cf., por todos, Jung, ZStW 93 (1981), p. 1147 y ss.; Weigend, ZStW 96 (1984), p. 761 y ss., exhaustivamente, idem, *Deliktsopfer und Strafverfahren* (n. 16), *passim*; Gutiérrez-Alviz y Conradi, PJ n. 18, p. 79 y ss.; Correra/Riponti, *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale. Un approccio criminologico*, Padova, 1990, p. 42 y ss., 97 y ss.; Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 43 y ss.; Larrauri Pijoan, op. cit., p. 102 y ss.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 129 y s., 135 y ss.; Maier, en: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas* (n. 2), p. 214 y ss.

(24) En este sentido se pronuncia W. Hassemer, en: Günter Kohlmann (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, tomo II, Köln, 1983, p. 231.

posición de la víctima, mientras que en el ámbito procesal más bien están dirigidas a fortalecer a la víctima[25]. Desde luego, parece precipitado identificar toda valoración del comportamiento de la víctima en el ámbito penal material con un "debilitamiento" de su posición, al igual que no toda participación de la víctima en el proceso penal equivale a un fortalecimiento de sus intereses (sacrificando los del autor). Pero sí es cierto que existe una desconexión muy notable entre la discusión en el ámbito del Derecho procesal y la de la dogmática del Derecho penal material.

De hecho, sólo así -aún teniendo en cuenta las diferencias entre los ámbitos procesal y material- puede explicarse que quien quizás puede ser considerado el más destacado defensor de la relevancia de la figura de la víctima en el Derecho penal material desde la perspectiva de la victimodogmática,[26] Schünemann, sea extremadamente crítico con los intentos de fortalecer la posición de la víctima en el proceso penal. En este sentido, puede que sea de interés examinar con cierto detenimiento los argumentos de Schünemann. Pues a modo de ejemplo quizás este examen -dado el peso de este autor en el tratamiento de la cuestión en el ámbito de la dogmática del Derecho penal material- resulte revelador de las "pasiones" político-criminales que la irrupción de la victimología ha despertado en la doctrina jurídica[27]. En efecto, la decidida crítica de Schünemann a ciertos intentos desarrollados en Alemania para introducir algunos derechos (sobre todo, de información sobre el procedimiento, de peticiones de prueba y de asistencia letrada) de la víctima en el proceso (afirma Schünemann que podría producirse un claro desequilibrio a favor de los intereses de retribución de la víctima, por lo que deben ser rechazados los mencionados derechos procesales de ésta como "retroceso atávico",[28] "punto de partida reaccionario"[29]) puede parecer algo incoherente. De hecho, estos intentos no se aproximan ni con mucho a la situación de *lege lata* en el ordenamiento penal español, que conoce, como es sabido, amplias posibilidades de participación de los ciudadanos (ofendidos o no) en el proceso penal.[30] En efecto, la contunden-

(25) Neumann, en: W. Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik* (n. 2), p. 226.

(26) Cf. *infra* II. A.

(27) Cf. sobre esto *infra* I. B.

(28) NStZ 1986, p. 196.

(29) NStZ 1986, p. 197.

(30) Cf., por ejemplo, Moreno Catena, en: Gimeno Sendra/Moreno Catena/Cortés Domínguez: *Derecho Procesal. Proceso Penal*, Valencia, 1993, p. 153 y ss.; Muerza Esparza, en: De la Oliva Santos/Aragoneses Martínez/Hinojosa Segovia/Muerza Esparza/Tomé García, *Derecho procesal penal*, 1.ª reimpresión, Madrid, 1994, p. 132 y ss. En cuanto a la regulación portuguesa, en la que la víctima tiene una notable influencia sobre el desarrollo de los procedimientos seguidos por determinados delitos y puede intervenir, además, como "asistente procesal" del Ministerio Público, vid. sólo la información ofrecida por Crucho de Almeida, RPCC 3/1 (1993), p. 110 y ss., 114 y ss. Sobre la situación en Alemania, en donde entretanto han sido trasladados los intentos de reforma mencionados en el texto al ordenamiento jurídico vigente mediante la Primera Ley para la Mejora de la Posición del Ofendido en el Proceso Penal o Ley de Protección a la Víctima (*Erstes Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren = Opferschutzgesetz*, de 18 de diciembre de 1986) informan, por ejemplo, Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 24.ª edición, München, 1995, p. 446 y ss.; Jung, JuS 1987, p. 157 y ss.; Schneider, CPC 1988, p. 362 y ss. e idem, ÖJZ 1990, p. 15 y s.; Gutiérrez-Alviz y Conradi, PJ n. 18, p. 87 y ss.; sobre los cambios -muy similares a los adoptados en Alemania- operados en el Derecho procesal penal italiano por medio del Código de

te crítica de Schünemann a estas propuestas crea un fuerte contraste con su apoyo, igualmente contundente, al recorte de la intervención penal mediante la "victimodogmática", apoyo que se extiende también a las voces favorables a introducir un procedimiento de conciliación sustitutivo del proceso penal[31] o a la ampliación de los delitos perseguibles a instancia de parte[32].

Está claro que de este modo se obtiene una propuesta de conjunto gravemente desequilibrada: por un lado, se pretende que el comportamiento de la víctima decida sobre la intervención penal, bien en Derecho penal material mediante la victimodogmática, o bien mediante facultades de disposición procesales más amplias. Pero por otra parte, se descalifica a la presencia (mínima, por otra parte, en las propuestas criticadas por Schünemann) de esta misma víctima en el proceso como principio del fin del sistema penal, como "atávica" y "reaccionaria".[33] Dicho sea de paso que estas afirmaciones, desde la perspectiva del Derecho procesal vigente en España, no pueden más que parecer algo extrañas, pues del carácter público de la acción penal en nuestro ordenamiento se ha dicho que es "uno de los mayores logros de nuestra Ley, incluso superior a países de nuestro entorno cultural".[34] Y si bien esta apreciación, como es lógico, es discutible, desde luego no parece razonable pensar que las instituciones jurídico-procesales españolas en cuestión formen parte de un sistema "atávico".

La incoherencia es palmaria: si debe valorarse el comportamiento de la víctima para poder determinar si siquiera hay un comportamiento punible, como sostienen los partidarios de la victimodogmática, ¿por qué esta víctima no puede estar presente en el proceso en el que ha de producirse esta valoración de su comportamiento?; si se propone que la víctima disponga (mediata o directamente, a través de su participación en un procedimiento de conciliación o en el ejercicio de la instancia de parte) sobre la iniciación del proceso, ¿por qué razón esta víctima no debe participar de ningún modo en el proceso?.[35]

1.1.4 La posición de la víctima en el sistema penal y la victimodogmática

Si se toma en consideración la repercusión que puede tener sobre los pilares

procedimiento penal de 1988, cf. la exposición de Correra/Riponti, *La vittima* (n. 23), p. 97 y ss. y anexo n. 6.

(31) Sobre las distintas posibilidades que se proponen en este campo, así como de las experiencias ya llevadas a la práctica en distintos países, informan, por ejemplo, Neumann, en: W. Hassemer, *Strafrechtspolitik* (n. 2), p. 241 y ss.; Roxin, RuP 1988, p. 76; Schneider, ÖJZ 1990, p. 16 y ss. y Jung, MSchrKrim 76 (1993), p. 50 y ss.

(32) Schünemann, NStZ 1986, p. 196.

(33) En contra de la postura de Schünemann, desde la perspectiva jurídico-procesal, Schneider, CPC 1988, p. 366. Ya se había pronunciado con anterioridad en favor de la ampliación de la intervención de la víctima en el proceso penal -destacando la perspectiva del control de la actividad de la fiscalía, órgano que, como es sabido, tiene un protagonismo muy superior en la fase instructoria en el ordenamiento alemán que en el español- Jung, ZStW 97 (1981), p. 1165 y s.; manifiesta, sin embargo, temores similares a los formulados por Schünemann, si bien de modo más matizado, Roxin, *Strafverfahrensrecht*[24] (n. 30), p. 446 y s., 461.

(34) Gutiérrez-Alviz y Conradi, PJ n. 18, p. 80.

(35) También señala que no puede desvincularse la evolución en el campo jurídico-procesal de la situación en el ámbito del Derecho penal material Jung, ZStW 97 (1981), p. 1175 y s.

básicos del sistema penal una redefinición del papel de la víctima, no es extraño que aquellas construcciones que quieran modificar de manera global el peso de la víctima produzcan verdaderas conmociones en ámbitos tan variados como los reseñados en las páginas anteriores. Pues de hecho -por ejemplo, situando la cuestión en el ámbito sistemático de los fines del Derecho penal-, en el moderno sistema del Derecho penal, centrado en fines bien preventivo-especiales y/o preventivo-generales, la contraposición de intereses tiene lugar en lo fundamental, como expresa la frase antes transcrita de la Exposición de Motivos de la LECrim, entre sociedad (interés de prevención-integración)[36] y sujeto infractor (interés en minimizar los efectos desocializadores de la pena). Los posibles intereses de la víctima en el castigo del autor se hallan disueltos en la protección de bienes jurídicos.[37] Este papel marginal parece congeniar de modo especial con una determinada concepción "unilateral" del injusto y de la norma jurídico-penales, concepción centrada exclusivamente en la relación entre sujeto activo y ordenamiento jurídico.[38] Por ello, parece que el impulso dado por la victimología al mostrar que la víctima de hecho "no es siempre un mero objeto pasivo sobre el que 'casualmente' recae el delito, sino que en ocasiones éste es producto de una cierta interacción entre el autor y ella misma"[39], necesariamente ha de producir algún efecto sobre los fundamentos mismos del sistema penal en su conjunto.

Dentro del abanico de movimientos doctrinales aludido, en el campo concreto de la dogmática penal, la tendencia teórica agrupada bajo la denominación de "victimodogmática", en palabras de Silva Sánchez, "trata de examinar hasta qué punto (y en qué términos) el reconocimiento de la existencia -en algunos supuestos delictivos- de víctimas que contribuyen al hecho delictivo puede conducir a afirmar que éstas son corresponsables del mismo (por haber contribuido a él con actos dolosos o imprudentes) y, seguidamente, influir -

(36) Claro está que la cuestión podría formularse de otro modo: estableciendo una contraposición entre "víctima(s) potencial(es)" (= sociedad) y "víctima actual" o "concreta"; en este sentido, Seelmann, JZ 1989, p. 670 y ss. Neumann (en: W. Hassemer [ed.], *Strafrechtspolitik* [n. 2], p. 226) afirma incluso que en el desarrollo histórico del sistema penal la marginación de la víctima (concreta) se produjo al asumir el Estado la posición de "víctima" de todo delito; cf. también Herrera Moreno, CPC 1995, p. 485 y s.

(37) En el pensamiento del bien jurídico, la víctima es una "construcción" sin sustancia; pues este pensamiento no persigue la protección de la víctima, sino -como concepto crítico- la protección de la libertad general de actuación frente a un control penal ilegítimo (así en la concepción de Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 221); cf. también las consideraciones de Jung, ZStW 93 (1981), p. 1151; Schünemann, NStZ 1986, p. 193 y ss.; Seelmann, JZ 1989, p. 670; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 21; Herrera Moreno, CPC 1995, p. 486 y ss., y, de modo exhaustivo, Eser, FS Mestmäcker (n. 6), p. 1005 y ss., 1011 y ss. Cf. también *infra* II. B. En este contexto, la víctima es, en palabras de García-Pablos de Molina, una figura marginal, una "abstracción jurídica" (García-Pablos de Molina, LH Beristain [n. 22] , p. 193; idem, *Criminología*[3] [n. 9], p. 40), "ha perdido su caso, [asumiéndolo] el Estado" (Christie, BritJCrim 17 [1977], p. 3), está "'cosificada'... [como] una mera parte de la realidad objetiva" (Correra/Riponti, *La vittima* [n. 23], p. 6) y recibe tan sólo una "tutela despersonalizada" (Mantovani, *PG* [n. 3], p. 233).

(38) Así lo señala Silva Sánchez, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 79.

(39) Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 16; cf. también García-Pablos de Molina, LH Beristain (n. 22), p. 195.

en sentido atenuatorio o incluso eximente- en la responsabilidad criminal del autor".[40]

1.2 Victimodogmática y política criminal

1.2.1 Distintos significados político-criminales

Sin embargo, antes de pasar a la exposición y análisis de las propuestas victimodogmáticas, es inexcusable una breve referencia a las *muchas vertientes político-criminales* que el fenómeno más amplio y general de las *"aproximaciones victimológicas"* presenta. Pues sin tener en cuenta este carácter proteico, del que participan las elaboraciones de la victimodogmática en lo que se refiere a sus repercusiones político-criminales, difícilmente podrán valorarse correctamente los frentes -y, a veces, enfrentamientos- que se han producido en la discusión dogmática. En este sentido, hay que señalar que la discusión político-criminal sobre la posición de la víctima se ha disparado con la aparición de la perspectiva que se autodenomina "victimodogmática". De hecho, como se verá, gran parte de los argumentos que se emplean a favor o en contra de las aproximaciones victimodogmáticas no son estrictamente dogmático-sistemáticos, sino claramente político-criminales. Llama la atención que esta viva discusión no se haya producido -al menos con tal protagonismo como es aquí el caso- respecto de los instrumentos dogmáticos utilizados antes del surgimiento de la victimodogmática, instrumentos que existían y existen tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.[41]

Y quizás la explicación de esta diferencia esté en que en el caso de los intrumentos "tradicionales", la cuestión se planteaba en cierto grado de modo encubierto, bajo la apariencia de su integración en el sistema técnico-jurídico. Frente a ello, la victimodogmática se presenta de modo abierto, pone las cartas encima de la mesa y pretende aportar algo nuevo: una solución específica al problema de la intervención de la víctima, y ello en compañía del estruendo político causado por algunos de los movimientos de protección a las víctimas. En todo caso, el hecho de que la discusión político-criminal haya surgido sobre todo en este ámbito de la victimodogmática hace aconsejable referise a ella de modo especial en este lugar.

En particular, hay que señalar ya ahora respecto de esta discusión que resulta difícil desentrañar cuando los argumentos en cuestión se refieren a las repercusiones político-criminales de determinada construcción dogmática referida a la *lex lata* -siendo así como se conciben las aportaciones que aquí serán objeto de examen- y cuando se trata de argumentos y contraargumentos relacionadas ya con una modificación del *status quo* normativo. Muestra de ello es que uno de los argumentos que se manejan en la discusión es precisamente la afirmación de que tal o cual propuesta dogmática ya abandona los límites del Derecho positivo. En todo caso, lo cierto es que las reflexiones introducidas en la discusión que a continuación se aborda de modo sucinto, si bien -como antes se ha dicho- se han presentado de modo prácticamente exclusivo en relación con la victimodogmática, también pueden estar presentes de modo subyacente en otras aproximaciones dogmáticas que parecen más impermeables a la argumentación político-criminal que la victimodogmática.

(40) LH Beristain (n. 22), p. 634 y s. (= CGPJ [ed.], *Victimología* [n. 9], p. 18); cf. también idem, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 81.

(41) Cf. las referencias en n. 8.

La reivindicación de una mayor atención a la víctima en el sistema penal puede tener varias vertientes político-criminales, dependiendo del ángulo que se adopte. Puede decirse a grandes rasgos que en el campo de la victimología convergen valoraciones contrapuestas, que pueden sintetizarse en dos grandes direcciones: exigir responsabilidad a la víctima por su intervención en el hecho que condujo a su lesión (posiblemente, disminuyendo la del autor) o resaltar la figura de la víctima, sus intereses olvidados (posiblemente, aumentando la punición del autor).[42] En este sentido -desde la perspectiva del tratamiento penal propuesto para el autor-, se ha dicho con razón que en este ámbito es "llamativa la convergencia de consideraciones liberales y represivo-autoritarias".[43] De hecho, parece que muchas aportaciones victimológicas recientes están más orientadas a alcanzar objetivos prácticos de política criminal que a profundizar en aspectos cognoscitivos. En este contexto, es frecuente ver en ciertos medios de comunicación descripciones terroríficas de víctimas destrozadas y escarnecidas por los autores de infracciones criminales, en contraste con esos mismos autores sonrientes que no sufren castigo alguno. Estas corrientes con razón han sido denominadas "victimagógicas".[44] Antes de volver a esta problemática, pueden enumerarse las siguientes perspectivas político-criminales:

La *primera consecuencia* de política criminal puede estar, en el ámbito previo a la intervención del sistema penal propiamente dicho, en propugnar medidas de autoprotección de la víctima para evitar su "victimización".[45] Ante esto cabe preguntarse, llevando la cuestión al extremo, si no supone un fracaso anticipado del sistema penal el que los ciudadanos vean coartadas sus libertades por medidas de autoprotección: en última instancia la victimización se evita con mayor seguridad convirtiendo la morada en una fortaleza y evitando todo contacto social.[46] En este sentido, puede llegarse a una situación en la que en vez de estigmatizar el abuso de confianza que -dicho en términos amplios- el delito implica por medio de la pena, se suprima esta confianza misma imponiendo medidas de seguridad preventivas a la víctima.[47] De hecho, desde la perspectiva empírica de la victimología se ha señalado que los miedos existentes frente a la posibilidad de convertirse en víctima de un delito con frecuencia no se corresponden con la realidad estadística,

(42) Cf. Schüler-Springorum, FS Honig (n. 11), p. 209.

(43) Weigend, ZStW 96 (1984), p. 763, nota 13.

(44) Así Dünkel, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 179.

(45) Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 18; sobre la "victimización" (primaria) desde la perspectiva criminológico-victimológica, cf. Kiefl/Lamnek, *Soziologie des Opfers* (n. 11), p. 170 y ss.

(46) Cf. sobre estos riesgos, por ejemplo, el extremadamente sombrío panorama trazado por Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981, p. 206 y ss.; vid. también en sentido similar las consideraciones de Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 122 y ss.; ahora también Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª edición, Berlin, 1996, § 25 v. 2.

(47) Así lo teme Ebert, JZ 1983, p. 643; cf. también las consideraciones en similar dirección de W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 232; Roxin, *Política criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal)*, Barcelona, 1992, p. 69 y s.; vid. ahora -a partir de la quinta edición de esta obra- también Jescheck/Weigend, *AT*[5] (n. 46), § 25 V. 2.

sino que son superiores al riesgo realmente existente.[48]

Si esta reivindicación, en *segundo lugar* y ya en el campo de la política criminal relativa al sistema penal, se produce como reacción a un sistema penal centrado en cuanto a los fines de la pena exclusivamente en la atención al autor, en su resocialización, tendrá el sentido de reclamar una mayor satisfacción al daño producido a la víctima: a un incremento del ámbito de lo punible[49], enlazando por tanto con los en esta cuestión tan socorridos -al menos para determinados sectores políticos- planteamientos de *ley y orden*[50]. Así, se ha dicho con razón[51] que la vinculación de los intereses de la víctima con las concepciones de *law and order* forma parte de las "interpretaciones erróneas casi 'clásicas' en política criminal".[52]

Ha de tenerse en cuenta ya en un plano interno de esta argumentación -además de las evidentes objeciones que pueden plantearse de principio a estas posturas- que la legislación "a golpe de telediario", en este caso, incrementando las penas por la "impresión social" producida por la asunción emocional de la perspectiva de la víctima, puede producir efectos exactamente contrapuestos a los perseguidos: el establecimiento de marcos penales elevados puede conducir a que en la práctica los órganos de la Administración de Justicia establezcan mecanismos especialmente selectivos de persecución penal,[53] es decir, que en realidad estas posturas pueden producir una mayor desprotección real de la víctima.[54] Y también debe advertirse que una atención unilateral a la víctima, a la lesión que ha sufrido, puede generar "tendencias (político-criminales) utópicas de individualización",[55] al pensarse por parte de algunos victimólogos que en el marco del sistema jurídico-penal resulta posible adecuar la respuesta penal al daño generado en cada caso concreto. Otra de las vertientes que ha de tenerse en cuenta en esta cuestión es que la imposición -con garantía penal- de amplios deberes de velar por la seguridad de otros (de las potenciales víctimas) puede implicar una actitud de tutela paternalista hacia la víctima, contraria su desarrollo e incompatible con la con-

(48) Cf. sólo Fattah, en idem: (ed.), *Towards a Critical Victimology* (n. 11), p. 42 y s.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 23 y ss.

(49) Así W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 228 y ss.; idem, *Grundlagen* (n. 1), p. 71 y s.

(50) En este sentido, por ejemplo, Sessar, en: Theo Vogler *et al.* (ed.), *Festschrift für HansHeinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, tomo II, Berlin, 1985, p. 1150; Larrauri Pijoan, en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 79 y s.

(51) Jung, ZStW 93 (1981), p. 1176, nota 101.

(52) Desde la perspectiva de la criminología, cf. sobre esta cuestión, por todos, García-Pablos de Molina, *Manual de criminología* (n. 10), p. 97 y ss. y Schneider, *Einführung in die Kriminologie* (n. 11), p. 321 y s. Cf., además, las referencias de Fattah (en: idem [ed.], *Towards a Critical Victimology* [n. 11], p. 5 y ss., 8 y ss., 11 y s.) sobre ciertos efectos producidos en el sistema penal estadounidense por medio de la instrumentalización de los intereses de las víctimas por sectores políticos conservadores (reducción de la posibilidad de conceder libertad bajo fianza o condena condicional, elevación de los marcos penales, supresión de beneficios penitenciarios, incremento de los supuestos de imposición y ejecución de la pena de muerte, etc.).

(53) Cf. el análisis de Frommel (MSchrKrim 68 [1985], p. 353 y ss., 358, 359) de esta cuestión.

(54) Cf. Silva Sánchez, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 233.

(55) Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 120 y s.

sideración de la víctima como sujeto responsable.[56]

Si la introducción de la figura de la víctima, por el contrario y en *tercer lugar*, tiene lugar resaltando el carácter responsable de ésta, la valoración dogmática de su contribución al hecho tendrá el sentido político-criminal de reducir el ámbito de lo punible.[57]

Esta valoración dogmática podrá ser tildada, por un lado, de formar parte de las "tendencias de privatización"[58] si va acompañada de un planteamiento conforme al cual la víctima "responsable" debe poder decidir en alguna medida acerca de la relevancia jurídico-penal del suceso, en atención a qué valoración le merece la lesión que ha sufrido. Está claro que esta "restitución del conflicto" a los sujetos inmediatamente afectados (utilizando la conocida formulación de Christie[59]), acabaría por significar un abandono del concepto de víctima propio del Derecho penal, al no tener éste ya el poder de definición, sino la propia persona afectada por el hecho delictivo.[60] Y si es la propia víctima quien puede decidir si se considera a sí misma "víctima" en el sentido jurídico-penal, correlativamente dispone también sobre la definición de "delito". Visto desde la perspectiva del autor, puede pensarse que al confiar éste en escapar a la persecución penal llegando a un "arreglo" con la víctima, desaparecería todo efecto preventivo del ordenamiento penal;[61] en suma, se generaría un panorama muy distinto del que conocemos en la actualidad. Claro está también

(56) En este sentido, por ejemplo, ya Exner, en: August Hegler *et al.* (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, tomo I, Tübingen, 1930, p. 590; Naucke, en: Lüderssen/Sack (ed.), *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 1*, Frankfurt am Main, 1975, p. 340 y s. [respecto de la cuestión de la relación entre engaño y error en la estafa]; también en este sentido Puppe, en: Ulfrid Neumann/Heike Jung (ed.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1.ª edición, Baden-Baden, 1995, n.m. 178 previo a los §§ 13 y ss.

(57) En este sentido dice Eser que "no cabe evitar la impresión de que la víctimodogmática en su conjunto es una especie de programa de exoneración del autor" (FS Mestmäcker [n. 6], p. 1022, nota 112).

(58) Vid. sobre esto, desde distintas perspectivas, sólo W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 226; idem, *Grundlagen* (n. 1), p. 77 y s.; Neumann, en: W. Hassemer, *Strafrechtspolitik* (n. 2), p. 249 y ss.; Maier, en: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas* (n. 2), p. 195 y ss.; Bovino, *ibidem*, p. 262 y ss.; Eschweiler, *Beteiligung an fremder Selbstgefährdung*, Bonn, 1990, p. 125; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 21; Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 27; Gössel, GA 1995, p. 382. En opinión de Tamarit Sumalla (*La reparación a la víctima* [n. 11], p. 119 y s.), esta tendencia reprivatizadora so sólo está en la base de las corrientes victimodogmáticas, sino que constituye también el fundamento último de los programas de compensación-reparación (cf. en el mismo sentido también Gracia Martín, en: idem [coord.]/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón, *Las consecuencias jurídicas del delito* [n. 15], p. 45). Llama la atención, por otro lado, sobre el hecho de que la reprivatización puede significar también un debilitamiento de las garantías pensadas para el autor Silva Sánchez, AP 1996, p. 250. Sobre las tendencias abolicionistas en general, cf. sólo la exposición de Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 18 y ss.

(59) En BritJCrim 17 (1977), p. 1 y ss., 10 y ss. Cf. sobre la evolución en EEUU en esta dirección, críticamente, Weigend, ZStW 96 (1984), p. 772 y ss.; cf. también Jung, MSchrKrim 76 (1993), p. 50 y ss.

(60) Así lo señala Seelmann, JZ 1989, p. 673.

(61) Cf. Roxin, RuP 1988, p. 70.

que esta visión que propugna una deestatalización de los mecanismos de solución de conflictos admite una versión algo distinta del programa de Christie (quien parece estar sobre todo preocupado por la ineficacia del aparato burocrático de la Administración de Justicia). En efecto, quizás puede establecerse cierta conexión entre las posturas que sostienen que el hecho penal es esencialmente un "conflicto privado" y que como tal debe ser resuelto por medio de procedimientos más cercanos a las "bases" sociales y la idea de que en todo caso se trata de un conflicto sin responsable, es decir, de que "la sociedad es la culpable".[62] Esto quizás sea exagerar las perspectivas del punto de vista "reprivatizador" en este ámbito, pues, de hecho, como dice con razón Silva Sánchez,[63] este argumento *ad absurdum* podría aplicarse con igual razón a otras muchas construcciones dogmáticas fundadas de algún modo en la atribución de "responsabilidad" al "medio" (a la sociedad) en vez de al autor del hecho. Dicho de modo sintético en lo que se refiere al campo dogmático: no todo intento de introducir a la víctima en el sistema esconde una intención abolicionista.

El punto de partida en el carácter "responsable" de la víctima, por otro lado, también puede constituir la base de un planteamiento en el que la figura de la víctima aparece como uno de los sujetos a los que debe atribuirse el suceso. A este punto de vista se le reprochará que favorece la política de *blaming the victim*[64] (consecuencia: "victimización secundaria"[65]), se le acusará de preparar el retorno al derecho del más fuerte,[66] a la moral del "salvaje oeste".[67]

1.2.2 ¿Sanciones a las víctimas?

Llevando esta última reflexión a su último extremo -y, ahora sí, ya claramente en el plano de la política legislativa-, podría pensarse en que no sólo hay que privar a la víctima de protección *ex post* -recortando en alguna medida la sanción penal a quien la ha lesionado-, sino

(62) Así las consideraciones críticas de Hillenkamp, *Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat – einige Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Viktimologie und Dogmatik*, (Juristische Studiengesellschaft Hannover Heft 9), Bielefeld, 1983, p. 15, y, en sentido similar, Ebert, JZ 1983, p. 641; Mantovani, *PG* [n. 3], p. 233 y s.; sobre la postura abolicionista desde una perspectiva general, cf. sólo Silva Sánchez, *Aproximación* (n. 58), p. 18 y ss., 20 y ss.

(63) En: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 34 y s.

(64) Sobre ello Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 19 y ss., 33 y ss. Específicamente desde la perspectiva criminológica sobre este fenómeno en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, Henry/Beyer, MSchrKrim 68 (1985), p. 340 y ss., 344 y ss.; cf. también el acertado análisis y crítica de Landrove Díaz (en: Beristain/de la Cuesta [ed.], *Victimología* [n. 18], p. 189 y ss.) de la tristemente famosa SAP Pontevedra 27.02.1989, que constituye un caso paradigmático -y verdaderamente odioso- de culpabilización de la víctima; vid., por lo demás, las exhaustivas referencias en Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 199 y ss.

(65) Cf., entre otros muchos, Kiefl/Lamnek, *Soziologie des Opfers* (n. 11), p. 239 y ss.; Schneider, Jura 1988, p. 638 y s.; Landrove Díaz, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 187 y s.; Correra/Riponti, *La vittima* (n. 23), p. 62 y ss.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 32 y ss., 37 y ss.

(66) Así muy señaladamente Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 17 y s.

(67) En este sentido respecto de la idea de la autoprotección de la víctima como criterio determinante en el caso del delito de estafa Frommel, Streit 1/1988, p. 38.

incluso amenazarla de pena a efectos preventivos: existen de hecho en la doctrina ciertas reflexiones que podrían considerarse como pertenecientes a una *"victimo-política (criminal)*[68] y que se ocupan no ya sólo de la conveniencia de reducir la punibilidad de los autores en supuestos en los que la víctima hubiese podido tomar medidas de autoprotección, sino de la posibilidad -que puede parecer absurda a primera vista- de utilizar una *sanción* a la víctima como medida político-criminal para evitar la comisión de delitos,[69] pudiendo consistir esta sanción en una retirada significativa de la protección penal o incluso en una "sanción" en sentido estricto. En este sentido, por ejemplo, Arzt[70] ha afirmado que es "...más sincero amenazar con una pena de bagatela a la 'víctima' del hurto de su coche cuando no había tomado medidas de seguridad respecto de su vehículo, que gravarla de manera mucho más fuerte retirándole la protección del seguro". Puede que este planteamiento sea más "sincero", o más coherente desde el punto de vista meramente económico: pero también está claro que esta idea no cuadra con el modelo establecido de Derecho penal. Pues es evidente que -con independencia de que fueran adecuadas tales medidas de "punición de la víctima" desde el punto de vista político-criminal (exclusivamente en el sentido funcional de la efectividad para la prevención de delitos)[71]- en todo caso servirán a la protección de *otros* intereses distintos a los de la víctima[72], es decir, se obligaría a la víctima a la autoprotección (bajo pena) en interés de futuras-potenciales víctimas, instrumentalizando a la víctima "descuidada" como refuerzo a la prevención. Así se expresa abiertamente cuando se le atribuye a la víctima una misión de prevención:

"...es injusto dejar de tener en cuenta la conducta de la víctima en los procedimientos penales, pues teniendo en cuenta la mayor probabilidad de que las víctimas descuidadas (en relación con las precavidas) se conviertan realmente en víctimas de hechos delictivos, los costes de la protección de víctimas descuidadas son superiores a los de la protección de víctimas cuidadosas. Por lo tanto, en el sistema actual, las víctimas precavidas son explotadas para proteger a las descuidadas".[73]

Esta problemática muestra, en todo caso, hasta qué punto en el ámbito general de los conceptos de "víctima" y "autor" se produce una enorme con-

(68) La expresión es de Ebert, JZ 1983, p. 633.

(69) Cf. el incisivo estudio de Harel (CalLR 82 [1994], p. 1181 y ss.), en el que desde la perspectiva del Derecho anglosajón -especialmente, el de los EEUU- se extraen las consecuencias últimas de esta perspectiva en cuanto a la fundamentación del Derecho penal: el sistema penal como mecanismo de protección a las potenciales víctimas (loc. cit., p. 1182 y *passim*), estando, por lo tanto, dirigido tanto a las víctimas como a los autores (loc. cit., p. 1185 y *passim*; cf. la crítica de este planteamiento aquí *infra* II. B. 4.). Cf. también, por todos, la exposición de Ebert (JZ 1983, p. 634 y s.) sobre la cuestión de los hurtos en grandes superficies de venta y sobre la de las detenciones ilegales con petición de rescate, exposición que demuestra que no es tan absurda la idea como pudiera parecer a primera vista, o, al menos, que encuentra defensores.

(70) MSchrKrim 67 (1984), p. 116 y s., nota 53.

(71) Parece claro que desde tal ángulo exclusivamente funcional "...a veces es más realista intentar cambiar el comportamiento de la víctima" que el del autor (Pittaro, IP 1977, p. 594); cf. también la acertada crítica de Ebert, JZ 1983, p. 643.

(72) Ebert, JZ 1983, p. 642 y s.

(73) Harel, CalLR 82 (1994), p. 1183; sobre el punto de vista de Harel cf. también *infra* II. B. 4.

fusión[74] y también la necesidad de una reflexión acerca de la incardinación de la figura de la víctima no sólo en instituciones dogmáticas concretas, sino en los fundamentos mismos del Derecho penal.

1.2.3 Blaming the victim – "blaming the committer"*: el dilema victimológico*

Sin embargo, es evidente que si no se tiene en cuenta una intervención relevante de la víctima en el acontecer que conduce a la lesión de sus bienes jurídicos, se estará incrementando automáticamente la punibilidad del autor por encima del nivel adecuado, pues parece que la perspectiva exclusiva del interés de protección de los bienes jurídicos conlleva una tendencia expansiva en cuanto al ámbito de lo punible. Es decir, que se produciría un correlativo, valga la expresión, "*blaming the committer*" (excesivo).[75] Se plantea, entonces, un verdadero "dilema de los argumentos victimológicos" o "*dilema victimológico*": si la intervención del titular del bien jurídico afectado no es tenida en cuenta, se producirá un castigo en exceso al autor; si la relevancia atribuida a esa aportación es exagerada, se estará culpabilizando injustificadamente a la víctima.[76]

1.2.4 Victimología y dogmática

En atención a esta protecidad político-criminal de la cuestión parece evidente - así puede anticiparse- que el punto de arranque contextual de las aproximaciones victimodogmáticas, esto es, el redescubrimiento de la víctima en las investigaciones empíricas de la victimología, por sí mismo no aporta mucho a la resolución de los problemas jurídicos que la materia plantea: pues por un lado, son precisamente los victimólogos los que temen que la victimología acabe convirtiendo en autores a las víctimas; el hecho de que la victimología como ciencia se ocupe de las víctimas no significa, desde luego, que quiera culparlas.[77] Por otro lado, en el momento actual los objetos de investigación de la victimología son completamente distintos de las preocupaciones dogmáticas de la victimodogmática.[78] De hecho, se puede decir que en muchos casos la vinculación entre victimodogmática y victimología se agota en una mera coincidencia terminológica, en la utilización de la victimología como etiqueta.[79]

(74) Cf. sobre esto *infra* II. B.

(75) Así lo señalan con razón W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 232, nota 73 y Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 33; pues está claro, por otro lado, que la aplicación de la represión penal convierte a su vez al delincuente en "víctima" (cf. sobre esto Zipf, MschrKrim 53 [1970], p. 5; Landrove Díaz, en: Beristain/de la Cuesta [ed.], *Victimología* [n. 18], p. 149 y ss.).

(76) Cf. la expresión en Frommel, MSchrKrim 68 (1985), p. 351 con nota 2, 353, 356; resalta también este problema Silva Sánchez, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 107, quien considera que la ambivalencia es "probablemente la característica más significativa de los argumentos victimodogmáticos"; cf. también en sentido similar Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 26 y ss.

(77) Así, por ejemplo, Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 12; en este sentido también Schneider, *Einführung in die Kriminologie* (n. 11), p. 322; vid., por lo demás, las referencias en Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 196 y ss.

(78) Esto lo reconoce Schünemann, en: W. Zeidler *et al.* (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Faller*, München, 1984, p. 372.

(79) Puede servir de muestra de lo dicho el hecho de que, por ejemplo, en la monografía "victimodogmática" de Fiedler (*Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung – unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Frank-

La victimología, en todo caso y como conclusión previa, no puede ser responsable de una eventual victimización que pueda producirse a través de una "victimodogmática". Por otro lado, también es un "malentendido", probablemente debido a la "polarización, por lo general inconsciente, entre víctima (inocente) y autor (culpable)"[80] pensar que la victimología persiga una mayor punición de los autores. Dependerá, entonces, de modo decisivo de la traducción jurídico-dogmática de los conocimientos victimológicos que éstos no puedan ser usados como coartada para una "instrumentalización del Derecho penal con intenciones político-sociales".[81] Pues -como se verá- la existencia de varios dilemas de política criminal en este ámbito no basta por sí sola para descalificar todo desarrollo dogmático, sino que, por el contrario, es precisamente el reconocimiento de la problemática y su solución a través de una fundamentación y construcción dogmáticas consistentes lo que debe ser enjuiciado al valorar la "victimodogmática". Dicho de otro modo, la discusión político-criminal no puede erigirse en el único juez de la victimodogmática. Pues como se ha intentado mostrar en las páginas anteriores, la existencia en este contexto de un verdadero dilema entre diversos fines político-criminales obliga a un análisis de las propuestas dogmáticas concretas.

furt am Main etc., 1990), que incorpora el "principio victimológico" a su título, no aparece ni el más mínimo tratamiento de la bibliografía victimológica.

(80) Kiefl/Lamnek, *Soziologie des Opfers* (n. 11), p. 15; en sentido similar también Schneider, *Einführung in die Kriminologie* (n. 11), p. 322.

(81) W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 230; en similar sentido también Ebert, JZ 1983, p. 643.

2. Dogmática y victimodogmática

2.1 Elementos esenciales de la victimodogmática

2.1.1 El principio victimológico

Las aproximaciones dogmáticas que se agrupan bajo el rótulo de la "victimodogmática" se han concretado, en lo que se refiere a la dogmática de la Parte General, ante todo en el así llamado "principio victimológico". Desde el punto de vista metodológico, este principio se configura como máxima de interpretación teleológica de los tipos penales.[82] En cuanto a su contenido material, en palabras de Schünemann, quien puede ser considerado su principal impulsor, éste consiste (como denominador mínimo común de los "victimodogmáticos") en la tesis de que "la imposición de la pena como *ultima ratio* del Estado no es apropiada en aquellos casos en los que la víctima no merece protección y no necesita de protección", de modo que han de "eliminarse del ámbito de lo punible ...todas aquellas formas de comportamiento... frente a las cuales la víctima puede protegerse a sí misma de modo sencillo y exigible sin más".[83] La fundamentación de este principio se

(82) Schünemann, FS Faller (n. 78), p. 362; idem, NStZ 1986, p. 439, 442; Silva Sánchez, LH Beristain (n. 22), p. 639; idem, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 28.

(83) NStZ 1986, p. 439; vid. también idem, en: Schneider (ed.), *Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege*, Berlin-New York, 1982, p. 410 y s.; idem, en: idem/Pfeiffer, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988, p. 450 y s.; cf. ya antes idem, en: Arthur Kaufmann *et al.* (ed.): *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 130 y s.; idem, FS Faller (n. 78), p. 362.

obtiene de modo deductivo[84] sobre la base de determinadas consideraciones relativas a la misión del Derecho penal: partiendo de que sólo es admisible la intervención penal en defensa de bienes merecedores de protección, las conductas tipificadas son merecedoras de pena. Pues, de nuevo según Schünemann, de igual modo que sólo la consideración de la víctima en el plano empírico conduce a una criminología completa, "...también desde la perspectiva *normativa* resulta evidente que el merecimiento y la necesidad de pena del autor hallan correspondencia en el merecimiento y en la necesidad de protección de la víctima..."[85]. El Derecho penal debe ser el medio adecuado para la protección de los bienes; especialmente, no debe producir consecuencias desproporcionadas.[86]

En este sentido, sólo cabría incriminar conductas necesitadas de pena: debe existir una correspondencia entre la necesidad de pena del comportamiento del autor y la necesidad de protección de la víctima.[87] A esta argumentación se le añade que el principio de subsidiariedad impone la incriminación penal tan sólo si no existen medios sociales de solución del conflicto[88]: en este sentido, se llega a la conclusión antes reproducida de que no cabría incriminar aquellas conductas frente a las cuales la víctima puede protegerse por sí misma.

2.1.2 Ambito de aplicación

No es muy claro el ámbito de aplicación que sus partidarios proponen para este "principio" victimológico. Hasta el momento, la mayoría de los análisis monográficos y de las aportaciones victimodogmáticas en general se han centrado en algunas figuras delictivas, como la revelación de secretos privados,[89] la estafa[90] o la apropiación indebi-

(84) Así lo afirma el propio Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 410; en este sentido también Silva Sánchez, LH Beristain (n. 22), p. 637 y s.; idem, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 26; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 110.

(85) FS Faller (n. 78), p. 362 (subrayado en el original).

(86) Schünemann, FS Bockelmann (n. 83), p. 129; idem, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 410; idem, NStZ 1986, p. 195, 439; en sentido similar, R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlin, 1981, p. 22 y ss.

(87) R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 54 y s.

(88) Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 411; idem, NStZ 1986, p. 195, 439; R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 35 y s., 51 y ss.

(89) Así Schünemann, ZStW 90 (1978), p. 11 y ss., 54 y ss.

(90) Es éste el delito respecto del cual mayor número de aproximaciones victimodogmáticas se han producido: mientras que Amelung (GA 1977, p. 1 y ss., 10 y ss.) y R. Hassemer (*Schutzbedürftigkeit* [n. 86], p. 127 y ss., 141 y ss.) reinterpretan el elemento típico del error desde la perspectiva victimodogmática, Arzt (MschrKrim 67 [1984], p. 105) y Ellmer (*Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986, p. 278 y ss.) prefieren hacer uso de esta perspectiva para redefinir el comportamiento engañoso; Kurth (*Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, Frankfurt am Main etc., 1984, p. 169 y ss., 177 y ss.) intenta, partiendo de la teoría de la imputación objetiva como imputación de resultados, abarcar la problemática de la relación entre engaño y error con ayuda del criterio del "fin de protección de la norma" fundamentado en consideraciones victimodogmáticas. Sobre estas construcciones cf. sólo las valoraciones críticas de Lenckner, en: idem *et al.*, *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24.ª edición, München, 1991,

da,[91] pertenecientes en su mayoría al ámbito patrimonial.[92] Podría parecer, entonces, que las reflexiones victimodogmáticas no afectan, en realidad, al problema de la intervención de autor y víctima en cuanto problema de la Parte General. Como se verá a continuación, sin embargo, esta impresión estaría equivocada. La victimodogmática ha salido de ese su feudo inicial en la Parte Especial y muestra una clara tendencia expansiva hacia la configuración general del sistema de imputación en atención a la figura de la víctima.

Como reflexión general sobre el campo de aplicación de la victimodogmática ha tenido cierta aceptación la diferenciación entre *"delitos de relación"* y *"delitos de intervención"*. En la concepción de Schultz, quien propuso que se estableciese la categoría de los "delitos de relación", éstos son "aquellos hechos que se generaron en una determinada relación humana o al menos fueron determinados de modo decisivo por tal relación". Para que pueda considerarse que se trata de un delito de relación, es necesario que se produzca "una confrontación actual, directa entre autor y víctima".[93] Como ejemplo típico de delito de relación, Schultz se refiere a la estafa; el delito de hurto, por el contrario, para él no entra "por regla general" en el campo de los delitos de relación. Las consideraciones de Schultz demuestran claramente que utiliza esta categorización para justificar que la relación entre autor y víctima constituye un objeto específico de la investigación criminológica.[94] Posteriormente, y por oposición al grupo de los delitos de relación, se empezó a hablar de "delitos de intervención", que son aquellos hechos en los que el tipo delictivo no presupone que la víctima participe en el comportamiento, sino en los que el autor "interviene en" o "accede a" los bienes jurídicos protegidos sin mediación de su titular. Esta diferenciación también se utiliza dentro de la victimodogmática, concretamente, para delimitar su ámbito de aplicación. En este sentido, quizás ha sido R. Hassemer quien ha incorporado de modo más destacado esta distinción a su construcción victimodogmática. En su opinión, en el ámbito de los delitos de relación basta con que la víctima deje de tomar las medidas de autoprotección normales para que desaparezca la necesidad de protección, mientras que en los delitos de interven-

n.m. 70b previo a los §§ 13 y ss.; Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 19 y s., 21 y ss., 31 y ss.; Arzt, GA 1982, p. 522 y s.; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, p. 164 y s., nota 49; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 116 y ss.

(91) Materialmente en esta línea, por ejemplo, Weber, en: Arzt/Weber, *Strafrecht Besonderer Teil. Ein Lehrbuch in 5 Heften. Lehrheft 3: Vermögensdelikte (Kernbereich)*, 2.ª edición, Bielefeld, 1986, n.m. 246 y ss., 248 y s.

(92) Por lo demás, cf. el detallado análisis de estas aportaciones en la dogmática alemana realizado por Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 17 y ss.

(93) Schultz, ZStrR 71 (1956), p. 172; Schultz, sin embargo, en este trabajo no contrapone terminológicamente los delitos de relación a los de "intervención", sino se refiere como grupo distinto a los delitos de relación a "aquellos hechos que no pueden afectar a una víctima individualmente determinada, así como aquellos en cuyo desarrollo fáctico en el caso individual la relación autor-víctima no juega un papel de configuración" (ibid.).

(94) Schultz, ZStrR 71 (1956), p. 179; cf. también p. 172 y ss., 177 y ss., donde Schultz se refiere a las tipologías de víctimas; también R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 54 cita a Schultz dentro de la bibliografía criminológica.

ción la necesidad de protección sigue existiendo mientras no sea responsable la víctima misma del riesgo generado.[95]

R. Hassemer asienta la diferenciación entre "delitos de relación" y "delitos de intervención", como él mismo reconoce, "de modo parcialmente distinto a como se lleva a cabo en la bibliografía victimológica"[96] en otra categorización, que distingue entre *tipos congruentes*, en los que cualquier afectación del bien jurídico da lugar a la relevancia típica de lo acontecido: "[que exista] un comportamiento típico depende únicamente del resultado producido"[97] y *tipos incongruentes*, en los que "*...existen posibilidades de afectación que no son abarcadas por el precepto penal*".[98] Para R. Hassemer, los "delitos de relación" son a la vez "tipos incongruentes", y por ello permiten la introducción de consideraciones victimodogmáticas para restringir el alcance del tipo. Está claro que un análisis pormenorizado de la propuesta de distinguir entre "tipos congruentes" y "tipos incongruentes" llevaría a una categorización amplia de las diversas infracciones previstas en la Parte Especial y excedería, por tanto, del ámbito del objeto de estudio que aquí interesa. Pero sí puede señalarse que la evolución de la teoría del tipo, particularmente la teoría de la imputación objetiva, si ha aportado algo es la idea que *todos* los tipos necesitan de algo más que un mero resultado natural para su cumplimiento, es decir, en contra de R. Hassemer, que en *todos* los tipos existen posibilidades de afectación que no están abarcadas por el precepto:[99] no toda causación de una muerte automáticamente está abarcada por el tipo del homicidio. En este sentido, la propuesta de R. Hassemer significaría un retroceso muy notable.

La perspectiva victimodogmática, como se ha apuntado antes, ha comenzado a trascender del campo original en el que se han producido las primeras formulaciones dogmáticas apoyadas en ella. Puede advertirse con claridad que existen intentos de ampliar el ámbito de actuación del enfoque victimodogmático, en particular, de compatibilizarlo con la doctrina de la diferenciación entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro.[100] Así, por ejemplo, el propio Schünemann resalta la relevancia de la interacción entre víctima y autor en atención al ejemplo de la "heteropuesta en peligro consentida"[101] y también respecto de la "autopuesta en peligro",[102] interpretando

(95) R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 52 y ss., especialmente 54 y s., 63 y ss., 97 y s. También Schünemann considera que se trata de una "diferenciación categorial" "útil" (NStZ 1986, p. 440; en este sentido también idem, FS Faller [n. 78], p. 370 con nota 41); afirma que no puede fundamentarse desde el punto de vista victimológico la descriminalización de los hurtos en grandes almacenes, al tratarse de un delito de intervención (NStZ 1986, p. 440, nota 81) y que no es pretensión de la victimodogmática extender su ámbito a los "delitos violentos" (loc. cit., p. 440). También utiliza -si bien en otro contexto algo distinto- esta terminología la STS 20.2.1993 (RA 1383).

(96) *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 54.

(97) R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 52 y s.

(98) R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 53 (subrayado en el original).

(99) Como ha demostrado la teoría de la imputación objetiva.

(100) Vid. sobre esto sólo Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 6.

(101) NStZ 1986, p. 440; vid. también el trabajo de Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), *passim*, al que se aludirá a continuación en el texto.

(102) NStZ 1982, p. 62; en este sentido también Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 147 y ss.

otras soluciones desarrolladas en ese ámbito como emanadas del principio victimológico.[103] Incluso formula un pronóstico conforme al cual el "punto de partida victimológico" ha de resultar fructífero para el consentimiento, la legítima defensa, los delitos contra la libertad sexual y los delitos de funcionarios.[104] Está claro ya desde un principio que esta postura "maximalista" contradice, por ejemplo, el contundente rechazo del propio Schünemann a tener en cuenta la perspectiva victimodogmática para la problemática de la transmisión del SIDA. Pues en opinión de Schünemann, la victimodogmática "carecería de toda relevancia" en ese ámbito, invocando para los delitos de homicidio la existencia del § 216 StGB -que castiga el homicidio a petición- como razón para excluir cualquier consideración victimodogmática.[105]

Al mismo tiempo, estas afirmaciones contradictorias arrojan una luz poco favorable sobre la utilización de la distinción entre "delitos de relación" y "delitos de intervención" que hace Schünemann. Pues aunque no ofrece ninguna fundamentación de las dos categorías, considera que pueden ser un elemento para delimitar el ámbito de aplicación del principio victimológico.[106] Y partiendo de cualquiera de las definiciones de la distinción, sea la de Schultz o la de R. Hassemer, ¡difícilmente puede imaginarse una situación más "de relación" que la de los contactos sexuales!.

Particularmente ha profundizado en esa "vía expansiva" en cuanto al ámbito de aplicación de la victimodogmática Fiedler, intentando tomar como base el "principio victimológico" formulado por Schünemann para realizar una construcción dogmática que permita alcanzar una solución a los casos de "heteropuesta en peligro consentida".[107] Para Fiedler, el "principio victimológico", tal y como ha sido formulado por Schünemann, es el que permite introducir en este ámbito adecuadamente la idea de "autorresponsabilidad" de la víctima.[108] De este modo, el principio victimológico se incorpora como instrumento dogmático a la Parte General de la teoría del delito. En el plano metodológico, ello ha de suceder por la vía de de la interpretación teleológica de los tipos penales.[109] Concretamente, según Fiedler, la decisión ha de tomarse en cada caso individual sobre la base de una ponderación en el plano de la tipicidad.[110]

(103) Recuérdese que antes de propugnar el principio victimológico, Schünemann se había sumado a la propuesta de Roxin de resolver el problema de autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida en la categoría del "fin de protección de la norma" (cf. Schünemann, JA 1975, p. 722 y s.). Posteriormente, Schünemann ha reinterpretado su posición original como derivada materialmente del principio victimológico (en: Schneider, *Verbrechensopfer* [n. 83], p. 415; idem, NStZ 1982, p. 62).

(104) FS Faller (n. 78), p. 364.

(105) Así lo afirma en JR 1989, p. 90; en sentido similar idem, en: idem/Pfeiffer, *Die Rechtsprobleme von AIDS* (n. 83), p. 450 y ss., 465 y ss.; idem, en: Busch/Heckmann/Marks (ed.), *HIV/AIDS und Straffälligkeit. Eine Herausforderung für Strafrechtspflege und Straffälligenhilfe*, Bonn, 1991, p. 112 y s.

(106) NStZ 1986, p. 440, nota 81.

(107) En su monografía *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung – unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, 1990; cf. también R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 83 y ss.

(108) Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 119 y ss.

(109) Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 178 y ss.

(110) *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 122 y ss., 183 y ss., mostrando la configuración concreta de esa ponderación notables similitudes con soluciones de ponderación planteadas des-

2.1.3 Elementos definitorios de la victimodogmática

Como rasgos comunes de estas aportaciones victimodogmáticas pueden entonces enunciarse las siguientes características materiales: en primer lugar, pretenden deducir la necesidad de valorar la intervención de la víctima en la imputación penal de los principios limitadores del Derecho penal de subsidiariedad y fragmentariedad. En segundo lugar, la concreción dogmática básica de estas consideraciones debe lograrse de acuerdo con estas concepciones mediante una interpretación teleológica restrictiva de los tipos penales.

2.2 Puntos débiles de las aproximaciones victimodogmáticas

2.2.1 Insuficiente conexión con la construcción dogmática global

Como se ha dicho antes, una de las características que distingue a las aproximaciones victimodogmáticas es su especificidad respecto del problema tratado. Probablemente por haber recibido su impulso inicial desde el campo de la criminología, este carácter específico se expresa en una notable *desconexión* respecto de instituciones dogmáticas ya existentes que habían servido con anterioridad para el tratamiento de los problemas materiales en cuestión. Por otro lado, también se expresa en que de forma mayoritaria el marco sistemático elegido para aplicar dentro de la teoría del delito esté tan alejado de las instituciones tradicionales de la Parte General como la mera referencia a la "interpretación teleológica". En este sentido, puede decirse que desde la perspectiva dogmática tradicional la victimodogmática se presenta como una especie de bloque errático en la teoría del delito:[111] las concepciones victimodogmáticas en gran medida intentan trasladar sus consideraciones materiales al campo dogmático sin integrarlas en las elaboraciones dogmáticas ya existentes o al menos ponerlas en relación con éstas.[112]

2.2.2 Ambito de aplicación

Quizás una de las cuestiones que menos claras estén en las aproximaciones victimodogmáticas es el *ámbito de*

de la teoría del consentimiento (cf. sobre esto sólo Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 5 I. B., § 5 II. A. 3.).

(111) Como ya se ha señalado, esta condición de "bloque errático" se ve "correspondida" en gran medida por algunas aproximaciones dogmáticas de corte más tradicional (vid., por ejemplo, la escasa atención que presta en su por lo demás amplia monografía Walther, *Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], *passim*, a la victimodogmática). Ello no sólo puede explicarse con base en el poco claro campo de aplicación de la victimodogmática -sobre esto, además de las consideraciones ya hechas, vid. a continuación en el texto en el siguiente apartado-, pues no parece que pueda optarse por la "solución" de confinar a la victimodogmática a la Parte Especial, ya que -como también se verá a continuación en el texto- al menos existe la pretensión de algunos victimodogmáticos de asentar la victimodogmática en la Parte General.

(112) Llama, por el contrario, la atención sobre el hecho de que ya existen aproximaciones doctrinales sobre el ámbito de actuación de la victimodogmática, por ejemplo, con una actitud crítica hacia la victimodogmática, Torío López, LH Fernández Albor (n. 5), p. 714 y ss.; cf. también en este sentido Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 13; cf. también, desde otra perspectiva, menos crítica, Silva Sánchez, LH Beristain (n. 22), p. 635, 643; idem, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 19, 32.

aplicación que pretenden abarcar. Si bien es cierto que la mayoría de sus representantes se han ocupado de modo sectorial de ciertos delitos,[113] muy particularmente de la estafa, también está claro que la formulación de sus bases metodológicas ("principio victimológico" como principio general de interpretación teleológica) llevan implícita la vocación de expansión hacia la Parte General.[114] Además, ya se ha señalado que representantes muy señalados de la "victimodogmática" afirman explícitamente que habría que extender el ámbito de aplicación de aquella, por ejemplo, a los *topos* de la "participación en una autopuesta en peligro" y de la "heteropuesta en peligro consentida".[115]

Como expresión de estas inseguridades en torno a cual es el campo que pretenden abarcar las aproximaciones victimodogmáticas merece una mención especial la diferenciación entre "delitos de intervención" y "delitos de relación" que antes se ha mencionado. Desde que Schultz plantease las bases de esta distinción[116], ha venido vagando por la dogmática jurídico-penal sin que se concretase de modo satisfactorio su contenido o sus fundamentos materiales.[117] De hecho, Schultz -como ya se ha señalado- no propuso esta terminología con la finalidad de establecer una categorización dogmática, sino para justificar metodológicamente la autonomía de las investigaciones *criminológicas* sobre la víctima del delito. Pues las afirmaciones dogmáticas de Schultz en el trabajo citado se refieren a consideraciones de medición de la pena, y no a la distinción entre "delitos de relación" y otros. Esto queda corroborado además por una posterior recensión de Schultz al trabajo de habilitación de Hillenkamp *Vorsatztat und Opferverhalten*, en la que hace una "interpretación auténtica" de su trabajo de 1956 en el sentido expuesto.[118] Como se ha dicho antes, los propios victimodogmáticos hacen un uso poco coherente de la distinción. De hecho, la mencionada diferenciación no ha logrado imponerse[119], y parece que con razón: pues es evidente que puede existir una relación jurídico-penalmente relevante (o mejor dicho: que debería ser relevante desde los propios postulados victimodogmáticos) entre autor y víctima en delitos catalogados como "de intervención",[120] por lo que la utilidad de la distinción es nula,[121] además de mostrarse desde el punto de vista intrasistemático

(113) De hecho, se ha defendido a la victimodogmática frente a ciertos ataques afirmando que en realidad ésta no pretende abarcar tanto como le imputan sus críticos (en esta línea, por ejemplo, Silva Sánchez, en: CGPJ [ed.], *Victimología* [n. 9], p. 29).

(114) Cf., sin embargo, la perspectiva algo distinta de Silva Sánchez (en: Beristain/de la Cuesta [ed.], *Victimología* [n. 18], p. 202), para quien más que una teoría de la corresponsabilidad de la víctima, es necesario desarrollar una "tópica".

(115) Cf. sobre esto sólo Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 6, y *supra* II. A. 2.

(116) ZStrR 71 (1956), p. 172.

(117) Cf. *supra* I. A. la crítica al planteamiento de R. Hassemer.

(118) ZStrR 100 (1983), p. 112 a 114.

(119) Así lo sostiene respecto de la doctrina científica germanoparlante -desde el punto de vista aquí sostenido, acertadamente- Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 108 y s., nota 14.

(120) Arzt, *ibidem*: por ejemplo, en un delito de hurto o de lesiones.

(121) En este sentido, Arzt califica esta distinción (en su recensión de la obra de R. Hassemer, GA 1982, p. 522) como "poco plausible" y "arbitraria"; críticos también Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 221 y s.; Weigend, *Deliktsopfer und Strafverfahren* (n. 16), p. 390, nota 39.

como un cuerpo extraño en las construcciones victimodogmáticas.

Puede pensarse que esta llamativa inseguridad de la victimodogmática acerca del campo de aplicación que corresponde a sus construcciones puede deberse a ciertas incongruencias en la estructura de sus bases dogmáticas -que pasan a estudiarse a continuación-, en el sentido de que cabe sospechar que resulta más cómodo permanecer en el refugio de ciertos delitos en particular[122] que enfrentarse a las (supuestas) repercusiones del "principio victimológico", por ejemplo, en el ámbito de los delitos contra la vida. En este sentido, cabe plantear la sospecha de que el pretendido carácter deductivo-axiológico de los razonamientos victimodogmáticos oculta en realidad el procedimiento exactamente inverso: la generalización precipitada de determinadas conclusiones halladas en relación con ciertos tipos de delitos en particular. De todos modos, para corroborar esta sospecha es necesario someter a análisis las bases normativas aducidas como fundamento del principio victimológico.

2.2.3 Fundamentos

La base sobre la que descansa el principio victimológico, como ya se ha señalado, es la idea de que el Derecho penal no debe intervenir cuando la prevención de lesiones a los bienes jurídicos estaba en manos de su propio titular. Esto, según los partidarios de la victimodogmática, tiene dos repercusiones fundamentales: por un lado, en estos casos no existe *necesidad de pena* respecto del comportamiento del autor. Y, por otro, la persona lesionada ha perdido el derecho a la intervención del sistema penal, no es *merecedora de protección*.[123] Esta concepción, en lo que se refiere a la primera idea de la falta de necesidad de pena, se articula en cuanto a su fundamentación -de modo poco claro a veces- bien acudiendo al principio de subsidiariedad,[124] bien al principio de proporcionalidad,[125] ambos expresados en la máxima -prácticamente indiscutida- de que el Derecho penal ha de ser la *ultima ratio* de la protección de bienes jurídicos.[126] La segunda consideración, la idea de la falta de merecimiento de protección de la víctima en los supuestos en cuestión, se ubica en otro plano metodológico distinto, en cierto modo previo al anterior: el comportamiento de la víctima haría desaparecer la existencia misma de un bien jurídico digno de protección. Estos dos argumentos aparecen frecuentemente entremezclados,[127] y se llega a decir que sólo este doble fundamento puede servir de base al

(122) Como queda claro por lo expuesto *supra* II. A. 2., ésta es sólo una valoración global, pues sí existen aportaciones "extensivas" en cuanto al alcance de la victimodogmática.

(123) Cf. sólo Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 410 y ss.

(124) En este sentido, vid. la argumentación de Schünemann, ZStW 90 (1978), p. 32 y s., 54; idem, FS Bockelmann (n. 83), p. 128; idem, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 411; Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 22 y ss.; también Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 130.

(125) El propio Schünemann (NStZ 1986, p. 442) atribuye una importancia secundaria a que el principio victimológico sea derivado del principio de subsidiariedad general o del principio de proporcionalidad de la intervención penal en relación con otros medios de intervención estatales.

(126) Sobre las difíciles y poco claras relaciones entre estos tres principios, cf. últimamente Prittwitz, en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 387 y ss.

(127) Así lo constata también Roxin, *AT I*[2] (n. 19), 14/18.

principio victimológico, desapareciendo la diferencia teórica entre ambos argumentos con su "utilización práctica".[128]

2.2.3.1 Subsidiariedad, proporcionalidad y ultima ratio – Como se ha dicho, para articular la primera idea, la de la falta de necesidad de pena, se acude al *principio de subsidiariedad*, según el cual la intervención estatal -en este caso, la penal- debe producirse tan sólo cuando no existen medios sociales de resolución del conflicto, es decir, cuando la víctima hubiera podido protegerse a sí misma.[129] Salta inmediatamente a la vista que en esta argumentación este principio es entendido de modo muy distinto a su comprensión tradicional: de hecho, el principio de subsidiariedad es formulado habitualmente como límite a la intervención reguladora del Estado en ámbitos de libertad de los ciudadanos. Sin embargo, difícilmente puede pensarse que en el campo penal, es decir, de conflictos sociales graves -en el ámbito de nuestro problema, entre ciudadanos- el principio de subsidiariedad deba entenderse como obligación del Estado de retirarse por completo del ámbito conflictivo, convirtiéndolo, por tanto, en un "asunto privado".[130] Entonces, si bien está claro que es cierto que la valoración dogmática del problema que aquí interesa no debe romper con el criterio rector del Derecho penal como reacción exclusivamente justificada en los casos más graves, también es evidente que este mandato se refiere sobre todo al legislador[131] antes que al dogmático. En este sentido, la extensión del principio de subsidiariedad al ámbito de la autoprotección de los ciudadanos dejaria de tener en cuenta que la incriminación penal de determinadas conductas tiene precisamente -entre otras cosas- el significado de exonerar a los particulares de las medidas de autoprotección.[132] El principio de subsidiariedad no puede fundamentar un principio victimológico.[133]

Parece a primera vista que tiene más sentido el intento de hallar una fundamentación en atención al *principio de proporcionalidad*:[134] aparentemente, no

(128) Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 411.

(129) Cf. sólo Schünemann, ZStW 90 (1978), p. 32 y s.; idem, FS Bockelmann (n. 83), p. 128; idem, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 411; en el mismo sentido -si bien identificando principio de subsidiariedad y principio de *ultima ratio*- Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 122 y s., 127 y ss.

(130) En este sentido, la crítica de Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 13 y s.

(131) Cf. sobre todo, en lo que se refiere a la argumentación que aquí interesa, el análisis de Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 175 y ss.; desde una perspectiva general cf. sólo Prittwitz, en: Institut für Kriminalwissenschaften (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 393.

(132) Así, por ejemplo, Roxin, *AT I*[2] (n. 19), 14/20; Jescheck/Weigend, *AT*[5] (n. 46), § 25 V. 2., y, sobre todo, Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 178 y ss.

(133) Rechaza la fundamentación a través del principio de subsidiariedad, por ejemplo, *S/S*[24](n. 90)-Lenckner, n.m. 70b previo a los §§ 13 y ss., quien incluso afirma que esta posición se basa en un entendimiento "erróneo" de la subsidiariedad; vid. también en esta línea Roxin, *AT I*[2] (n. 19), 14/20; idem, *Política criminal y estructura del delito* (n. 47), p. 69; Maiwald, ZStW 96 (1984), p. 71 y ss.; Eschweiler, *Selbstgefährdung* (n. 58), p. 120 y ss.; Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 31; Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 26 y ss.; Tamarit Sumalla, *La reparación a la víctima* (n. 11), p. 119.

(134) De hecho, hay quien identifica al principio de subsidiariedad como criterio que en realidad es la "variante jurídico-penal del principio constitucional de proporcionali-

hay nada que objetar a la reflexión de que los hechos que sólo adquieren virtualidad lesiva a través de la interacción con la víctima son menos graves y requieren por ello de un tratamiento penal distinto, proporcional, de modo que -en aplicación del principio de fragmentariedad- esta intervención de la víctima puede llegar a hacer desaparecer la gravedad de injusto necesaria para que pueda hablarse de la concurrencia de un injusto típico.[135] Y cabría pensar que de este modo, superando una perspectiva unilateral fijada exclusivamente en el autor, se evitaría, como se ha dicho, la "hipertrofia de imputación" a la que puede llevar la idea de protección de bienes jurídicos enlazada con la configuración del injusto como mera causación evitable.[136]

Pero un análisis más detenido revela rápidamente que estamos ante una verdadera *petitio principii* -y con independencia de que, de nuevo, sea dudoso que pueda integrarse en el análisis dogmático de modo directo un principio que debe regir sobre todo el *establecimiento* de normas penales[137]-, pues: ¿cuáles son los criterios que atribuyen relevancia a la intervención de la víctima? Dicho de otro modo: ¿cómo puede determinarse siquiera que hay "víctima" y "autor"?[138]. En efecto, se le exige aquí demasiado al principio de proporcionalidad. Pues éste no puede llegar a dar una pauta para determinar cuando se cruza la línea a partir de la cual ya no resulta legítimo criminalizar la conducta de quien actua junto a la víctima, ya que "todo conflicto puede solucionarse si se renuncia a la expectativa defraudada"[139], esto es, en el ámbito que aquí interesa, afirmando que la víctima es la persona responsable. Pero el principio de proporcionalidad no puede dar la razón material-dogmática por la que en tal o cual caso no es "proporcional" considerar como jurídico-penalmente relevante el comportamiento: "Pues el principio de proporcionalidad tiene como presupuesto [que existan determinados] fines y tan sólo regula la proporcionalidad de los medios, es por tanto un principio formal."[140] Y, sobre todo y en todo caso -con independencia de cual sea el funcionamiento del principio de proporcionalidad como principio rector de todo el ordenamiento penal-, el recurso al principio de proporcionalidad para justificar la solución dogmática de la victimodogmática es formal, está "vacío" si no se especifica cual es la base -en la conducta de la víctima- para fundamen-

dad" (Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2.ª edición, Berlin etc., 1991, 2/27; le sigue Prittwitz, en: Institut für Kriminalwissenschaften [ed.], *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 397 y s.).

(135) Esta parece ser la reflexión de Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 31; menos claro Schünemann, NStZ 1986, p. 195, 442.

(136) Schünemann, NStZ 1986, p. 442; cf. sobre la cuestión general de la necesidad de componentes normativos en el concepto de injusto, por todos, Jakobs, ZStW 89 (1977), p. 1 y ss., 18 y s.

(137) Desde esta perspectiva, cf. últimamente las consideraciones del TC sobre las exigencias que el principio de proporcionalidad plantea al legislador en STC 55/1996 (FJ 6.º y ss.).

(138) En este sentido plantea su crítica Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993, p. 12.

(139) Jakobs, *AT*^{2} (n. 134), 2/27.

(140) Prittwitz, en: Institut für Kriminalwissenschaften (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 398; cf. otro punto de vista -conectado con una valoración material en el marco constitucional-, por ejemplo, en Silva Sánchez, *Aproximación* (n. 58), p. 259 y s., p. 278 y ss.

tar una hipotética falta de proporcionalidad de la sanción penal (y, con ello, la solución dogmática).

Hay que volver entonces a la idea del Derecho penal como *ultima ratio*, que promete al menos cierto contenido material: sólo debe reaccionarse con el sistema penal ante los ataques más graves. Si bien ello es un programa sobre todo dirigido al legislador,[141] como se ha dicho, también quien interpreta la Parte General debe estar obligado por él. Pero inmediatamente ha de percibirse que este programa en el ámbito que nos interesa no es más que eso, un programa: pues ¿por qué y cuándo el comportamiento de la víctima convierte un hecho en menos grave? Aparece aquí una extraordinaria confusión: pues no queda claro que la "victimización fáctica" no tiene -naturalmente- nada que ver con la valoración jurídica del suceso. En este sentido, parece evidente que desde el punto de vista fáctico-natural, es en alguna medida "víctima" de un delito de allanamiento de morada también aquella persona quien da su consentimiento a la entrada por algún engaño menor por parte del "autor", y a pesar de ello el autor "se hace invisible jurídicamente",[142] es decir, no es autor de un delito de allanamiento de morada.[143] Si se pretende partir sencillamente de una concepto "natural" de víctima, se advierte rápidamente que éste no existe.[144]

En este sentido, se ha señalado con razón que existen divergencias muy significativas entre el concepto de víctima utilizado por la Ley penal y el acuñado en la victimología;[145] hay que destacar en este contexto que las definiciones sociales y "técnicas" de delito no tienen por qué coincidir.[146] De hecho, tampoco la victimología dispone de un concepto autónomo-material de víctima.[147]. En este ámbito, es indicativo de la magnitud de las discrepancias sobre la idea de "víctima" dentro de la propia victimología el hecho de que exista un sector científico que propone como objeto de estudio no sólo las víctimas de hechos delictivos, sino de cualquier forma de opresión (tendencia denominada "victimología radical"[148]) y otra concepción que bajo el rótulo de "victimología general" persigue el tratamiento de todo tipo de sufrimiento-victimización, incluyendo los que tienen causas naturales como enfermedades, catástrofes, etc.[149]

Y ¿desde esta perspectiva, qué más se sabe aparte de que ha habido alguna "intervención" o "interacción" de la víctima? Pareciera que se produce una especie de *versari in interactio* (con el autor) por parte de la víctima, pero sin que quede fijado qué relevancia corresponde a ese hecho. Esta indefinición,

(141) Cf. desde esta perspectiva sólo las consideraciones de Silva Sánchez, *Aproximación* (n. 58), p. 246 y ss., 247, con referencias.

(142) El ejemplo es de Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 116.

(143) Cf. respecto de la cuestión en el art. 490 del Código penal español de 1973, por todos, Jorge Barreiro, *El allanamiento de morada*, Madrid, 1987, p. 64 y ss., 70 y s.

(144) Cf. Zipf, MSchrKrim 53 (1970), p. 2 y ss.; Ebert, JZ 1983, p. 633 y ss.

(145) Correra/Riponti, *La vittima* (n. 23), p. 27 y ss.

(146) Larrauri Pijoan, en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 85 y ss.

(147) Sobre la agitada discusión acerca del concepto de "víctima" en el campo de la criminología, cf. por todos García-Pablos de Molina, *Manual de criminología* (n. 10), p. 85 y ss.

(148) Cf. sobre esta aproximación sólo Sessar, FS Jescheck II (n. 50), p. 1146 y s.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 13 y ss.

(149) Cf. sobre esta tendencia sólo Rodríguez Manzanera, *Victimología* (n. 11), p. 18 y ss.

esta pérdida de un punto de referencia, puede en fin admitir incluso la posibilidad de sancionar a la víctima.[150] También para la fundamentación del principio victimológico, por tanto, desde el ángulo de la mínima intervención, antes habrá que determinar la relevancia normativa de las "posibilidades de autoprotección" de la víctima.[151] Y para ello ha de valorarse que se trata de normas públicas, no disponibles por las "partes", como dice con razón W. Hassemer.[152] Pues el quebrantamiento de la norma penal como elemento del injusto, la misma lesión del bien jurídico no desaparecen por la mera existencia fáctica de posibilidades de autoprotección por parte de la víctima: dicho en palabras de Zaczyk "...del hecho de que alguien es víctima, nada se deduce respecto de la cuestión acerca de si lo es 'justamente'".[153] O en la formulación de esta idea aportada por Larrauri Pijoan: "...la afirmación de que la víctima ha 'precipitado' el delito no contesta a la pregunta decisiva de si la víctima tenía derecho a comportarse como lo hizo".[154] Pues el contenido del Derecho penal -como dice en esta misma línea Puppe- "...consiste precisamente en las decisiones acerca de frente a cuáles peligros el ciudadano es protegido y frente a cuáles [otros] es remitido a sus posibilidades de autoprotección".[155]

Parece claro que la primera consideración aducida como fundamento de las posturas victimodogmáticas no es en realidad una base del principio victimológico, sino que en todo caso puede ser un mecanismo de ejecución de un hipotético fundamento normativo que, en su caso, ha de buscarse en otro ámbito.

2.2.3.2 Merecimiento y necesidad de protección – Parece entonces que ese elemento normativo que de modo palmario falta en el esquema de deducción de la victimodogmática antes esbozado ha de encontrarse en la consideración, antes referida, que al igual que en el autor en los supuestos que interesan no concurre ni necesidad ni merecimiento de pena, la víctima carece de "*merecimiento*" o "*necesidad de protección*". Con independencia de cual sea la relevancia de los conceptos de "merecimiento" o de "necesidad de pena" para la teoría del delito,[156] hay que señalar desde un principio que ésta no es la cuestión decisiva. Pues como se observará a continuación, el problema esencial de la aproximación propuesta por los victimodogmáticos en este punto es la explicación del salto dado desde el "merecimiento" o la "necesidad" de pena del autor al "merecimiento" de protección[157] de la víctima, es decir, la conexión de las consideraciones valorativas expresadas en la noción de "mereci-

(150) Cf. *supra* I. B. 2.

(151) En este sentido la crítica de Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 120, 132 y ss.

(152) FS Klug II (n. 24), p. 224.

(153) *Selbstverantwortung* (n. 138), p. 11.

(154) En: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 93, nota 12.

(155) *NK* (n. 56), n.m. 177 previo a los §§ 13 y ss.

(156) Sobre la controvertida discusión de estos dos conceptos desde una perspectiva general, en cuanto principios que pueden informar los distintos planos de la teoría del delito o configurar categorías propias dentro de ésta -que, como se verá a continuación, no coincide con el uso dado por los victimodogmáticos-, cf. últimamente sólo el análisis de Luzón Peña, en: idem/Mir Puig, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Pamplona, 1995, p. 199 y ss.

(157) Como se expondrá a continuación en el texto, en el contexto de esta argumentación carece de interés, en realidad, la idea de "necesidad" de protección, reduciéndose en realidad la idea al "merecimiento" de protección.

miento" de pena con la figura de la víctima. Como se intentará demostrar a continuación, esa conexión no existe: la invocación de este pretendido fundamento material es un mero eslógan.

Ante todo -como cuestión previa-, hay que destacar que llama la atención en este punto -como en otros campos dogmáticos- la ambivalencia del uso del concepto de bien jurídico. En efecto, entendido como "principio crítico", destinado a limitar la intervención penal, parece estar en la base de este "principio victimológico" despenalizador a través del principio de "*ultima ratio*".[158] Sin embargo, aún dentro de este mismo plano de legitimación del ordenamiento, si la noción de bien jurídico se concibe como idea proteccionista-naturalista, en el pensamiento del bien jurídico parece estar ínsita una tendencia expansiva, hacia una "hipertrofia del Derecho penal"[159] -como critican los victimodogmáticos[160]- . Es claro que -sin advertirlo expresamente- especialmente Schünemann utiliza la idea de "bien jurídico" en este campo en el primero de los dos sentidos aludidos, es decir, en el plano de la discusión crítica acerca del ordenamiento. Pues al afirmar que ya no existe bien jurídico merecedor de protección,[161] porque la víctima no es "merecedora de protección", es evidente que se está invocando la idea de bien jurídico como "concepto crítico" -no como instrumento dogmático[162]- ¡precisamente para fundamentar una institución dogmática general!. Pero no queda dicho cual es el *fundamento*, el paso de conexión material que permite esta utilización del concepto de bien jurídico en un análisis que evidentemente pretende ser dogmático-descriptivo (restringir teleológicamente y *de lege lata* ciertos tipos, como se ha visto).

Volviendo al hilo central del análisis de la argumentación de fundamentación del "principio victimológico", se plantea entonces cuál es la razón por la que no existe tal lesión relevante de un bien jurídico. Dicho de modo sintético: ¿por qué razón la víctima no "*merece*" protección?

Es ésta cuestión, la del "merecimiento" de pena, la única en realidad relevan-

(158) Cf. en este sentido la postura adoptada por W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 221, para quien el pensamiento del bien jurídico "no persigue la protección de las víctimas, sino la protección de la libertad general de actuación frente al control jurídico-penal ilegítimo"; Schünemann, NStZ 1986, p. 442: el "Derecho penal como *ultima ratio* de la protección de los bienes jurídicos".

(159) En este sentido, desde otra perspectiva, respecto de las distorsiones en el sistema de imputación (objetiva), Jakobs, ZStW 89 (1977), p. 18 y s.; desde un punto de vista más general, idem, ZStW 97 (1985), p. 751, 752 y ss.; idem, *AT*^{2} (n. 134), 2/25a; idem, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, München, 1992, p. 36; cf. también Schünemann, FS Bockelmann (n. 83), p. 129; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 90), p. 157; Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt am Main, 1994, p. 152, nota 9, con ulteriores referencias.

(160) Concretamente aludiendo a la necesidad de integrar la perspectiva de la víctima para evitar tal hipertrofia, Schünemann, NStZ 1986, p. 439, notas 66 y 70, p. 442; Larrauri Pijoan, en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 77 y s.

(161) Cf., por ejemplo, la argumentación de Silva Sánchez (*Aproximación* [n. 58], p. 287 y ss.) en este plano de la teoría del bien jurídico -incorporando las nociones de "necesidad" y "merecimiento" de protección- como teoría de legitimidad del ordenamiento penal.

(162) Sobre esta diferencia, por todos, Mir Puig, *Derecho penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 4.ª edición, Barcelona, 1996, 4/50 y 6/36 y s.

te. Pues es evidente que si la idea de "necesidad de protección" se entiende de modo ontológico,[163] queda claro que la víctima sí "necesitaba" protección; de lo contrario, no hubiera resultado lesionada.[164] Por ello, también la idea de "necesidad de protección" ha de entenderse como que no la necesitaba en cuanto hubiera podido protegerse, *y* que por ello -por razones normativas[165]- no *merece* tal protección.[166] En este sentido, el propio Schünemann plantea el nivel del "merecimiento" de protección como el plano "de ponderación" decisivo[167].

Estudiando las argumentaciones de los victimodogmáticos antes expuestas, la sorpresa es mayúscula al comprobar que no hay más respuesta que el razonamiento de que la víctima "podría haber evitado" el suceso. Esta constatación parece indicar que implícitamente se parte de que ha de derivarse de esa posibilidad de evitación la falta de "merecimiento de protección".[168] De hecho, como se ha señalado, es ésta idea de la pérdida del derecho a la protección (*Verwirkung*) la que más críticas ha acarreado a la perspectiva victimodogmática.[169] Y estas críticas político-criminales no quedan rebatidas por un análisis dogmático, una fundamentación distinta de la propuesta de construcción de la victimodogmática. Pues parece -a falta de otra fundamentación, como se ha visto- que su única base está en una respuesta intuitiva al dilema victimológico: en imponer a la víctima la "sanción" de la retirada de la protección jurídico-penal. En efecto, cabe establecer cierto paralelismo con una tendencia a penalizar de este modo a víctimas que a su vez se han comportado de modo reprochable.[170] Pero está claro que esta aproximación carece de valor normativo, y por ello de relevancia dogmática: en primer lugar, un criterio tan individualista como el del merecimiento de protección de tal o cual víctima no puede aspirar a jugar un papel relevante en una concepción dogmática.[171] En segundo lugar, al igual

(163) A menos que la definición de "necesidad" de protección se quiera hacer en términos de costes-beneficios: es decir, definir la "necesidad" de protección como aquella que precisamente *no* concurre cuando hay determinada desproporción entre los costes privados y públicos que hubieran sido necesarios para evitar la lesión (como propone Harel, cf. *infra* § 7 II. B. 4.). Pero aún desde este entendimiento es preciso incorporar referentes normativos (¿por qué es decisiva la desproporción de costes?).

(164) En sentido similar W. Frisch, NStZ 1992, p. 6.

(165) De modo paralelo a la argumentación victimodogmática discurre la aproximación de P. Frisch (*Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlin, 1973, p. 119 y ss.), quien sostiene que la infracción de deberes de autoprotección necesarios para el tráfico por parte de la víctima, cuando le era exigible su respeto, produce la desaparición de la infracción del deber de cuidado por parte del autor en los delitos imprudentes; cf. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 4. II. B. 2. b).

(166) Duda también de que el criterio de la "necesidad" pueda ser de utilidad sin referencias normativas W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 90), p. 164.

(167) En: idem/Pfeiffer, *Die Rechtsprobleme von AIDS* (n. 83), p. 451.

(168) Así lo entiende también Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 140.

(169) Cf. *supra* I. B. 1.

(170) Cf. los ejemplos aducidos por Schultz, ZStrR 71 (1956), p. 173 y ss.; enérgicamente en contra de la idea del reproche a la víctima, por ejemplo, Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 10 y ss.; Dölling, GA 1984, p. 82, nota 84; también Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 35, para quienes este planteamiento se acerca a los de la escuela nazi de Kiel.

(171) Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 140; en efecto, cabe hablar de que la

que la argumentación antes expuesta, tampoco se libra del reproche de contener una *petitio principii*, de carecer de justificación normativa.[172] Y esta debilidad dogmática de la base misma de la concepción conlleva, como es lógico, una gran indefinición en la solución de los casos concretos, atribuyendo al juez un excesivo margen de determinación, al depender la constatación del "merecimiento" o no de protección de la víctima de criterios valorativos sin refrendo normativo.[173]

Tampoco puede convencer el intento realizado por algunos victimodogmáticos, y particularmente por Fiedler, de conectar el "principio victimológico" con la idea de "*autorresponsabilidad*",[174] al afirmar que el "principio victimológico" deriva de la dignidad del hombre y es, en ese sentido, expresión del principio de autorresponsabilidad. Este punto de partida tiene el indudable mérito de intentar dotar de una base normativa a la valoración de la conducta de la víctima. Pero en la aproximación de Fiedler, esta conexión tan sólo se anuncia, se postula, sin ser llevada a cabo. Pues al mantenerse como núcleo de la argumentación la posibilidad fáctica de la víctima de autoprotegerse (como contenido del principio victimológico), en realidad no se da el paso desde la idea de autorresponsabilidad a la propuesta dogmática del "principio victimológico",[175] sino que tan sólo se afirma que el principio victimológico deriva de la autorresponsabilidad, pero no se lleva a cabo una fundamentación material de esa idea de autorresponsabilidad[176]. Dicho de otro modo: decir que el principio victimológico deriva de la "autorresponsabilidad" no es más que una mera afirmación, un postulado, mientras no se concrete algo más el contenido de aquella[177]. Y esta debilidad

utilización del criterio se hace con una perspectiva individual, centrada en si en el caso concreto existe el "merecimiento de protección" con el consiguiente merecimiento de pena para el autor; muy distinta es, en realidad, la discusión en torno al merecimiento o necesidad de protección que se ha desarrollado en los últimos años en la doctrina, en la que se discute -desde muy diversos puntos de vista- cuál es el valor que debe atribuirse a estos dos elementos desde una perspectiva general, de valoración externa introducida en las categorías dogmáticas, de la relevancia del comportamiento (del autor; cf. Luzón Peña, en: idem/Mir Puig, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal* [n. 156], p. 199 y ss.), y no de una constatación de ese "valor", dentro del análisis dogmático, en función de la situación concreta (de la víctima), como se hace en la argumentación victimodogmática.

(172) Así también Roxin, *AT I*[2] (n. 19), 14/19; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 140; Zaczyk, *Selbstverantwortung* (n. 138), p. 3, nota 14; en sentido similar W. Frisch, NStZ 1992, p. 4; idem, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 129 y s.

(173) En sentido similar Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 27, 71.

(174) *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 119 y ss.

(175) En este sentido se pronuncia sobre la obra de Fiedler, en su recensión de la misma, Zaczyk, GA 1991, p. 573; cf. también idem, *Selbstverantwortung* (n. 138), p. 10 y s.

(176) Cf. Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 118 y ss.: primero se habla brevemente de la autorresponsabilidad como emanada de la dignidad del hombre como valor constitucional (p. 118 a 120), y a continuación simplemente se agrega el principio victimológico (p. 121 y ss.), sin que en ningún momento se explicite el mecanismo de deducción entre ambos.

(177) Así, frente a la aproximación propuesta por Fiedler estaría plenamente justificada la crítica formulada por Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan (*Victimología* [n. 11], p. 25 y ss.; 32 y ss.; en sentido similar también Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.ª

en la fundamentación material de la postura ha de repercutir en inseguridad en el tratamiento dogmático.[178]

2.2.4 Excurso: victimodogmática y "eficiencia" del sistema penal

Las ideas centrales de las aproximaciones victimodogmáticas, dicho sintéticamente, la consideración de que no es necesario incriminar los comportamientos realizados contra víctimas que estaban en condiciones de evitarlos con medidas de autoprotección, también puede ser tomada como punto de partida para una reflexión en clave de costes y beneficios. En este sentido, parece claro, en principio, que el mantenimiento de un sistema público penal para víctimas "despreocupadas" genera más costes que la protección de víctimas que toman medidas de autoprotección. Esta es en síntesis la idea que recientemente ha tomado como punto de partida Harel[179] en la doctrina anglosajona desde la perspectiva del análisis económico del Derecho. Después de rechazar algunas posiciones desarrolladas dentro de esa corriente del análisis económico del Derecho, según las cuales la disminución de costes sólo debe buscarse en el lado del autor (es decir, evitar la realización del comportamiento delictivo),[180] Harel construye una propuesta de reformulación, o, mejor dicho, de reinterpretación del sistema penal como mecanismo estatal de reparto de protección,[181] bajo el rótulo de la necesidad de introducir un principio de *comparative fault*[182] en Derecho penal. Desde esta perspectiva -junto con razones de "eficiencia"[183]-, un reparto racional de cargas exigiría un reparto igualitario de los costes de la protección, esto es, una disminución en la punición de quienes actúan contra víctimas descuidadas.[184] Claro está que Harel realiza restricciones normativas a este punto de partida para poder hacer casar su concepción con el Derecho penal positivo,[185] ya que su

edición, Barcelona, 1994, p. 299 y s.), frente a *esta* formulación de un principio de "autorresponsabilidad"; en este sentido, puede afirmarse que tal principio "desnaturalizaría las bases del Derecho penal" (Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* [n. 11], p. 28). Pero hay otras formas de construir un "principio de autorresponsabilidad" (cf., por ejemplo, Walther, *Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], p. 78 y ss.; Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* [n. 8], § 8).

(178) Respecto de Fiedler ha de decirse que su propuesta se limita prácticamente a recomendar una cuidadosa ponderación, sin que quepa distinguir criterios materialmente asentados para realizarla (*Fremdgefährdung* (n. 79), p. 178 y ss., p. 183 y ss., cf. también *supra* II. A. 2.); en este sentido crítico respecto de la posición de Fiedler también se pronuncia Zaczyk, *Selbstverantwortung* (n. 138), p. 55.

(179) CalLR 82 (1994), p. 1181 y ss.

(180) Cf. Harel, CalLR 82 (1994), p. 1197 y ss.

(181) CalLR 82 (1994), p. 1201 y ss.

(182) Similar a la compensación de culpas en los ordenamientos continentales; cf. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 4 I. A. 4., sobre el tratamiento jurisprudencial -próximo al de la jurisprudencia española- en el ámbito anglosajón de este principio en el ordenamiento jurídico-penal.

(183) Cf. Harel, CalLR 82 (1994), p. 1193 y ss.: si el Derecho penal no protege en mayor medida a las víctimas cuidadosas, las potenciales víctimas en su conjunto no tendrán suficientes incentivos para autoprotegerese (p. 1197).

(184) Harel, CalLR 82 (1994), p. 1207 y s.

(185) CalLR 82 (1994), p. 1208 y s.: sólo pueden exigirse medidas de autoprotección "razonables", aunque desde el punto de vista de la pura eficiencia éstas hubieran de ser "óptimas"; pues la perspectiva de la eficiencia llevaría *per se*, como parece evidente y Harel reconoce, a retirar la pro-

intención es la de reinterpretar el ordenamiento norteamericano vigente.[186] Pero estas restricciones vienen acompañadas de un radical cambio de perspectiva (de la "eficiencia" o justicia en el reparto de costes a una "justicia distributiva" de orden superior), rompiéndose así la coherencia de la concepción.

En el marco del presente trabajo no puede dedicarse toda la atención que sería deseable a las particularidades de esta propuesta. Pero resulta interesante constatar que, aparte de la idea de necesidad de protección, el punto de vista de Harel, desarrollado en un contexto que aparentemente carece de puntos de contacto con el de la discusión dogmática continental europea, comparte[187] con los postulados victimodogmáticos dos elementos problemáticos: la delimitación de su ámbito de aplicación y su fundamentación normativa, siendo el primero, al igual que en el caso del principio victimológico, consecuencia del segundo.

2.2.5 Dogmática en lugar de victimodogmática

Puede concluirse que el intento de desarrollar una "perspectiva victimológica" en la dogmática jurídico-penal tropieza con serios inconvenientes. Con independencia de que este sector de la doctrina esté aún en desarrollo y de que algunas concepciones hayan sido presentadas de modo precipitado,[188] parece que ya puede decirse que a la hora de resolver el problema dogmático no se trata de averiguar las consecuencias de la investigación de la etiología del delito en relación con la contribución de la víctima (= victimología) en la dogmática de la imputación. Pues la "inspiración" victimológica, sin una adecuada fundamentación material-normativa y sin inscribirse en el sistema de la dogmática jurídico-penal de modo sólido, no pasa de ser una etiqueta atractiva. En este sentido, quizás lo adecuado sea hablar tan sólo del "punto de partida"[189] o de la "perspectiva"[190] victimológica o victimodogmática, como un punto de vista a adoptar para interpretar determinadas realidades jurídico-penales. Pero queda claro, entonces, que el "principio victimológico" postulado

tección penal a la víctima cuyo "descuido", por ejemplo, consiste en vestirse de una determinada manera siendo una mujer atractiva. Pues la perspectiva de la mera eficiencia en la protección debería conducir, en principio, sencillamente a seleccionar como destinatario de la obligación de evitar el daño a quien esté en mejor posición fáctica para ello (como señala, desde otra perspectiva, Kratzsch, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlin, 1985, p. 359; idem, en: Rolf Dietrich Herzberg (ed.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Köln etc., 1985, p. 69 y s.).

(186) CalLR 82 (1994), p. 1210 y ss., 1226.

(187) También en este caso cabe lamentar la poca atención que por lo general se prestan recíprocamente las respectivas doctrinas penales de los círculos jurídicos continental y anglosajón, cuando lo cierto es que -más allá de las diferencias estructurales existentes en los dos sistemas- frecuentemente se discuten problemas idénticos, como demuestra la notable coincidencia de la propuesta reseñada con la victimodogmática continental.

(188) W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 231; también considera que las concepciones victimodogmáticas aún están en sus inicios Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 108.

(189) Así en el título de uno de los trabajos de Schünemann (en: Schneider [ed.], *Verbrechensopfer*, p. 407 y ss.).

(190) Como en la formulación utilizada por Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 17.

por los victimodogmáticos no puede alcanzar la relevancia que le es atribuída por sus defensores.

Posiblemente la victimología sea fructífera para la determinación de propuestas de *lege ferenda* en delitos en los que la Ley diseña una frontera de intervención penal específica para, precisamente, casos de interacción entre víctima y autor[191]. Y muy probablemente sirva para concretar el contenido de los bienes jurídicos protegidos por determinados delitos, al aportar análisis empíricos de los daños producidos en las víctimas.[192] Pero la mera invocación de la perspectiva "victimodogmática" no puede llevar a la resolución del problema de la influencia del comportamiento de la víctima en el sistema de imputación penal, y en este sentido, desde este sector doctrinal se han planteado pretensiones exageradas.[193]

Debe señalarse, de todos modos, que a las aportaciones dogmáticas reunidas bajo el rótulo de la "victimodogmática" les corresponde sin duda el muy considerable mérito de haber llamado la atención de la dogmática jurídico-penal sobre los importantes problemas que plantea la intervención de la víctima, mientras que en cierta medida el tratamiento de estos problemas en algunas ubicaciones dogmáticas más "tradicionales" que había tenido lugar con anterioridad ocultaba las dimensiones y el carácter específico de la cuestión. Muy especialmente, la victimodogmática ha contribuido de modo esencial a que se perfilase la relevancia de las cuestiones político-criminales que conlleva el tratamiento dogmático del problema. En este sentido, es de esperar que la dogmática más "tradicional" del tratamiento de la víctima se vea impulsada por la discusión creada por las aportaciones victimodogmáticas a explicar claramente cuales son sus soluciones, en vez de negar la existencia del problema y abordarlo con construcciones *ad hoc* de dudosa corrección dogmática.[194] Tampoco cabe dudar de las aportaciones que la victimodogmática ha hecho en la interpretación de determinados tipos de la Parte Especial.[195] Por otra parte, debe destacarse que la victimodogmática -si bien, como se ha visto y desde el punto de vista aquí defendido, con una formulación dogmática fallida-, introduce, al resaltar la génesis de la condición de víctima, un cambio de paradigma esencial, pues supera la perspectiva centrada exclusivamente en la perspectiva subjetiva de los intervinientes -ya sea de la víctima (consentimiento y equivalentes funcionales) o del autor (previsibilidad)-, y propone, por el contrario, una perspectiva de conjunto de la relación entre víctima y autor.

Pero con estos elementos positivos, que se resumen en su propia denominación de "victimo"-dogmática, es decir, en su carácter de una construcción específicamente destinada a abordar la problemática de la víctima, aparece ya su debilidad decisiva: la carencia del anclaje en una concepción dogmática general, que no puede obtenerse para un

(191) Así, por ejemplo, Jung, MSchrKrim 67 (1984), p. 133.

(192) Escéptico al respecto, sin embargo, Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 117 y s.

(193) Así lo afirma Torío López, LH Fernández Albor (n. 5), p. 717.

(194) Como es el caso, señaladamente, de la jurisprudencia del TS en España con su doctrina de la concurrencia de culpas (cf. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* [n. 8], § 4 I.) o la aplicación ecléctica del *topos* de la autopuesta en peligro por parte del BGH en Alemania (cf. Cancio Meliá, op. cit., § 6 I.).

(195) Cf. Roxin, *AT I*[2] (n. 19), 14/22.

problema aislado, de modo independiente del edificio ya existente de la teoría del delito.[196] En este sentido, puede decirse que ya existía "victimodogmática" en el sistema de la teoría del delito -en distintos instrumentos dogmáticos- antes de que se inventara la denominación. Dicho de otro modo: no es necesario crear una especial victimodogmática; es la dogmática sin más la que debe ser capaz de resolver el problema.[197] Y aunque la cuestión de la denominación sea, claro está, de menor importancia, es esta reflexión la que desaconseja el uso del término "victimodogmática":[198] el tratamiento del comportamiento de la víctima también debe ser abarcado por la dogmática.[199]

(196) Cf. en sentido similar Kratzsch, *Verhaltenssteuerung* (n. 185), p. 100 y s., quien subraya que el elemento de la responsabilidad de la víctima no es más que uno entre otros aspectos cuya relevancia para el injusto debe ser valorada de modo conjunto.

(197) Así Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 113 y s., quien es precisamente un destacado autor de propuestas -especialmente, en materia de apropiación indebida, cf. las referencias en Arzt/Weber, *BT 3* (n. 91), n.m. 248, nota 2- que han sido calificadas de "victimodogmáticas".

(198) En este sentido, W. Hassemer dice que se trata "más bien de un eslógan que de un concepto" (*Grundlagen* [n. 1], p. 77), mientras Kuhlen (*Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989, p. 127) considera que es un término "más polarizante que aclarador".

(199) Cf. en este sentido, por ejemplo, las propuestas defendidas en los trabajos citados en la nota 8.

1.3

EMERGÊNCIA E DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

SERGIO MOCCIA

1. Na configuração que assumiu no atual momento histórico, o sistema penal parece caracterizado, seja na atividade legislativa seja na práxis, judiciária, por um *habitus* de tipo emergencial com suas origens no passado, ressurgido recentemente em relação à "luta" contra graves e difusas formas de criminalidade (organizada, de colarinho branco ou de fundo racial), que não pode deixar de despertar preocupação em relação à defesa dos direitos do indivíduo. A intervenção penal conheceu uma extensão a setores considerados tradicionalmente *ex lege* – criminalidade da camada político-administrativa e empresarial, também de altíssimo nível – e uma exacerbação motivada pela necessidade de enfrentar a preocupante difusão da criminalidade organizada.

A crise de legalidade e de legitimidade atingiu vastos setores do sistema, deixando emergir também a absoluta ineficiência das estruturas institucionais para garantir aqueles controles político-administrativos que teriam podido ser úteis para prevenir as degenerações criminais da gestão da coisa pública.[1] Disso derivou uma superexposição da magistratura, que atribuiu a si mesma, dentro dessa situação, novas tarefas e maiores poderes. Todavia, na medida em que tal superexposição torna-se concreta também no comprometimento das garantias individuais, a própria magistratura fica envolvida na crise de legalidade e de legitimidade que assume, assim, dimensões, no mínimo, preocupantes.

O risco, portanto, concerne sobretudo às garantias individuais que, como limites postos para defesa do homem contra os abusos estatais, representam a expressão mais significativa daquele longo e atormentado processo evolutivo que caracterizou o desenvolvimento da civilização jurídica contemporânea.[2] Não é admissível, portanto, que numa estrutura ordenamental de democracia avançada se adotem, ainda que com a finalidade de remediar gravíssimas perturbações do complexo socioestatal, remédios normativos e práticas jurisprudenciais que acabam por fazer com que a estrutura ordenamental deslize na direção de preocupantes formas de arbítrio que têm sempre caracterizado os momentos mais difíceis para os direitos do indivíduo.

(1) Sobre o tema, cf. para todos Caferra, *Il sistema della corruzione*, Roma-Bari, 1992, passim, espec. p. 97 *et seq.*

(2) Veja a propósito as belas páginas de Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, 1979, p. 5 *et seq.* Para uma apreciável reconstrução do debate atual em torno da definição, âmbito e funções das garantias, cf. o volume coletânea *Le ragioni del garantismo*, org. de L. Gian Formaggio, Torino, 1993, passim.

A consideração das intervenções legislativas predispostas com o objetivo de enfrentar fenômenos criminosos novos (criminalidade de fundo racial e contra interesses difusos), pelo menos nas dimensões (criminalidade organizada), evidencia as formas nas quais se exprime a atual involução do sistema penal, que envolve sob o perfil técnico, essencialmente o princípio da legalidade, antes de mais nada no que diz respeito à determinação dos casos particulares incriminadores, bem como os da materialidade e da ofensividade; do ponto de vista político-criminal, aquelas intervenções assumem, ao contrário, características quase paradigmáticas da legislação simbólica.

A exigência segundo a qual uma condenação deve fundar-se sobre fatos reais e não sobre suspeitas e/ou presunções é sustentável somente em relação a normas que do ponto de vista do conteúdo, do objeto da proibição, representem condutas orientadas à realização de eventos e não "excentricidades" socioantropológicas ou, pior ainda, meras violações formais, distantes da realidade.

A passagem decidida do legislador a um globalizante, onívoro, direito penal, exprime a marca mais evidente da crise, tão grave quanto pouco notada, de uma cultura *iuspenalista* da legalidade, formal e dos conteúdos; e, francamente, não pode deixar de despertar preocupação o fato de que, nesse contexto, é encontrável um estranho comportamento, bastante difuso, da doutrina que parece não perceber como essa cultura vai-se perdendo.[3]

As leis penais já se tornaram, muito freqüentemente, simples "regras escritas", de conteúdo casual: elas, porém, estão ligadas, ou em todo o caso é possível também que estejam, a uma severa punição, sem que, todavia, do conteúdo da proibição surja uma fundada justificação para aquele tratamento sancionador. E isso torna completamente improvável uma coerente reconstrução em termos dogmático-sistemáticos dos novos "produtos" normativos.[4]

O mesmo vale também, como veremos mais adiante, para aquelas hipóteses *premiais* emergenciais, que podemos definir *extra ordinem*. De fato, os esforços conceituais para definir, por exemplo, os limites da desistência ou arrependimento eficaz da tentativa – ponte de ouro, retorno à legalidade e assim por diante – perdem significado se se difunde a "regra" com base na qual qualquer *post factum* a ser avaliado positivamente, talvez prevalentemente, senão exclusivamente, em termos de utilidade processual, pode favorecer até a não punibilidade.

Este é o indício, talvez o mais evidente, de como perder-se a própria dogmática, não entendida, repetimos, no pior sentido de mero exercício tecnicista, mas como estratificação dos resultados de uma tradição secular de civilização; e com ela acaba por dissolver-se uma parte não secundária das garantias. Assim como, quando nos seus procedimentos de abstração e generalização das disposições legislativas – justamente os "dogmas" –, o *jus penalista* encontra-se

(3) Para uma rigorosa e exemplar perspectiva histórica, vide as fundamentais e estimulantes contribuições de Sbriccoli, Il diritto penale sociali, 1883-1892, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, 1974-1975, p. 557 *et seq.*; *Id.*, *Il diritto penale liberale*. La "Rivista penale" di Luigi Luchini, 1874-1900, ibid., 16, 1987, p. 105 *et seq.*; *Id.*, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale neel'Italia* unita, AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, org. A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, p. 147 *et seq.*

(4) Permita-se aqui remeter ao nosso L'illusione repressiva. La politica criminale e giudiziária nell'Italia degli anni 90, *Dei delitti e delle pene*, 1- 1998, p. 91 *et seq.*

diante de "produtos" normativos que, freqüentemente, nas suas carências formais e substanciais, no seu íntimo aspecto contraditório, na pouca harmonização com outras disposições, tornam impossível a própria enucleação de conceitos de tipo dogmático-sistemáticos.

E é significativo a esse propósito que já se comece a perguntar,[5] retoricamente – espera-se –, se o direito penal adequado a "novas" exigências de intervenção tem ainda necessidade de uma parte geral: esta última, não por acaso, deve ser considerada a expressão mais significativa e densa de valor civil da elaboração dogmático-sistemática.

2. A normativa em matéria de discriminação racial se põe, de um ponto de vista formal e de um ponto de vista substancial, numa linha de absoluta continuidade com a emergência que, ao menos em relação a determinados setores da experiência jurídico-penal, sempre caracterizou o nosso ordenamento. No plano da técnica de normatização, tem-se o hábito de remeter em cadeia a outras leis que, contrariamente ao respeito das regras elementares de certeza, torna extremamente complexa a reconstrução do ditado normativo, com os usuais corolários da carência de conhecimento e aplicabilidade.[6] Mas também a estrutura interna da lei resulta inadequada seja em relação à formulação do texto das normas individuais, seja em relação à própria conformação do articulado: basta pensar na estrutura do art. 1.º da Lei, que vai dos números 1 a 1 *sexies*, lá onde o número 1 reformula o art. 3.º da Lei 654, de 13.10.1975, e se subdivide, por sua vez, em três parágrafos.

No plano das hipóteses fáticas, a normativa se apresenta, antes de mais nada, com a previsão da ritual, enésima figura associativa (art. 3.º, § 3.º, da Lei 354, de 13.10.1975, modificado pelo art. 1.º da Lei 205/93),[7] que, além de apresentar todos os problemas de certeza, capacidade ofensiva, materialidade e individualização de responsabilidades pessoais, típicas deste tipo de incriminações,[8] se caracteriza, na normativa ante-*naziskin* para a extensão da repressão em relação a "movimentos" e "grupos" sem a necessária estabilidade organizativa; portanto, acaba-se por criminalizar o mero acordo, com uma antecipação exasperada do início da intervenção penal, derrogando, injustificadamente a norma geral de que trata o art. 115 do CP em matéria de instigação e acordo.

Mas o aspecto caracterizante da normativa é dado, a nosso ver, pela previsão de diversas hipóteses fáticas de opinião que enriquecem o patrimônio já considerável, que nos foi deixado como herança pelo legislador fascista: essas hipóteses, longe de poderem resolver os problemas, correm o risco de reforçar o fenômeno, a partir do momento em que a punição por amostra – a única que uma normativa deste gênero é capaz de assegurar – termina por vitimizar o autor, incrementando o consenso em torno do fenômeno que se pretendia combater.

Na verdade, é sob o perfil das opções em matéria de normas incriminadoras[9] que esta lei consegue, a nosso ver, combinar de modo exemplar à queda de garantias uma previsível ineficácia.

(5) Paliero, *L'autunno del patriarca*, cit., p. 1.242-1.243.

(6) Cf. sobre este ponto Stortoni, Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?, *Crit. dir.* 1994, p. 16.

(7) Cf. sobre este tema G. A. de Francesco, Commento all'art. 1.º de Lei 26.04.1993, *Legisl. pen.* 1994, p. 188 *et seq.*

(8) V. infra.

(9) Cf. a propósito G. A. de Francesco, *Commento all'art. 1.º de Lei 26.04.1993*, n. 122, cit., p. 177.

O primeiro tipo evidenciado é o previsto pelo art. 3.º, § 1.º, letra *a*, primeira parte, da Lei 654/75, modificado pelo art. 1.º da Lei 205/93 e é relativo à conduta de difusão "de qualquer modo de idéias fundadas sobre a superioridade ou sobre o ódio racial e étnico", punida com a reclusão de até três anos. Aqui, além dos perfis de compatibilidade com o art. 21 da Constituição, que estabelece a liberdade de opinião, emergem evidentes problemas de determinação, ligados seja à definição do conceito de difusão de idéias que é tornada ainda mais vaga pelo acréscimo de "qualquer modo", seja à definição do conteúdo das idéias. Tais problemas não dizem respeito, indubitavelmente, ao ódio racial, mas seguramente à idéia de "superioridade" que, juntamente à previsão da modalidade absolutamente livre de execução – de qualquer modo –, corre o risco de submeter à sanção penal qualquer expressão de pensamento, ocorra em qualquer parte e de qualquer forma que contenha juízos críticos antropológica e culturalmente valoráveis.[10]

À mesma pena são submetidas também, com clara violação de regras elementares de razoabilidade, outras duas condutas punidas pelo art. 3.º, § 1.º, letra *a*, segunda proposição, da Lei 654/75, modificado pelo art. 1.º da Lei 205/93, que apresentam um diferente maior desvalor do que aquela precedentemente citada: trata-se de uma conduta que instiga "cometer atos de discriminação" e de uma conduta que execute esses mesmos atos, ambas sustentadas, sob o perfil da motivação, por objetivo de ordem racial, étnico, nacional ou religioso. Deve ser aqui evidenciado que a conduta instigadora, ou melhor, "de incitamento", é sancionada penalmente mesmo se a instigação não é acolhida, contrariamente às regras garantidoras do direito penal do fato, que deixam isentos de pena as intenções não concretizadas em atos materialmente apreciáveis e ofensivos de um bem jurídico. Um outro perfil de irracionalidade está ligado à equiparação, *quoad poenam*, da mera conduta instigadora e do cometimento dos atos de discriminação.

Considerações análogas àquelas até aqui desenvolvidas em termos de exatidão, de materialidade e de poder ofensivo, e ainda de razoabilidade, valem também para hipótese das previstas pelo art. 3.º, § 1.º, letra *b*, Lei 654/75, modificado pelo art. 1.º da Lei 205/93, que pune "com reclusão de seis meses a quatro anos quem, de qualquer modo, incita a cometer ou comete violência ou atos de provocação por motivos raciais, étnicos nacionais ou religiosos", equiparando assim no tratamento sancionatório condutas de mera instigação e condutas executivas, de um lado, e atos de violência e atos de provocação, de outro.

No que concerne aos problemas de exatidão, à parte a problematicidade do inciso "de qualquer modo", é a locução "atos de provocação à violência" que torna na sua equivocidade problemática a interpretação também da norma de que trata o parágrafo precedente; ela prevê, como sabemos, a punição do incitamento ou do cometimento de atos de discriminação. Não sabemos qual tenha sido, em todo caso, a *mens legis*; se se quiser dar um sentido seja à norma de que trata art. 3.º, § 1.º, letra *a*, seja àquela de que trata a letra *b*, ela deve ser entendida no sentido de solicitação da violência daqueles que são objeto de discriminação, mesmo que uma leitura do gênero possa despertar perplexidade.

Posteriores limites à livre expressão do pensamento referem-se ao tipo penal das "manifestações racistas" contidas no art. 2.º, § 1.º, da Lei 205/93; trata-se de

(10) Cf. sobre o ponto Stortoni, *Le nuove norme contro l'intolleranza*, cit., p. 17.

uma forma de instigação indireta, de regra não punível em um direito penal do fato, baseada sobre o tipo das problemáticas "manifestações fascistas", de que trata no art. 5.º da Lei 645/52.[11]

3. Um posterior exemplo da atual involução do sistema penal[12] é oferecido pela legislação antimáfia. De início coloca se a escolha – pelo menos de tipo emotivo e, em todo caso, totalmente irracional – de confiar unicamente ao direito penal a solução do problema da criminalidade organizada, que, reduzido a uma mera questão de ordem pública, deveria justificar a adoção de providências emergenciais, caracterizadas pela improvisação, pelo caos, rigorismo repressivo, pelo caráter simbólico, pela total ausência de coordenação sistemática e pelas paralisantes remissões em cadeia, e por isso destinadas à ineficácia. O *emergencialismo*, em outras palavras, gerou o uso simbólico do direito penal[13] em nome de uma presumida política criminal da eficiência, que acabou por suplantar a busca de soluções de política social geral bem mais eficientes.[14]

Em relação às normas incriminadoras, a abordagem simbólica privilegiou as pesquisas sobre as estruturas associativas em detrimento da perspectiva, mais confiável, da persecução de particulares delitos-fim; o risco é trocar tipos de autor por eventos, quando o direito penal do fato, como emerge do nosso ordenamento normativo fundamental, impõe a partir dos eventos para chegar aos sujeitos e não vice-versa, a partir da individualização dos possíveis sujeitos para tecer-se hipóteses sobre os eventos. Além disso, a identificação do evento com o fato associativo implicaria numa extensão sem limites e, portanto, inutilização do objeto de tutela, pela sua absoluta inexatidão e incompreensibilidade.

A referência normativa para a luta à criminalidade organizada é dada pela associação de tipo mafioso de que cuida o art. 416 *bis* CP, símbolo da normativa antimáfia; o discurso, todavia, não se limita a esse tipo, mas diz respeito também a toda categoria dos tipos associativos, que parecem problemáticas sobretudo em relação aos princípios de necessária lesividade e de materialidade, mas, freqüentemente, também de determinação; trata-se, de fato, de tipos de dúbia objetividade jurídica,[15] referidos não a fragmentos mais ou menos longos de conduta, mas a verdadeiros "universos antropológicos",[16] que comportam, sob o aspecto processual, notáveis dificuldades de ordem probatória.

(11) Cf. a propósito Del Corso, Commento all'art. 2.º de Lei 02.04.1993, n. 122, *Legisl. pen.* 1994, p. 201 *et seq.*

(12) Para um exame mais detalhado de alguns aspectos problemáticos da recente legislação penal, permita-se citar o nosso *La perenne emergenza*, 2. ed. revista e ampliada, Napoli 1997, espec. p. 113 *et seq.*

(13) Sobre perspectivas e implicações conexas ao conceito de legislação simbólica, cf. M. Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, Ebelsbach, 1989; Paliero, Consenso sociale e diritto penale, *Riv. It. Proc. Pen.*, 1992, p. 891 *et seq.*

(14) Cf. Stortoni, Criminalità organizzata e legislazione di emergenza, *Dei delitti e delle pene*, 1992, 39 *et seq.*

(15) Sobre a incompatibilidade entre tipos associativos indeterminados e o respeito do princípio acusatório do contraditório, v. em particular Bricola, Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale, *Ind. Pen.*, 1989, p. 317 *et seq.*; sobre o tema cf. também Padovani, Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 921.

(16) Cf. C. Fiore, Il reato di associazione mafiosa e le ragioni della legalità, *AAVV, Camorra e criminalità organizzata in Campania* org. F. Barbaglio, Napoli, 1988, p. 80 *et seq.*, 82.

No que diz respeito à violação do princípio de materialidade, deve ser considerado que as normas sobre a participação em associações de tipo mafioso, art. 416 *bis* CP, ou com finalidade de terrorismo (e subversão), art. 270 *bis* CP, não exigem comportamentos funcionais com objetivos de associação, de modo que a conduta de participação pode acabar por limitar-se a uma simples adesão.

De fato, pela trintena de tipos associativos previstos no nosso ordenamento é difícil realizar uma ligação com um bem categorial autônomo. Aquelas mais significativas, não por acaso fazem referência a objetos de macroscópicas dimensões, como a personalidade do Estado e a ordem pública. Esta última, em particular, pelo menos na sua acepção ideal, deve ser considerada não um bem jurídico, mas uma *ratio* de tutela que, na sua inadequação para oferecer uma noção significativa do objeto de tutela, parece absolutamente inidônea a desenvolver uma função de delimitação da intervenção penal.[17] São conhecidos os riscos de uma concepção metódica do bem jurídico que, para representar "a síntese categorial... de significado e objetivo das normas penais individuais",[18] acaba por favorecer a proliferação de objetos fictícios de tutela, e assim abonar insustentáveis opções de criminalização hipertrófica.

A confusão entre bem e *ratio*, especialmente em matéria de ordem pública, comporta graves perigos para as garantias individuais: corre-se o risco, em suma, da criminalização de condutas que são certamente contrárias à ordem pública como *ratio*, mas podem resultar muitíssimo distantes da efetiva lesão do bem que a conduta, na realidade, visa agredir: não por acaso esta é uma das características negativas que, em nome da defesa da ordem pública, sempre revelou a legislação de emergência.[19]

Mas, além da individualização de objetos de tutela mais ou menos evanescentes, é o mero acordo – embora estável e organizado – que está em evidência [20] quando os bens efetivamente em questão são, na realidade, aqueles para cuja ofensa se associa e em relação aos quais se pretende prestar tutela antecipada.[21] Os tipos associativos – como os

(17) A propósito, que nos seja permitido citar o nosso Ordine pubblico, *Enc. giur. Treccane*, vol. XXII, Roma, 1990, p. 2 *et seq.*

(18) Assim Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, vol. I Mannhein-Berlin-Leipzig, 1919, p. 94; no mesmo sentido também Grünhut, Methodische Grundlangen der heutigen Strafrechtswissenschaft, *Festgabe für R. Frank*, Bd I, Tübingen, 1930, ao qual se deve a conhecida definição de bem jurídico como "Abbreviatur des Zweckgedankes".

(19) Para uma confiável reconstrução de um quadro normativo emergencial, em um contexto crítico rigorosamente normativo, cf. G. Riccio, *Politica penale dell'emergenza e Costituizione*, Napoli, 1982, passim.

(20) Cf. Neppi Modona, Criminalità organizzata e modelli associative, *AAVV., Beni e tecniche della tutela penale, materiali per la riforma del codice*. Org. C.R.S., Milano, 1987, p. 117 *et seq.*; Pignatelli, *Tutele e garanzie in tema di riforma dei reati associativi*, ibidi, p. 127 *et seq.*

(21) Neste sentido Rudolphi, Verteidigerhandeln als Unterstutzung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung im Sinne der Parr. 129 und 129.ª StGB, *Festschrift für H.L. Bruns*, Bern, 1977, 317; Id., § 129, in Rudolphi-Horn-Samson, Systematischer Kommentar zum StGB, II, Besonderer Teil, 4. ed., 1989, p. 37. Para uma reconstrução dos tipos associativos em termos de dano, cf. Patalano, *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971, p. 187 *et seq.*; para uma orientação diversa, cf. Insolera, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983, p. 142 *et seq.*; um iter complexo seguiu a evolução do pensamento de um respeitável estudioso da ma-

de instigação – exprimem a exigência de prestar uma tutela antecipada, diante das possíveis agressões por parte de organismos plurissubjetivos, que, só por isso, apresentam características de particular eficiência criminal, e a cujas ações um acentuado alarme social está, normalmente, conexo. Em essência, os crimes associativos são delitos de "suspeita", de forte conotação simbólica, aos quais se recorre quando falta a prova do delito fim. Todavia, não parece que esses estejam em grau de realizar esta finalidade repressiva, uma vez que a prova do fato associativo, privado de um efetivo bem de referência, torna-se dificílima quando falta a prova do cometimento de outros concretos fatos criminosos.[22]

Mas, também sob o aspecto da legalidade,[23] com todas as implicações conexas em termos de funcionalidade, os tipos em exame parecem fortemente problemáticos. Basta pensar nos graves problemas de interpretação, assinalados há tempo,[24] ligados à sobreposição de diversas figuras associativas, que tornam uma hipótese possível, fora do esquema do concurso aparente, a atribuição de uma mesma conduta a normas diversas, se postas em defesa de diversas objetividades jurídicas, com graves riscos em relação ao respeito do *ne bis in idem* substancial.

Ainda sob o aspecto do respeito ao princípio da taxatividade, deve ser também ressaltada a extrema problematicidade dos casos de associação de tipo mafioso, de que trata no art. 416 *bis* CP. Trata-se de uma norma redigida com imprecisão, excessivamente descritiva, com uma clara propensão casuística: um verdadeiro e próprio emaranhado no qual se fundem elementos normativos, elementos naturalísticos, referências sociológicas, tudo em prejuízo de elementares exigências de determinação. Ela resulta, entre outras coisas, também suspeita de violação da proibição da analogia em relação à fórmula adotada no último parágrafo, que estende as disposições dos parágrafos precedentes à camorra e às outras associações, qualquer que seja a denominação local que, valendo-se da força intimidadora do vínculo associativo, persegue objetivos correspondentes àqueles da associação de tipo mafioso.[25] Trata-se, por outro lado, de uma tendência confirmada pelas modificações introduzidas em 1992, com a inserção de uma nova modalidade de realização do delito, a interferência no livre exercício do voto, art. 416, *bis*

téria, G. A. de Francesco, do qual veja Ratio di "garanzia" ed esigenze di "tutela" nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 894 ss., e Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 105.

(22) Veja a propósito as claras considerações desenvolvidas por C. Fiore, *Il reato di associazione mafiosa e le ragioni della legalità*, cit., p. 80 *et seq.*

(23) Sobre a problematicidade da adoção de objetividade jurídica como a ordem pública e outros "bens vagos" em relação ao art. 25, § 2.° Cost., cf. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 193-194.

(24) Cf. Dolcini, Appunti su criminalità e reati associativi, *Arch. Pen.* 1992, p. 269 *et seq.*; G. A. de Francesco, I reati politici associativi nel codice Rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 679 *et seq.*

(25) Como já pôs em relevo Nuvolone, Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, p. 7-8. Para uma atenta análise dos problemas de legitimidade constitucional conexos às disposições das quais se tratam no art. 416, *bis* CP, para todos, cf. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, 4. ed., Padova, 1993, p. 9 *et seq.*; G. A. de Francesco, Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso, *Dig. disc. pen.*, vol I, Torino, p. 289 *et seq.*

§ 3.º, do CP, e com a extensão da punibilidade, que parece puramente teórica, também a quem obtém a promessa de votos em troca da distribuição de dinheiro, art. 416 *ter* do CP.[26]

Poder-se-ia, talvez, a falhar os diversos problemas levantados pelos tipos associativos, substitui-los com a inserção, na parte geral do código, de uma nova figura de concurso de pessoas, qualificada pela estabilidade da organização e do vínculo associativo,[27] adequando assim a normativa à uma realidade que já vê hoje as associações serem atingidas somente quando estão em atividade. Seria, portanto, desejável que a defesa dos bens individuais e supra-individuais que a criminalidade organizada ameaça ficasse confiada a tipos – talvez a serem reformulados, senão criados *ex novo* – formulados para a tutela da pessoa, da administração pública, da administração da justiça, da funcionalidade das instituições políticas, do patrimônio e da economia, aos quais se juntará, quando os bens forem ofendidos, pelo menos na forma de tentativa, o instituto associativo, de parte geral, caracterizado por um severo regime sancionador.

Evitar-se-ia assim o recurso a uma tutela fortemente antecipada, que representa o duplo inconveniente de inevitável queda em termos de garantia e de um defeito de credibilidade devido à fatal ineficácia dos casos caracterizados pela tipicidade "incompreensível".

4. A involução recente do sistema penal não deixou de envolver o ordenamento processual; na afanosa busca de maior eficiência, intervenções de tipo emergencial – ligadas à expansão da criminalidade organizada e à descoberta de uma densa rede de atividades e práticas ilícitas em áreas de poderes públicos e privados – delinearam um novo modelo de processo penal.

A presença de refluxos inquisitórios, pouco compatíveis com esquemas do ordenamento do estado social de direito, combina-se com as exigências de iniciativas judiciárias cada vez mais freqüentes, aos limites do suprimento, para enfrentar fenômenos crônicos de mal-estar da sociedade italiana com meios oferecidos pelo sistema penal. Chega-se, portanto, a propor novamente uma "questão de justiça" com as costumeiras características da crise e do suprimento. E sob a égide da emergência houve um incontestável retorno a lógicas de marca autoritária, que se considerava terem sido completamente superadas com a Reforma de 1988.

Parece ter perdido especial significado o fato de que entram em questão no

(26) A propósito, para todos, cf. Fiandaca, Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica, *Foro it.*, V, 1993, p. 137 *et seq.*; e Visconti, Il reato di scambio elettorale-politico-mafioso, *Ind. pen.*, 1993, p. 286 *et seq.*

(27) Para uma abertura nesse sentido cf. Spagnolo, Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista, *Beni e tecniche della tutela penale*, cit., 159. Para uma reforma radical no sentido da simplificação e racionalização, ainda que em termos diversos, pronunciou-se a prevalente doutrina, cf. Romano, Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico, *Quest. crim.*, 1981, p. 164 *et seq.*; Padovani, Bene giuridico e deliti politici, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 18 *et seq.*; Neppi Modona, *Criminalità organizzata e modelli associative*, cit., p. 119 *et seq.*; Insolera, Sulle diverse forme di criminalità organizata, *AAVV., Beni e tecniche della tutela penale*, cit. p. 147 *et seq.* Ao contrário, para "a adoção de modelos repressivos de parte especial" tendentes a ampliar o raio de ação do direito penal com o objetivo de auxiliar "exigências particulares de política criminal e um difuso consenso social", se manifesta G. A de Francesco, Dogmatica e politica criminale nel rapporti tra concorso de persone nel reato ed interventi normative contro il crimine organizzato, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1303.

processo penal direitos fundamentais do indivíduo e, primeiro entre todos, o direito à liberdade. Certamente, não se pode desconhecer que um estado social de direito deva ser tutelar diante de fenômenos criminais, criando as condições para um efetivo exercício da pretensão punitiva estatal – mas esta deve ser exercida com o respeito às garantias – e que a necessidade de um processo justo é uma condição vital para um estado social de direito.

Um modelo diverso de processo penal parece, ao contrário, ter encontrado espaço diante da emergência ligada à intensificação de manifestações de criminalidade organizada e à descoberta de uma rede, muito densa e espalhada por todo o país, de atividades e práticas ilícitas em áreas públicas e privadas de poder. Assistiu-se, portanto, a um *revival* de critérios, legislativos e jurisprudenciais "exemplares" que se concretizaram num notável endurecimento da coerção pessoal, com a reativação de mecanismos de aplicação automática da custódia cautelar, numa nova expansão dos poderes inquisitórios da polícia judiciária e, mais geralmente, numa colocação em discussão dos princípios basilares do processo acusatório, como o contraditório e a formação da prova na fase de debates, com uma ampliação desmedida dos poderes do Ministério Público.

Diferentemente da primeira "emergência" dos anos 70, que expressou uma parábola análoga para o direito substancial e o direito processual, esta "nova emergência" desenvolve talvez os seus efeitos em maior medida no plano processual. Parece, de fato, claro que a função de controle social da sanção penal foi dirigida para o processo penal considerado em si mesmo e, em particular, para a custódia cautelar.

Em verdade, os direitos do indivíduo, mesmo em momentos de pleno mal-estar social, são valores imprescindíveis; a justiça penal deve atuar eficazmente, mas de modo aceitável e controlável.

A perigosa ilusão de combater os fenômenos criminais com os juízes e não no plano político social e político criminal provocou um crescimento da política judiciária com verdadeira superexposição da magistratura, como fica testemunhado, em nível normativo, pelo progressivo retorno das investigações no processo, devido às sentenças da Corte Constitucional de 1992 e às sucessivas modificações de adequação. O resultado foi a tendencial inobservância dos direitos fundamentais do indivíduo, sancionados nos arts. 13, 24, 25 e 27 da Constituição.

Em geral, pode-se dizer que há uma superação do modelo acusatório, privilegiando-se, no processo penal, uma orientação para a verificação da verdade material, de forma a liberar o processo de "estéreis" formalismos considerados como embaraço, mas, sobretudo, indo bem além da "especialidade" "criminalidade organizada", que se pretendia realizar.

Quis-se "desvincular o processo do reino estéril das formas como fins em si mesmas" e colocar "legalidade e garantia na ética da responsabilidade, em vez de na ética das formas", considerando esta última, nos fatos, mensageira de ineficiência e fruto de preconceitos ideológicos, o que também é verdadeiro no que concerne à preliminar ideológica, só que esta diz respeito a um dos postulados essenciais do estado de direito, a legalidade. Se se renuncia a ela é ao próprio estado de direito que se acaba por renunciar.

E, ao contrário, seguindo escolhas extravagantes da Corte Constitucional, sanciona-se uma absoluta supremacia da função punitiva, confiando à consciência, se não à intuição, do magistrado o poder de punir. O que, em outros termos, ao postular uma absoluta subordinação das normas processuais às substanciais, estabelece-se uma nova forma de autonomia

e independência do magistrado, a da lei processual. Mas não é a questão de "estéreis formalismos" que está em jogo, mas algo bem diferente. Quando para deter cautelarmente pretendemos que uma folha de papel traga a assinatura de certas pessoas e não de outras; ou estabelecemos que é inválido se não encontramos nele especificado o fato pelo qual a liberdade é cerceada; quando dizemos que uma interceptação telefônica – ainda que indiscutível em relação às responsabilidades de alguém – não vale (nulidade); quando dela se extraíram pedaços sem antes interpelar a defesa; ou que uma absolvição, talvez errônea, torna-se intangível, se se percebe que o acusador depositou o recurso um dia depois do prazo, nós efetivamente fixamos formas. Cada uma delas encarna escolhas de valor. Portanto, quem as invoca, quem as respeita, quem as desrespeita, por isso mesmo, invoca, respeita ou desrespeita valores, ou, como se costuma dizer, princípios.

O processo sem as suas formas, as suas regras, os seus princípios, não é mais processo, os atos fora das regras são *operations sublimes*, para usar a felicíssima expressão de Robespierre, mas não atos de justiça. Em lugar do processo penal e do direito temos atos políticos subversivos.

Os atos políticos cabem ao poder político que os realiza, certamente por meio do direito, mas dentro daquelas diretrizes políticas fundamentais que se tornaram, com a mediação do direito, princípios. Essas diretrizes proporcionam um *Spielraum*, "um espaço de jogo", no interior do qual podem mover-se as opções concretas de política do direito e, portanto, de política criminal. Por exemplo, o princípio sancionado no § 1.° do art. 27 da *Constituição* permite, no ato de criação de um tipo de crime, a escolha entre forma dolosa e/ou culposa de realização, mas não certamente a admissibilidade de uma responsabilidade por fato alheio ou por mera "posição"; portanto, qualquer medida, legislativa, mas também jurisdicional, que adote perspectivas de imputação deste gênero, é um ato político eversivo, porque põe-se em contraste com um dos princípios fundamentais, jurídicos e portanto políticos do ordenamento.

O processo penal deve ser entendido ainda como regra superior e como limite ao poder da magistratura. Temos assistido a um global deslocamento de um sistema concebido e justificado na supremacia da lei, para um sistema cada vez mais baseado no poder do magistrado, admitido como seguramente confiável e, logo, superior. Isso significa uma reforçada posição autoritária da jurisdição, no momento em que a força das medidas dos magistrados reside sempre menos na lei e cada vez mais no órgão que tem o poder; o importante é que tal medida emane de um órgão que tenha o poder de emiti-la. A isso se segue um contextual enfraquecimento dos procedimentos de controle sobre a ação dos juízes. Tudo isso é comumente visto como uma espécie de benéfico jacobismo, sem que se perceba, porém, as distorções no plano da própria democracia que se conectam a esse papel dos magistrados. O processo que daí surge se caracteriza pela elasticidade de suas regras, com o florescimento de práticas que só com muito esforço são reconciliáveis com as previsões normativas; com os direitos individuais que acabam confiados à incerteza dessas práticas e não à certeza das *regulae juris*. E não falta quem sofra o fascínio tortuoso de um semelhante processo penal de resultados.

A ênfase posta no valor da autonomia e da independência da função judiciária tende, de forma mais ou menos consciente, a redimensionar o valor da própria categoria "norma jurídica": ela é expressão de alguma coisa infiel, como é um poder, a ser enfrentado, representado por

uma entidade indistinta, compreensiva da classe política, partidária, parlamentar, governativa. E ser "poder contra" acaba por ser também contra o produto daqueles outros poderes: a lei, um fruto impuro daquela classe política. Insinuam-se então comportamentos de independência e de autonomia em relação à lei; idéias de primazia do poder judiciário em relação à norma jurídica e, em particular, em relação à norma processual.

E aqui a surpreendente jurisprudência da Corte Constitucional, na base de uma não menos surpreendente jurisprudência de remissão, chegou a conceber a ilegitimidade de disposições processuais ou de suas interpretações com referência ao § 2.° do art. 25 da Constituição e ao § 2.° do art. 101 da Constituição e, portanto, a considerar algumas regras normativas do procedimento como obstáculos não aceitáveis, ao ponto de abrir caminho a uma supremacia punitiva do magistrado.

Na realidade, o sistema italiano, em relação à dicotomia aristotélica apresentada na *Política*,[28] entre um sistema fundado sobre a supremacia da lei e outro sobre a dos juízes, optou por uma terceira via na qual a supremacia é dos juízes, mas no âmbito de uma ordem que se imagina estar ainda fundada na prevalência da norma. Um exemplo claro disso è dado pela hipocrisia da declarada permanência do princípio da obrigatoriedade da ação penal, fundado na primada da lei.

E isso explica a crença em *slogans* desleixados, cortados a machado, que não têm nada de doutrina jurídica, como a expressão "prova social", entendida como convencimento coletivo da culpabilidade. Se observarmos bem, trata-se apenas da *preuve dans le coeur* ou a *notorieté publique* dos processos-farsa do Terror jacobino, como aquele movido contra Danton, bem como contra Luigi Capeto, embora Robespierre falasse *di operations sublimes* e não de formas processuais, poucas semanas antes de cair ele próprio como vítima da mesma "sublimidade".

Em um estado de direito o processo deve identificar-se com a dúvida, com as provas, com o contraditório. Deve presumir a inocência. Quando se praticam outras vias, trata-se de aplicações solenes de "medidas de saúde pública", de "tranqüilidade pública", de "segurança geral", de "zelo pelo bem público", só para continuar a trabalhar com a terminologia de Robespierre: trata-se de atos políticos.

Na delicadíssima matéria da prova, uma primeira "contribuição decisiva" nesse aspecto veio da Corte Constitucional, que admitiu primeiramente o testemunho indireto da polícia judiciária (Sentença 24 de 31.01.1992, que declarou inconstitucional o art. 513, § 2.°, CPP),[29] depois a leitura em debate das declarações dadas pelo co-réu num processo conexo, desde que tenha comparecido no processo em curso e tenha se valido da faculdade de não responder (Sentença 254 de 03.06.1992, que declarou inconstitucional o art. 513, § 2.°, CPP),[30] para tornar utilizáveis, por fim, as declarações dadas pelas testemunhas antes dos debates (Sentença 255 de 03.06.1992, que declarou inconstitucionais as nor-

(28) Aristóteles, *Política*, IV, 1290 a, b – 1301a.

(29) Cf. Corte cost., 31.01.1992 n. 24, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 678 *et seq.*, com nota de Peroni, *La testimonianza indiretta della polizia giudiciaria al vaglio della Corte costituzionale.*

(30) Cf. Corte cost., 31.01.1992 n. 24, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 678 *et seq.*, com nota de Peroni, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte costituzionale.* Com a recente Lei 267/97, o art. 513, § 2.°, CPP foi modificado reduzindo sensivelmente a possibilidade de leitura dos termos de declaração dadas pelos co-réus em processo conexo.

mas de que trata o art. 500, §§ 3.º e 4.º, CPP, na parte em que não prevêem a inclusão nos termos aos debates das declarações dadas em precedência pelo testemunho na fase das investigações preliminares e contidas nos autos do Ministério Público, se elas foram utilizadas para as contestações).[31]

A involução, portanto, atingiu sobretudo o sistema probatório, ao qual se confiou a tarefa de procurar suprir as carências que caracterizavam as soluções normativas do direito substantivo. O resultado foi a tendência à inobservância dos direitos fundamentais do indivíduo sancionados nos arts. 13, 24, 25 e 27 da Constituição. Parece evidente, de fato, que tais decisões traem a concepção do processo em termos de instrumento de defesa social, mais do que de atuação da justiça; esta tendência foi confirmada, por outro lado, pela normatização sucessiva, que, embora provocada por exigências de combate à criminalidade organizada, acabou por estender os seus efeitos para muito além daquele contexto.[32]

(31) Cf. Corte cost., n. 255 de 03.06.1992, *Foro it.*, 1992, I, p. 2.013. Sobre os "aspectos de irracionalidade" ínsitos nas declarações da Consulta citadas, cf., entre outros, Illuminati, Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 de 1992, *Giur. Cost.* 1992, p. 1.973 *et seq.*; Di Chiara, L'inquisizione come "eterno ritorno": tecnica delle cotestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale, *Foro it.*, 1992, I, p. 2.013 *et seq.*; Fiandaca, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, ibid., p. 2.023 *et seq.*

(32) Sobre o Dec.-lei 306 de 08.06.1992, convertido na Lei 356 de 07.08.1992, v. o comentário artigo por artigo em *Legislação Penal*, 1993, p. 29 *et seq.*; cf. além disso Ferrua, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, *Appendice, Il dissesto del codice 1988*, cit., p. 258; Pisapia, Il nuovo processo penale: esperienze e prospettive, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 15.

Quando se pretende com o processo penal enfrentar, preliminarmente, a expansão de manifestações criminais – não portanto como efeito natural induzido –, isso significa ceder, como de hábito nas emergências de qualquer tipo, às sugestivas ilusões da ameaça, resultando quedas verticais em termos de legalidade, sem apreciáveis contrapartidas em termos de eficiência.

Esta desqualificação objetiva das garantias formais significa a negação daquelas escolhas de valor, que presidem a opção garantidora, como o respeito da liberdade, personalidade e dignidade individual diante de uma possível arbitrariedade estatal. É sabido que, quando o regime probatório se deteriora, imputação e juízo tendem a confundir-se e isto provoca um rebaixamento da função do juiz em relação a do Ministério Público e a uma conseqüente predeterminação da sentença.

Mas é possível também uma via intermediária mais astuciosa, quando se cria um processo com intolerância para com as regras estabelecidas pela lei, ou, quando é a própria lei que atraiçoa certas regras, dá-se então uma mistificação, perigosíssima para os direitos do homem. Também neste caso temos atos políticos, insinuados, porém, à opinião pública na função de processo judiciário. A crise das formas, nestes casos, acontece paradoxalmente por meio da lei, mas a qualidade dos resultados, em relação às operações declaradamente subversivas do estado de direito, não muda muito: as provas degradam, a imputação e o juízo tendem a confundir-se e a identificar-se (o segundo já está contido na primeira), e o juiz é esmagado pela acusação pública, a legitimação é procurada não nas normas, mas em formas variadas de consensos externos: o processo, como garantia, então, desaparece. Tudo isso está no fim do caminho percorrido quando as formas entram em crise. E geralmente,

sob a pátina reconfortante de invólucros processuais, ao primeiro chamado de verdadeiras ou supostas emergências, o processo acaba por assumir a função de medida política quando os valores dos resultados a qualquer preço, inclusive aos resultados errados, substituem os valores das formas.

A contribuição legislativa para a involução do processo, contrariamente às exigências da oralidade e da formação da prova em debate segundo os esquemas do contraditório, realizou-se mediante a introdução, no art. 238 do CPP, modificado pelo art. 3.°, § 1.°, da Lei 356/92, da possibilidade da admissão de termos de prova provenientes de outros processos, sem a necessidade do consenso das partes, em relação às provas acolhidas no incidente probatório ou na fase de debates.[33] Deve ser considerado, além disso, que, em relação a fatos de criminalidade organizada, previstos pelo art. 51, § 3.°, *bis*, CPP, o exame dos testemunhos – que as partes nas hipóteses normais podem sempre pedir em relação às declarações constantes nos termos inseridos *ex* art. 238 do CPP –, conforme o art. 190 *bis* CPP, introduzido pela Lei 356/92, é admitido apenas se o juiz o considerar absolutamente necessário.[34]

Pode ocorrer, portanto, o caso de admissão de provas, num processo relativo a fatos gravíssimos, recolhidas em outro lugar, sem o direito de exame das fontes de prova, na base de uma avaliação meramente discricionária do juiz. Isso faz logo lembrar a lógica "realística" dos *crimina extraordinaria* do direito pré-moderno, pela qual na presença de graves delitos as garantias acabam por atenuar-se: *ob immantatem criminis fas est judici leges et poenas ordinarias transgredi*![35] E esta impressão é confirmada também por todas as outras "singularidades" da normativa antimáfia.

Considerações análogas, relativas às exigências da oralidade e da formação da prova no debate, vale no que concerne ao art. 238 *bis* – introduzido pelo art. 3.°, § 2.°, Lei 356/92, para tornar possível a formulação, para fins probatórios, das sentenças irrevogáveis, mesmo não penais, relacionadas à prova do fato nelas verificado[36] –, o art. 500 do CPP – modificado pelo art. 7.°, § 4.°, Lei 356/92, para valorizar a utilização como prova das declarações prestadas no curso das investigações ao Ministério Público e à polícia judiciária no decorrer das investigações preliminares, que tenham sido empregadas nas contestações[37] – e art. 406, § 5.° *bis* CPP, introduzido pelo art. 6.°, § 2.°, Lei 356/92,[38] em virtude do qual poderia bem ocorrer que, procedendo por um dos delitos citados pelo art. 51, § 3.° *bis*, as investigações preliminares se desenvolvam até o limite de dois

(33) Cf. Rivello, Commento all'art. 3.° Lei 356/1992, *Legisl. Pen.*, 1993, p. 46 *et seq.*

(34) Criticamente Pisapia, *op. cit.*, 15; Ferroa, *op. ult. cit.*, p. 258-259; Giostra, *Pubblico ministero e polizia giudiciaria nel processo di parti*, cit., p. 49; Grevi, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizata: un primi bilancio*, cit., p. 30 *et seq.*; Bevere, *La chiamata di correo nel nuovo processo penale*, cit., p. 24.

(35) Cf. Carpzov, *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium* (1635), edição de J. S. F. Böhmer, Francofurt ad moenum, 1758. P. III, q. 133, n. 21, p. 349.

(36) Cf. cass. sez. II, 19.01.1991, in *Cass. pen.*, 1991, 119; em doutrina, entre outros, Bevere, *La chiamara de correo nel nuovo processo penale*, cit., p. 128.

(37) V. a propósito as observações decididamente críticas de Ferrua, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, cit., p. 252 *et seq.*; para uma posição diferente, cf. Grevi, *op. ult. cit.*, p. 32 *et seq.*

(38) A propósito, cf. Rivello, Commento all'art. 6.° Lei 356/92, *Legisl. Pen.*, 1993, p. 84 *et seq.*

anos, sem que o investigado tenha delas conhecimento.[39]

Estreitamente à maior relevância assumida pelas declarações prestadas no curso das investigações preliminares ao Ministério Público é a introdução de um novo tipo de falsas informações ao Ministério Público, art. 371 *bis* CP,[40] e a previsão de um novo tipo de falsas declarações ou testemunhos em atos destinados à autoridade judiciária, art. 374 *bis* CP.[41]

Mas o setor processual que, nas vicissitudes normativas e jurisprudenciais, sofreu a involução mais preocupante pelas imediatas implicações relativas aos direitos fundamentais à liberdade, à defesa e ao respeito da personalidade e dignidade individual, é, sem dúvida, aquele relativo às medidas cautelares coercitivas. Nesta matéria, a perda em termos de garantias foi de tal ordem que provocou recentemente uma reforma, Lei 332, de 11.08.1995, marcada em diversos pontos pela preocupação de remediar os precedentes excessos e de barrar as invasões de limites das práticas.

Sob o aspecto normativo, entre os aspectos involutivos das intervenções modificadoras precedentes à reforma, deve ser assinalada a exceção trazida à regra de que trata o art. 275, § 2.°, CPP, pelo art. 5.° da Lei 203/91, em virtude da qual em relação a um considerável elenco de delitos – reduzido pelo art. 5.° da recente Lei de Reforma 332/95, ao art. 416 *bis* e aos delitos cometidos valendo-se das condições previstas por tal norma ou com a finalidade de facilitar a atividade da associação mafiosa – o princípio da *extrema ratio* da custódia cautelar parece subvertido, pela aplicação, na presença de graves indícios de culpabilidade da custódia em cárcere,[42] a menos que, com uma espécie de presunção relativa de periculosidade, não se forneça prova, freqüentemente impossível, da insubsistência de exigências cautelares no caso concreto.[43]

A disciplina da duração máxima da custódia em cárcere sofreu também modificações de caráter repressivo, que a recente reforma não considerou necessário suprimir:[44] de fato, o art. 303, § 1.°, letras *c* e *d* e o § 4.°, letra *c*, assim modificados pelo art. 2.° da Lei 356/92, uma das disposições de estrutura mais complexa e, portanto, de difícil leitura do

(39) Para estas e posteriores observações cf. Grevi, *op. ult. cit.*, p. 18 *et seq.*; Giostra, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo di parte*, cit., p. 45-46.

(40) O artigo foi introduzido pelo art. 5.°, § 1.°, do Decreto-lei 306, de 08.06.1992, convertido na Lei 358, de 07.08.1992.

(41) Cf. art. 5.°, § 3.°, do Decreto-lei 306, de 08.06.1992, convertido na Lei 358, de 07.08.1992.

(42) Sobre a "quase-obrigatoriedade" da custódia em cárcere que daí deriva, cf., entre outros, Fassone, Garanzia e dintorni: spunti per un processo non metafisico, in *Quest. giust.*, 1991, especialmente p. 120; Di Chiara, Il carcere come "extrema ratio" emergenze normative, emergenze giurisprudenziali e recente polemiche, *Foro it.*, 1992, II, p. 1 *et seq.*; Bosco, Custodia cautelare in carcere per presunzione di legge, *Giur. it.*, 1993, II, p. 489 *et seq.*

(43) Cf. a propósito Altieri, Applicazione della missura cautelare e illeggittimità costituzionale del Decreto Lei 09.09.1971 n. 292, *Arch. Nuova proc. pen*, 1992, p. 88. Cf., além disso, Cass., sez. V, 09.10.1992, *Mass. Cass. pen.*, 1992, XI, 88; Cass., sez. I, 07.07.1992, *Mass. Cass. pen.* 1992, XII, 102; Cass., sez. V, 05.10.1992, *Mass. Cass. pen.* 1993, III, p. 55.

(44) A única modificação com sentido mais brando das exposições relativas aos prazos máximos de custódia cautelar está contida no art. 15 da Lei 332/95, que prevê a extinção da custódia cautelar na hipótese em que a duração da mesma tenha se estendido por dois terços da duração máxima da pena prevista para o delito que se processa.

código, elevou, para os crimes mais graves, o prazo máximo de duração total da custódia cautelar de quatro para seis anos. A mesma norma, art. 303, § 1.°, letra *d*, prevendo uma espécie de execução antecipada da sentença de condenação, estabeleceu que, em caso de condenação pronunciada em recurso, siga a uma precedente condenação em primeiro grau, se apliquem até a sentença definitiva os prazos de duração total da custódia cautelar e não os prazos intermediários relativos à fase processual. Isso não significa outra coisa senão um alongamento em concreto da custódia cautelar até o máximo possível, com evidente perda em termos de respeito à presunção de não-culpabilidade.

No que concerne, por sua vez, à prática jurisprudencial em matéria de pressupostos da custódia cautelar devem ser registradas, especialmente em relação aos fatos de grave corrupção, tendências interpretativas, às quais não é estranho o próprio Tribunal da Cassação, que acabou por utilizar a medida cautelar como instrumento de coerção para induzir à confissão ou para efetuar chamadas de co-autoria,[45] desvirtuando a própria natureza de meio defensivo próprio do interrogatório.[46]

Ficam, portanto, inobservados os princípios garantidores da adequação, proporcionalidade e *extrema ratio,* estabelecidos em relação ao critério de legitimação para a adoção de medidas cautelares, art. 274, letras *a* e *c*, CPP, e relacionados aos critérios de escolha das medidas, art. 275, CPP, bem como disposição de que trata o art. 64, § 3.°, CPP, que garante o direito ao silêncio; no plano "metacódigo" devem ser consideradas a norma de que trata o art. 13, § 4.° da Constituição, onde é solenemente estabelecido o princípio da ilicitude de qualquer tipo de violência sobre as pessoas submetidas à restrição de liberdade, e a norma de que trata o art. 24 da Constituição que, reconhecendo a inviolabilidade do direito de defesa, torna ilegítima qualquer norma ou sua interpretação que instrumentalize, ainda que para a obtenção da verdade, a liberdade individual, impedindo o exercício de uma linha defensiva contrária a tal finalidade. A propósito, deve ser citado também o art. 14, § 2.°, letra *g*, da Convenção Européia para salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Por fim, a mesma presunção de não culpabilidade, sancionada pelo art. 27, § 2.°, da Constituição e pelo art. 6.°, § 2.°, da citada Convenção Européia, acaba por ser posta em discussão por uma prática desse gênero.

Em tema de custódia cautelar temos assistido a uma verdadeira e própria redefinição de regras por parte de quem, num estado social de direito, tem o dever de acolhê-las e respeitá-las. Esta orientação, fundada sobre funções anômalas da custódia cautelar, raramente foi expressa explicitamente nas várias medidas publicáveis em revistas e repertórios, mas se deduz de uma leitura integral dos atos. Como foi limpidamente ressaltado, "os sinais desta transgressão podem ser múltiplos: por exemplo pode-se notar a sucessão no tempo, muitas vezes, dos seguintes eventos: custódia em cárcere do investigado – não colaboração –, requerimento de revogação ou modificação da medida cautelar – rejeição –, pedido de novo interrogatório – colaboração –, liberação ou prisão domiciliar",[47]

(45) Ver, a propósito, as precisas considerações desenvolvidas por Carmona, La repressione penale dei fatti "ambientali": spunti della cultura giudiziaria d'oggi, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 227 *et seq.*

(46) Cf., para todos, egregiamente, Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 623 *et seq.*

(47) Bevere, Una non ovvia ordinanza, *Crit. Dir.*, 1994, 1, p. 86; sobre o argumento, ver também Illuminati, In difesa del diritto al silenzio, *Ind. pen.*, 1993, p. 549.

segundo um *modus procedendi* inaugurado na terra de Cesare Beccaria, mas imediatamente adotado também em outros lugares e em larga escala.

Um velho instrumento inquisitório da instrumentalização do encarceramento do imputado para fins de confissão[48] foi, portanto, recolocado em uso distorcendo as regras relativas às exigências cautelares de que trata o art. 275 do CPP. Considerou-se, de fato, que o perigo natural de poluição das provas pudesse ser superado somente através de uma confissão total,[49] e também no que concerne ao perigo de um posterior cometimento de delitos; a falta de confissão foi vista como expressão da vontade de realização de outros delitos do mesmo gênero, porquanto ela serviria para tranqüilizar os eventuais novos "contraentes" sobre a confiabilidade da relação, enquanto totalmente irrelevante, para os fins da mesma prognose, seria o fato de que o imputado não ocupa mais o cargo no exercício do qual foram cometidos os delitos.

Em matéria de pressupostos da custódia cautelar, a recente Lei 332/95 procurou somente em parte impedir as distorções da prática, modificando, como se sabe, em sentido restritivo, as letras *a* e *c* do art. 274 do CPP. Mas enquanto a letra *a* do art. 274 do CPP, modificada pelo art. 3.º, § 1.º, da Lei 332/95, foi reescrita de modo preciso, em particular com uma específica previsão da proibição, já deduzível do sistema, de individualizar as situações concretas e atual perigo para a admissão ou a idoneidade da prova diante da recusa do investigado ou do imputado de prestar declarações ou na falta de admissão de culpa, o art. 274, letra *c*, CPP, modificado pelo art. 3.º, § 2.º, da Lei 332/95, não apresenta, relativamente ao problemático requisito do perigo do cometimento posterior de delitos da mesma espécie, nenhuma modificação substancial, a não ser a restrição da aplicabilidade de uma medida cautelar para os delitos para os quais é prevista a reclusão não inferior a quatro anos.

Fica evidente aqui não se queira absolutamente negar ou diminuir a extrema gravidade dos fenômenos de corrupção, que têm tido efeitos devastadores para as instituições e a própria vida do nosso país. Certamente estamos diante de uma fenomenologia multiforme de comportamentos fortemente caracterizados pela capacidade de provocar danos à sociedade, que impõem, como necessidade absoluta, o processo para todos aqueles que, em vários níveis e de várias formas, contribuíram para a criação daquele estado difuso de profunda corrupção. Mas isso não justifica de modo algum as graves violações aos direitos fundamentais em matéria de coerção, para finalidades de "colaboração", ainda que estas violações tenham indubitavelmente facilitado o esclarecimento de um grande número de casos, tornando também imediatamente perceptível à opinião pública o estado das coisas. Isso deu início a uma inquietante campanha moralísta da *law and order*, que acabou por atribuir à justiça penal o papel de solução principal dos conflitos, muito além das mesmas emergências ligadas à máfia e à *tangentopoli*. A justiça, porém, segundo os esquemas recorrentes de uma cultura "emergencialista" acaba por assumir uma fisionomia particular, bem diferente daquela que deline um estado social de direito; essa cultura "emergencialista" determina preocupantes tentativas de misturas de papéis, de antecipação de

(48) Cf. Carrara, Immoralità del carcere preventivo, *Opuscoli di diritto criminali*, vol. IV, Lucca, 1874, p. 300 *et seq.*

(49) Cf. Cass., sez. Fer., 18.09.1991, *Cass. pen.*, 1993, n. 892, p. 1.507-1.508; Trib. Napoli, 23.07.1993, *Crit. Dir.*, 1994, p. 88 *et seq.*; contra, Trib Napoli, 17.09.1993, *Crit. Dir.*, 1994, cit. p. 82 *et seq.*

pena, de acertos com a *mass media*, com o resultado de realizar processos sumários, sem ritos e extra-institucionais, com induvidoso corolário da *poena extraordinaria* do pelourinho.

Na verdade, quando se aceita um fundamento do sistema diferente daquele da *regola juris*, desencadeiam-se e cultivam-se práticas operativas, sinergias com poderes políticos, com *mass media*, que impõem inquietantes modelos de justiça, diferentes daquele do direito penal do fato, criando poderes não oficiais, ilimitados e incontroláveis.

Daí o passo, perigosíssimo, para formas dicotômicas, sub-reptícias em relação à lei, de "legitimação-invalidação" e, aqui, é a acusação que se apresenta como entidade já aprovada e afirmada em virtude de consensos, enquanto quem não concorda ou critica, deslegitima. Até mesmo é o órgão jurisdicional que se absolve, invalida; e isso é claro se pensarmos as públicas repreensões segundo as quais o juiz, absolvendo, teria "anulado" os resultados e a obra anterior do Ministério Público.

Através da violação do segredo da instrução tem-se a inquietante sensação de uma exigência de consenso externo à magistratura; e o mais grave escândalo do nosso segredo da instrução está exatamente no fato de ser, no mais das vezes, violado de modo instrumental, com o objetivo de poder direcionar, também politicamente, o processo, para provocar na opinião pública uma reação do tipo repressivo-justicialista, como suporte à ação judiciária. Esta sistemática violação do segredo instrutório é certamente uma outra constante da emergência perene, que de vez em quando volta à ordem do dia, mas em relação à qual nunca se fez grande coisa; o amplo debate acontecido no XV Congresso da Associação Nacional dos Magistrados, há vinte anos, serve como exemplo desse fato.

De fato, a crônica jornalística e televisiva já está inundada de mensagens que vão muito além do fato do qual se fala, e a própria informação se vê diante de uma justiça mudada em qualidade e quantidade. Uma boa parte da relação entre Estado e indivíduo forma-se em torno do fenômeno da justiça e corre-se o perigo que essa relação seja profundamente perturbada pela exaltação, imprópria para um estado social de direito, de um modelo processual entendido prevalentemente em termos de vingança.

É necessário tutelar os direitos da pessoa, especialmente no que diz respeito à divulgação da informação de garantia, que já se tornou uma tradição da mídia, que se consolidou e que deve ser severamente censurada: tende-se a construir desde o início uma imagem de culpabilidade. E, no entanto, a Carta Constitucional estabelece solenemente, no art. 27, § 2.°, a presunção de inocência do réu até a condenação definitiva, mas a cotação dessa regra de civilização anda atualmente muito baixa e isso se deve também a um difuso mal hábito jornalístico, além das soluções legislativas e práticas jurisprudenciais pouco previdentes que "normalizam" a custódia cautelar, autorizando-lhe uma sub-reptícia função de antecipação da pena. Esqueceu-se totalmente que um dos eixos de garantia do Estado de Direito era dado pelo direito do acusado de ser considerado inocente antes de uma sentença de condenação transitada em julgado, isto é, fornecida de todas as provas, as querelas, a reconsiderações possíveis. É esse um princípio de civilização que já estava na base do jusnaturalismo, do qual, talvez, todos os outros princípios do Estado de Direito constituam outros tantos corolários. Parece, no entanto, ainda resistir uma ancestral emoção "sacra" que impele à imediata individualização do culpado e ao seu conseqüente sacrifício.

Isso acontece quando se difunde um comportamento "cultural", no mais das vezes de inspiração "eficientista", que tende a desvalorizar as próprias decisões judiciárias, para confiar a tarefa de julgar e condenar, sob as formas da estigmatização e da desqualificação pública, a outras instâncias que, nos seus procedimentos sumários, não parecem preocupar-se muito com as garantias relativas aos direitos da defesa, à presunção de não culpabilidade, à privacidade de pessoal e nem mesmo com a dignidade do homem.

Se é verdade que a uma notável aceleração dos meios e, portanto, do tempo necessário à difusão das notícias se acopla a habitual, insuportável lentidão da administração da justiça, isso todavia não significa que seja desejável, ou mesmo legítimo, fundar um juízo extra-institucional, e ainda menos uma condenação pública, com fundamento em atos processuais, como a emissão de uma notificação de garantia ou de um decreto de custódia cautelar, que concernem a momentos iniciais do processo, em relação aos quais se pode estar bem longe da efetiva fundamentação da pretensão persecutória. E, ao contrário, ao processo penal, ou melhor, à primeira fase do processo penal, são confiadas funções que não lhe são absolutamente próprias, não excluídas aquelas, muito inquietantes, de instrumentos para ações políticas. Em todo caso, esse estado de coisas parece gravemente prejudicial, seja aos direitos de privacidade e de tutela da dignidade individual, seja às próprias razões de uma serena e correta administração da justiça.

Deve ser denunciado com clareza, portanto, o fato de que esse estado de coisas deriva da sistemática do segredo da instrução, que se torna possível pela inobservância, constante e difusa, por parte dos órgãos incumbidos da sua gestão, das suas finalidades institucionais.

Tudo isso é apenas o testemunho de um progressivo distanciamento da própria idéia de lei, disso resultando que uma função por excelência submetida à lei corre o risco de transformar-se num poder despótico, que tem necessidade de colocar-se como meio de disputa ou "resposta" judiciária – e não como momento de administração da justiça conforme moldes formalizados e pré-constituídos – que necessita de "legitimações externas" e não mais daquela fundada nas normas.

A esta altura, a sentença tornou-se "um ato quase irrelevante", o centro gravitacional do sistema não é mais a verificação, como, ao contrário, os atos e atividades, inclusive a extrajudicial, do Ministério Público. A pena é o próprio processo, a custódia cautelar uma espécie de pagamento penal e as necessidades coletivas de conhecimento reduzem-se àquilo que, a esta altura, integra o verdadeiro processo, aquele quotidianamente celebrado pela mídia "com o depósito dos autos na banca de jornal".

5. Fazem parte da estratégia legislativa de combate à criminalidade organizada algumas normas que prevêem benefícios e se explicitam, em todo caso, em formas de exclusão ou atenuação da sanção penal.

Essas normas referem-se a condutas que se verificam depois da realização do crime que, portanto, se mostra perfeito em todos os seus elementos. Tais normas assumem relevância na perspectiva do *post factum* que, no que concerne à estratégia legislativa de combate à criminalidade organizada, se enriquece de um complexo sistema normativo externo ao código que tende à predisposição de uma específica disciplina premial.

Ao lado do tradicional sistema baseado no código, apresenta-se, de fato, uma complexa normativa premial em matéria de criminalidade organizada; ela representa o último elo de uma corrente

"emergencial" que, a partir do final dos anos setenta, deu vida a um sistema premial totalmente excêntrico e autônomo.

Desde o aparecimento dos primeiros tipos premiais em matéria de desassociação do terrorismo, contidOs nos arts. 4.° e 5.° do Dec.-lei 625 de 15.12.1979, substituído com modificações pela Lei 15 de 06.02.1980, a doutrina mais atenta não deixou de salientar, de fato, os muitos e notáveis aspectos problemáticos de uma normativa orientada, em última análise, à mera colaboração processual para finalidades iminentemente probatórias, seja em relação a exigências de coerência sistemática, como de correta funcionalidade dos próprios mecanismos premiais.[50]

Mediante as normas contidas no *caput* II do Dec.-lei 8 de 15.01.1991, substituído pela Lei 82 de 15.03.1991, começou-se por ditar a disciplina da proteção das testemunhas e dos colaboradores nos processos de máfia. Pelo art. 8.° do Dec.-lei 152 de 13.05.1991, substituído pela Lei 203 de 12.07.1991, foi introduzido o tipo premial para a desassociação das organizações mafiosas. Por fim, depois das tragédias nas quais perderam a vida os juízes Falcone e Borcellino, foram estabelecidos, com o Dec.-lei 306, de 08.06.1992, substituído pela Lei 356, de 07.08.1992, mediante modificações no sistema penitenciário, Lei 354, de 26.07.1975, ulteriores benefícios para os colaboradores da justiça em matéria de criminalidade organizada.

O quadro normativo exprime uma sistemática bastante vaga e completamente descoordenada; as disposições premiais atuam, de fato, em dois momentos distintos, sem nenhuma coordenação entre eles. O art. 8.° da Lei 203/91 refere-se à fase de juízo e, em particular, insere um tipo premial baseado na atenuante prevista para a desassociação do terrorismo. O art. 13 da Lei 356/92, ao contrário, refere-se à fase de execução e, para o setor das medidas alternativas à detenção, dita uma disciplina derrogatória, completamente favorável aos colaboradores em matéria de criminalidade organizada.[51]

As várias disposições caracterizam-se pela indeterminação, senão pela ambigüidade da formulação que dá origem a um excesso de discricionariedade pouco adequado por sua vez, a respeito das exigências de funcionalidade da normativa.

Mas o traço saliente dessas disposições é dado, como já foi mencionado, pela colaboração processual, além da adoção de fórmulas, privadas da necessária clareza, que se referem de algum modo a uma espécie de arrependimento ativo, art. 8.°, § 1.°, da Lei 203/91, sem nenhuma referência axiológica às funções da pena. Isso parece de uma evidência palmar quando, examinando a disciplina de que trata o art. 13 da Lei 356/92, em matéria de execução, justamente na frase na qual deveria prevalecer a consideração das funções ordenamentais legitimamente ligadas a sanções, a concessão dos benefícios é conseqüência automática da "colaboração prestada".

Verificou-se, portanto, que, ao lado de exageros, freqüentemente além dos

(50) V. a penetrante pesquisa de S. Fiore, La condotta susseguente al reato: spunti sistematici e politico-criminali, *Arch. Pen.*, 1989, p. 1 *et seq.* do extrato, com um quadro completo do debate doutrinal.

(51) São esses alguns dos principais inconvenientes assinalados ainda em um quadro de substancial aprovação da normativa *premial*, por Caselli-Ingroia, Normativa premiale e strumente di protezione per i collaboratore della giustiza: tra enerzia legislativa e soluzione d'emergenzia, *AAVV, Processo penale e criminalità organizata*, cit., p. 195 *et seq.*, especialmente p. 209 *et seq.*, 226.

limites da razoabilidade para os irredutíveis, foram previstas, para os arrependidos, possibilidades de recuperação quase total da liberdade, originando, portanto, uma espécie de preocupante coerção à cooperação. De acordo com a norma do art. 13 *ter* da Lei 82/91, introduzido pelo art. 13, § 2.°, da Lei 356/92, é de fato possível a prestação de serviço social derrogando as disposições do art. 47 do ordenamento penitenciário, que o prevê como alternativa para penas de detenção não superiores a três anos: como a dizer que foram previstas formas de *impunidade premial também para os fatos já sancionados com prisão perpétua*. Viceversa, o art. 4.° *bis* ord. penit., modificado pelo art. 1.° da Lei 356/92, não permite a aplicação de medidas alternativas à detenção para os irredutíveis somente pelo fato da falta de colaboração[52] e, além disso, o art. 41 *bis*, § 2.°, ord. penit., com uma fórmula vaga, por "graves motivos de ordem e de segurança pública", dá a faculdade de suspender a aplicação do tratamento bem além do que exigido pelas legítimas exigências de isolamento fora dos associados, o que não significa outra coisa senão adoção de uma prisão severa, segundo parâmetros de teoria da pena – retribuição ou prevenção negativa – que já com a reforma do ordenamento penitenciário de 1975 se considerada abandonado.[53]

Trata-se, como parece evidente, de um sistema pelo menos complexo, que se desenvolveu em fases sucessivas e com intervenções legislativas muitas vezes de todo ocasionais. A "premialidade" nessa perspectiva reduz-se essencialmente a um sistema útil para encorajar as "colaborações à justiça", necessárias para a aplicação de um tipo como o do delito associativo, caracterizado por uma evidente incompreensibilidade, tanto mais se considerado em si, ou prescindindo do cometimento dos delitos particulares para os quais alguém se associa: todas as características que tornam quase impossível a admissão de uma prova diferente do testemunhal.

Sob outro aspecto, esse tipo de normativa é expressivo de uma lógica contratual entre Estado e indivíduo em matéria penal que, não por acaso, é estranha à tradição ao estado de direito pela sua intrínseca incompatibilidade com os valores dos quais este se origina, em particular com o direito penal do fato.

Também no que concerne à "premialidade", de fato, não parece profícuo prescindir daquela formulação metódica já claramente definida nos anos trinta,[54] pela qual na definição do sistema penal põe-se como prioridade a fundamental opção entre o direito penal do fato e o direito penal do autor, ou seja, entre o fato particular e personalidade do autor.

Em outras palavras, assim como se pode imaginar uma pena para o fato e uma pena para a personalidade do autor – e sabemos a qual modelo, autoritário ou não, podem ser vinculadas as escolhas concretas –, do mesmo modo é possível imaginar um benefício fundado sobre um fato/conduta e um benefício separado desse. É claro que quando

(52) Cf. a propósito, Guarzzaloca, Criterio del "doppio binario", utilizzo da "premialità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento de sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenzia, *AAVV., Lotta alla criminalità organizzata: l'istrumenti normativi*, org. de G. Giostra e G. Insolera, Milano, 1995, p. 144 *et seq.*

(53) Sobre a "luta" contra a máfia com ordenamento judiciário, vide o volume coletânea *Criminalità organizzata e poltiche penitenziarie*, org. de A. Pressuti, Milano, 1994 passim; sobre o ponto ver também infra, p.

(54) Zimmerl, *Der aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen, 1930, p. 4 *et seq.*

pensamos no *fato* em termos de referência para um *prêmio* nos referimos, de modo transparente, ao fato de delito ofensivo de um bem jurídico, a uma conduta destinada para a defesa de um bem jurídico em perigo.

Em todo caso, as razões de um direito penal do fato mantêm-se todas em pé também na perspectiva inversa da "premialidade", vale dizer, uma fundamentação em termos de "premialidade" separada por condutas de defesa dos bens é totalmente vinculável aos parâmetros autoritários do direito penal do autor, daquele que inflige sanções penais com base num juízo sobre a mera personalidade do agente.

No interior do nosso ordenamento, ao lado da "premialidade" *extra ordinem*, que tantas perplexidades suscita do ponto de vista do estado de direito, estão presentes, de fato, formas de "premialidade" legítimas, as quais se deveria fazer referência, talvez modificando-as para enfrentar as novas fenomenologias sem conturbar a *ratio* e as funções dos institutos. Referimo-nos à desistência e ao arrependimento eficaz no delito tentado (art. 56, §§ 3.° e 4.°, CP), à atenuante de que trata o n. 6 do art. 62, CP, às circunstâncias atenuantes genéricas de que trata o art. 62 *bis*, CP, aos critérios valorativos de que se trata a segunda parte do art. 133, CP, assim como à normativa de parte especial contida nos arts. 308, 309, 365, § 4.°, 371, § 2.°, 376, 386, § 4.°, n. 2, 389, § 2.°, 390, § 2.°, 391, § 2.°, 398, § 2.°, n. 2, 463, 641, § 1.°, 655, § 3.°, CP.

Deve portanto ser devidamente ressaltado o fato de que as tradicionais disposições premiais de natureza do código são em princípio ancoradas na idéia de bens jurídicos no sentido de que, em determinado momento, essas visam a uma supressão da ofensa ou a uma atenuação; a sua relevância, portanto, está intimamente ligada às próprias razões da intervenção punitiva.[55]

A orientação no sentido de mera colaboração processual da normativa premial em matéria de criminalidade organizada, como a precedente em matéria de terrorismo, a distancia radicalmente por perspectivas de lesividade. Isso não significa que, de sua adoção, não possam derivar evidentes efeitos de tipo substancial, até mesmo em termos de tutela dos bens jurídicos, no sentido da possível desorganização da associação criminosa e da quase impossível volta do réu a ela; deve, porém, ser enfatizado o fato de que a relevância das condutas de colaboração – e assim, repetimos, parece claríssimo pela norma em matéria de ordenamento penitenciário – é expressa no plano do processo.

O excessivo alargamento dos mecanismos premiais, assim como a sua configuração em termos de mera troca entre Estado e réu, fundada apenas na utilidade recíproca, parece um expediente perigoso numa perspectiva de longo prazo. De fato, a obtenção de resultados imediatos, também de grande ressonância, pode custar, a longo prazo, a perda em termos de compreensibilidade de toda mensagem sobre valores que deriva do sistema no seu conjunto.

Mais uma vez está em jogo a coerência do sistema, chamada aqui em causa no momento em que se utilizam mecanismos premiais numa perspectiva excêntrica em relação à ofensa aos bens violados, aos significados e aos limites

(55) Cf. sobre o tema, para todos, Padovani, La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 532 *et seq.*; Bricola, Funzione promozionale. Tecnica premiale e dirito penale, *AAVV., Diritto premiali e sistema penale*, Milano, 1983, p. 126.

da pena. Não é correto trazer remédios jurídicos do mesmo tipo, fundando-os sobre pressupostos e finalidades diferenciados, quando não contrapostos; isso tem como conseqüência natural um efeito de desorientação dos membros da sociedade em torno do sentido e do valor das regras normativas, com evidentes reflexos sobre a própria eficácia das normas.[56]

Não deve ser esquecido que o sistema não tem somente a função de assegurar uma harmonia de princípios e valorações, numa perspectiva "interna" à elaboração normativa; numa dimensão "externa" o sistema serve, de fato, para orientar os membros da sociedade para uma compreensão do direito.[57] A sistemática, portanto, não se limita ao mero enquadramento, mas, fundamentalmente, persegue a compreensão dos princípios e das soluções normativas particulares e jurisprudenciais, objeto das suas classificações. A aporia, portanto, não só prejudica o sistema "interno" mas apresenta-se em contradição com a fundamental inspiração do sistema "externo", relativo à compreensão e, portanto, à aceitação das regras jurídicas.

6. Práticas e legislações autoritárias tiveram sucesso graças a um clima de emergência que permitiu uma renovada exaltação do cárcere, muito injustificada se, mesmo sob este perfil, a situação real for confrontada com a figurada no enunciado constitucional. Pelos dados publicados pelo *Istituto Nazionale di Statistica* resulta, como dado constante dos últimos anos, que as nossas instituições carcerárias, lotadas como nunca tinham estado antes,[58] hospedam réus à espera de julgamento num percentual aproximado de 40 por cento, depois de terem superado nos últimos anos o percentual de 50 por

(56) CF., a propósito, as convincentes observações de S. Fiore, *La condotta susseguente al reato*, cit., p. 44 *et seq.*

(57) Sobre ponto ainda fundamental Engisch, Sinn und Tragweite jurischer Systematik, *Studium generale*, 1957, p. 188 *et seq.*

(58) Das estatísticas do ISTAT surge que o número de detentos e internos cresceu ainda mais no início dos anos noventa, passando de 26.150 de 1990, a 35.485 de 1991, a 47.588 de 1992, chegando a 50.212 em 1993 e a 50.835 em 1994; parece oportuno salientar que, nos anos compreendidos entre 1959 e 1989, as cifras mais altas estavam nos anos em torno de 1984 quando, no fim do ano, foram registrados 42.795 detentos e internos e, em 1965, quando as presenças foram 36.158; cf. ISTAT, *Statistiche giuridiziarie penale*, anno 1993, cit., p. 509, tabela 14.1.II trend positivo foi interrompido só em 1995, quando as presenças chegavam a 47.344; parece todavia verossímil considerar que a diminuição seja prevalentemente, se não exclusivamente, atribuível à reforma da disciplina da custódia cautelar: as cotas de detentos a espera de julgamento eram de fato 47,2 por cento ao fim de 1994, de 40,5 por cento ao fim de 1995 e de 40,3 por cento em 31.10.1996. Parece significativo também o dado relativo aos *entrati*, isto é, aqueles que por qualquer razão passaram do estado de liberdade para qualquer outro regime penitenciário: em 1990 foram 58.060, 99.183 em 1994, 90.217 em 1995, 73.879 no total em outubro de 1996, cf. ISTAT, *Statistiche giudiziarie*, anno 1990, *Annuario* 38, edizione 1993, Roma 1993, p. 633, tabela 16.1, e ISTAT, *Bolletino mensile di statistica*, febbraio 1997, cit. p. 34, tabela 5-13. No que concerne à superpopulação, diante dos 49.693 detentos e internos pesquisados em 31.10.1996, a capacidade dos institutos em 31.10.1995 era, segundo os dados publicados pelo ISTAT, de 40.736 leitos (ISTAT, *Statistiche giuridiziarie penale*, anno 1995, *Annuario* n. 4, edizione 1996, Roma, 1996, p. 503, tabela 12.5): embora os dados não sejam contemporâneos, a superpopulação pode hoje ser estimada em torno de 8.957 presenças. Com base nos dados fornecidos pelo ISTAT, conclusões mais precisas podem ser referidas so-

cento,[59] quando a detenção preventiva, segundo os princípios de que tratam os arts. 13 e 27, § 2.º, da Constituição, deveria ter sido uma exceção bem circunscrita.

Coloca-se, então, o problema dos custos que a coletividade pode e deve razoavelmente suportar em termos de certeza dos direitos fundamentais, para a defesa coercitiva dos mesmos direitos contra as mais graves formas de criminalidade presentes no contexto social; o estado social de direito deve, de fato, procurar atingir o menor número possível de pessoas penalmente perseguidas que deve ser caracterizado.

No momento atual registra-se, ao contrário, um entusiasmo repressivo, que é tão irracional no plano dos efeitos quanto deletério no plano dos direitos, confirmado pela ausência de um igual incremento dos delitos denunciados que, aliás, se não apresentam uma diminuição, sofrem um aumento que, em termos percentuais, não é absolutamente comparável ao aumento que a população carcerária sofreu no decorrer dos últimos cinco anos.[60] E é ingenuidade, se não for

mente em 31.12.1995, quando diante dos 47.344 detentos e internos (ISTAT, *Bolletino mensile di statistica*, febbraio 1997) a superpopulação era exatamente de 6.608 presenças. Deve ser em todo o caso considerado que a referência aos leitos, se não for integrada com o dado relativo à sua distribuição em relação aos ambientes de vida cotidiana, aparece somente como indicativo das reais dimensões da superpopulação; adaptabilidade dos ambientes de vida cotidiana a exigências de hospitabilidade maiores do que aquelas que caracterizam a sua destinação originária parece, de fato, confirmada também pela extrema variabilidade das cifras relativas ao número de leitos que parece seguir aquele das presenças: no final de 1993, quando as presenças eram 50.212, os leitos disponíveis eram 40.156 (ISTAT, *Statistiche giuridiziarie penale*, anno 1993, *Annuario* n. 2, edizione 1994, Roma, 1994, p. 495, tabela 12.3, p. 509, tabela 14.1), ou seja, 4.420 a mais em relação a 1995; sobre a superpopulação carcerária, cf. La Greca, Il sovraffollamento carcerario. Iniziative possibile, *Dir. pen. e processo*, 1995, 764; Magi, *Il sovraffollamento carcerario. Il ruolo della magistratura di sorveglianza*, ibidi 763.

As cifras relativas aos suicídios aparecem como emblemáticas desse mal-estar: em 1990 foram registrados 22 suicídios (ISTAT, *Statistiche giuridiziarie penale*, anno 1990, cit., p. 797, tabela 19.2; em 1993 foram 52 suicídios (ISTAT, *Statistiche giuridiziarie penale*, anno 1993, cit., p. 495, tabela 12.2) e diminuíram para 50 em 1995, quando houve também 868 tentativas de suicídios (ISTAT, *Statistiche giuridiziarie penale*, anno 1995, cit., p. 503, tabela 12.5).

(59) Dos dados publicados pelo Instituto Nacional de Pesquisa extrai-se que em 31.10.1996 de 49.693 internos, 20.012 estavam à disposição da autoridade; cf. *sistema statistico nazionale – Istituto nazionale di statistica* (ISTAT), *Bolletino mensile di statistica*, febbraio 1997, n. 2, Roma, 1997, p. 34, tabela 5-13. Em 31.10.1994 de 51.286 detentos e internos, 25.402 estavam à disposição da autoridade; cf. ISTAT, *Bolletino mensile di statistica*, marzo 1995, n. 3, Roma, 1995, p. 36, tabela 5-17.

(60) Em 1992, a autoridade judiciária iniciou a ação penal para 2.740.891 delitos denunciados, em 1993 o mesmo dado foi de 2.679.874 delitos denunciados (ISTAT, *Bolletino mensile di statistica*, marzo 1995, cit., p. 33, tabela 5-16), e de 2.938.081 delitos denunciados em 1995 (ISTAT, *Statistiche guidiziaria penale*, anno 1995, cit., p. 60, tabela 3.2).

(61) Parecem indicativos, a propósito, os dados relativos a denúncias apresentadas à autoridade judiciária pela *Polizia d'Stato*, pela *Arma dei Carabinieri* e pelo *Corpo della Guardia di Finaza* de janeiro a setembro de 1996 relativas ao delito do qual se trata no art. 416 *bis*, CP, que foram 155 sobre um total de 1.790.000 denúncias (ISTAT, *Bolletino mensile di statistica*, febbraio 1997, p. 33, tabela 5.12) e aqueles relativos

um sinal de preocupante má-fé, atribuir o incremento das prisões a uma renovada eficiência na persecução dos crimes de máfia ou de grave corrupção.[61] A repressão acaba, ao contrário, por endereçar-se para a marginalidade que está pouco a pouco emergindo: os "ociosos" e os "vagabundos" dos anos noventa são os dependentes de drogas e os imigrantes, de preferência os de cor, cujas presenças na prisão aparecem vertiginosamente aumentadas, numa medida em que, em termos percentuais sobre o total dos presos, não têm absolutamente correspondência na população externa à prisão.[62]

Segundo o habitual esquema da emergência, a uma repressão legítima de alarmantes fenômenos criminais, embora sempre respeitosa das regras – como a grande corrupção e os delitos de máfia –, acopla-se uma repressão de tipo carcerário, injustificada e contrária aos princípios constitucionais referidos. Não atende, de fato, às exigências personalistas e de solidariedade solenemente reconhecidas na lei fundamental, nem pode constituir motivo de conforto o crescimento elefantíaco da instituição total, que, no projeto de indiscriminada repressão típico da tão prevalente quanto simplista e ilegítima ótica da intimidação, levou à prisão centenas de jovens dependentes de drogas ou imigrantes de cor, para cada mafioso ou político corrupto a mais na prisão.[63]

Somente é possível com a falta de uma séria e mediata política criminal justificar, diante de uma diminuição das denúncias de crime, um aumento da população carcerária – de dimensões nunca registradas precedentemente em toda história penitenciária italiana – que comprova uma intransigência de tipo moralista capaz apenas de fomentar cruzadas pela obsessão de uma procura pueril de bodes expiatórios, responsáveis por todos os males do presente, renunciando assim, *a priori*, o encontro de uma efetiva solução para os problemas.

Paradoxalmente, quanto mais a prisão entra em crise, mais aumenta a sua exigência. As razões podem ser as mais diversas, mas, essencialmente, isso acontece porque ainda está enraizado o equívoco – que a jurisprudência tencionalmente favorece – da equação "prisão igual a justiça", à qual deve ser acrescida aquela segundo a qual "quanto mais dura é a pena mais se realiza justiça". Em outras palavras, sobrevive uma concepção pré-moderna, ancestral, teológica e sacra da justiça e da pena como expiação, que está ligada imediatamente à agressividade do indivíduo, desconhecendo perspectivas de solidariedade: essa concepção mais agrava do que resolve os problemas.

Fica evidente, então, que, se não se removerem as causas profundas dessa

aos delitos de corrupção e concussão denunciados em 1993 para os quais a autoridade judiciária iniciou a ação penal que foram 1.263 sobre um total de 2.679.968 (ISTAT, *Statistiche giudicarie penale*, anno 1993, cit., p. 57, tabela 3.1).

(62) Em 31.12.1990 os detentos dependentes de droga eram 7.299, diante dos 15.135 em 1993 (cf. De Martino, *L'Aids in carcere*, cit., p. 105); e 13.488 em 1995 (ISTAT, *Statistiche giudicarie penale*, anno 1995, cit., p. 444, tabela 11.7): em cinco anos, o aumento foi de 6.189 presenças. No que diz respeito aos detentos internos de origem africana, em 31.12.1990 os que perderam de alguma forma o estado de liberdade tinham sido 5.704 (ISTAT, *Statistiche giudicarie penale*, anno 1990, cit., p. 652, tabela 312.8), ou seja, 9,8% do total dos "entrados" diante dos 14.544 de 1995 (ISTAT, *Statistiche giudicarie penale*, anno 1953, cit., p. 459, tabela 10.10), 16,2% do total dos "entrados".

(63) Cf. Pavarini, Il "paradiso penitenziario perduto": la nuova penologia e la crisi della politica in italia, *Crit. Dir.*, 1992, 2, 40.

concepção primitiva da sanção penal, toda a tentativa de incutir no sentimento comum o valor das garantias está destinada a falência. Não há proclamação constitucional que resista, e a popularidade das garantias continuará sempre baixa se a cultura jurídica continuar a ser, no fundo, uma lógica redutora dos meios e não ciência orientada de forma axiológica pelos fins.

Aquela tendência, fundada de forma normativa na afirmação da idéia de ressocialização e/ou marginalização, que encontrou a sua plena expressão também em algumas decisões basilares da Corte Constitucional,[64] e no ordenamento penitenciário,[65] pelo menos antes da recente reforma,[66] deve ser plenamente reativada num contexto mais amplo de recuperação de valores [de tipo] personalistas e solidários, que vivem um período de inquietante esquecimento.

Tinha amadurecido nos anos oitenta uma crise de legitimação da prisão como expressão pela redução da centralidade do modelo de custódia nas políticas de controle social, difusamente encontrável em países com experiência jurídico-ordenamental e cultural análoga.

A tendência era, portanto, a da integração social e não da marginalização, seguindo, segundo os esquemas de recuperação social, a intensificação de sistemas de disciplina social exteriores à prisão.[67]

(64) Cf. a Sentença 204/74, na qual a Corte Constitucional reconheceu, pela primeira vez, o princípio da flexibilidade da pena, individualizando "uma obrigação absoluta para o legislador de não só ter presente as finalidades reeducativas da pena, mas também predispor todos os meios e as forma aptas a garanti-las", ao que corresponde "o direito do condenado a que, verificando-se as condições postas pela normativa de direito substancial, o prolongar-se da intenção punitiva seja reexaminado com a finalidade de averiguar se de fato a quantidade da pena cumprida alcançou ou não de forma positiva o seu objetivo reeducativo": Corte Cost.; 27 de junho – 04.07.1974, n. 204, *Giur. cost.* 1974, I, 1707 *et. seq.*

(65) Para um quadro sintético das orientações sustentadas, no tempo da lei sobre o ordenamento penitenciário (Lei 354/75) pela prevalente doutrina favorável à assim chamada "fuga do cárcere", cf. Pissapia, Una strategia differenziata per la difesa sociale dal delitto, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 209 *et seq.* Para uma reconstrução das vicissitudes históricas e das orientações político-criminais, não sempre unívocas, cf., entre outros, Neppi Modona, Appunti per una storia parlamentare dalla riforma penitenziaria, *Quest. crim.*, 1976, 319 *et seq.*, e Bricola, Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale, *Riv. it. dir. proc. pen*, 1977, 13 *et seq.* Para uma avaliação completa do ordenamento penitenciário assim como foi delineado na Lei 354, de 26.07.1975, cf. *AAVV., Il carcere "riformato"*, org. de F. Bricola, Bologna, 1977, passim; *AAVV., Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, org. de V. Grevi, Bologna, 1981, passim; e *AAVV., Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, org. de V. Grevi, Bologna, 1982, passim. Sobre a Lei 663, de 10.10.1986 (Lei Gozzini), cf. Palazzo, La riforma penitenziaria del 1986: contenuto, scopi e propettive di un ulteriore provvedimento di decarcerazione, *Pol. Dir.*, 1988, 225 *et seq.*

(66) Mosconi, La controriforma carceraria, *Dei delitti e delle pene*, 1991, 143 *et seq.* Para uma eficaz síntese das modificações *in pejus* trazidas pelas intervenções legislativas dos últimos anos, cf. Canepa-Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1993, p. 368 *et seq.*

(67) Para uma reconstrução da evolução mais recente das políticas penitenciárias, em escala nacional e internacional, cf. Comucci, Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata, *AAVV., Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., p. 1 *et seq.*, 21 *et seq.*

O resíduo de institucionalização – sempre orientada em princípio à ressocialização e/ou à não dessocialização – devia servir a exigências de prevenção geral de caráter positivo, diante do cometimento de crimes caracterizados por uma particular nocividade social que, pelo menos inicialmente, ou por finalidade de agregação de consensos em torno das regras ordenadoras ou por exigências de defesa social, não poderiam permitir uma solução extramuros.[68] Em todo o caso, uma vez ausentes ou atenuadas as exigências de prevenção geral, a realização da finalidade de integração social pretende, como tendência, a saída do detento da instituição total.

Sobre qual aspecto desse quadro esquemático de referência pôde incidir o recrudescimento da criminalidade organizada e a abertura da caixa de Pandora da *tangentopoli* para reconduzir à prisão os novos marginalizados é uma interrogação à qual nos agradaria ter uma resposta por parte de quem é legitimado a impor aquelas prisões.

Neste ponto a reflexão, que é difusamente desenvolvida na doutrina, sobre a falência da idéia de tratamento e com ela a falência da idéia de ressocialização [69] adquire um significado bem diverso, que não diz respeito porém à falência motivada por falta de resultados, derivada de uma concreta efetiva experimentação daquelas idéias, que está ligada a deficiências estruturais, organizativas e normativas, as quais um estado civil tem o dever de enfrentar.[70]

7. O caminho para sair da atual crise involutiva do sistema penal passa, a nosso ver, através de uma reflexão sobre a finalidade, âmbito e características do sistema penal do estado social de direito.

Sob esse aspecto surge que a finalidade do direito penal, como delicadíssimo *instrumentum regni*, reflete imediatamente aquela finalidade perseguida pelo estado democrático que, enquanto tal, deve limitar-se a assegurar as condições perfeitas para a segurança do indivíduo e a pacífica coexistência dos membros da sociedade. Disso deriva que o direito penal não pode adotar meios que resultem prejudiciais à segurança do indivíduo. Em outras palavras, somente por graves ofensas aos bens jurídicos fundamentais do indivíduo ou da coletividade, o estado social de direito consente intervir com o direito penal; diversamente, ele mesmo constituiria um fator de violação da legalidade e, portanto, no plano substancial, dos direitos do indivíduo e da coletividade que, em teoria, pretendia tutelar.

Portanto, a intervenção penal se justifica somente harmonizando a sua necessidade para o bem comum da sociedade com o direito do sujeito em relação à autonomia e dignidade de sua pessoa.

Trata-se, por outro lado, de indicações claramente deduzíveis dos princípios expressos na nossa Carta Constitucional que, definindo as características fundamentais do sistema penal do estado de direito, obriga, também diante de agressões de gravidade intolerável, ao

(68) Nesse sentido v. Pisapia, *Una strategia differenciata per la difesa sociale dal delito*, cit., 209 *et seq.*

(69) Ver a propósito a eficaz síntese proposta por Monaco-Paliero, *Variazione in tema di "crisi della sanzione"*, cit. 434 *et seq.*

(70) Para uma reafirmação, com a qual concordamos integralmente, do "real e irrenunciável alcance garantístico da idéia de ressocialização", cf. Eusebi, Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive de riforma dela sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 498 *et seq.*; ver também Id., *La pena "in crisi"*, Brescia, 1990, p. 13 *et seq.*; sobre o tema ver também Fiandaca, Quando proibire e perchè punire? Ragioni di "concordia discors" con Luigi Ferraioli, *AAVV., Le ragione del garantismo*, cit., p. 270 *et seq.*

respeito dos princípios de legalidade, clareza e taxatividade (art. 25, §§ 2.° e 13, Constituição), de personalidade da responsabilidade penal (art. 27, § 1.°, Constituição), de proporção e razoabilidade (art. 3.°, Constituição) e, portanto, de subsidiariedade (arts. 2.°, 3.°, 13, 25, §§ 2.° e 3.°, Constituição), de ofensividade (arts. 13, 25, §§ 2.° e 3.°, e 27, § 3.°, Constituição), de materialidade (arts. 19 e 25, § 2.°, Constituição), de tutela da dignidade humana (arts. 2.°, 3.°, § 1.°, 27, §§ 1.° e 3.°, 32, § 2.°, 41, § 2.°, Constituição), também de "naturalidade" do juiz (art. 25, § 1.°, Constituição), de presunção de não culpabilidade (art. 27, § 2.°, Constituição), de inviolabilidade dos direitos de defesa (art. 24, Constituição), de sujeição à lei (art. 101, § 2.°, Constituição), de obrigação da motivação (art. 11, Constituição), de obrigatoriedade de ação penal (art. 112, Constituição). Além disso, a normativa e a prática devem ser modeladas atentamente pelo respeito de exigências ligadas à função da pena que legitimamente se pode perseguir; nos referimos à função de integração social que compreende aspectos positivos da prevenção especial e geral de modo normativo deduzidas (arts. 27, §§ 3.° e 1.°, 3.°, §§ 2.°, 4.°, 34, Constituição, em combinação com as normas constitucionais já citadas em relação aos princípios de proporção, de razoabilidade, de subsidiariedade e de tutela da dignidade).[71]

Para fins processuais, desse tipo de idéias derivam conseqüências fundamentais. Antes de mais nada, a ilegitimidade de técnicas acusatórias fundadas sobre teoremas e sobre confrontos probatórios; resulta, além disso, inadmissível. No âmbito do processo penal valem, somente aquelas declarações que tenham sido expressão real da vontade individual livre. Isso leva, na prática, à absoluta ilegitimidade do uso de meios insidiosos que tendem a forçar a vontade livre do indivíduo: toda prática extorsiva de declarações não espontâneas equivale, no plano do respeito dos princípios, ao uso de meios ilícitos como ameaças ou violências, ainda que isso tudo possa resultar objetivamente, de algum modo, útil à satisfação imediata do interesse público.

Mas, em geral, deve-se levar devidamente em conta também a satisfação de exigências de coerência do sistema que, além das mais significativas perspectivas de ordem formal, exprime, no plano axiológico-substancial, um notável aumento de garantia e de agregação de consensos. Em relação às técnicas de normatização, devem ser privilegiadas soluções caracterizadas pela clareza, simplicidade, coordenação funcional de testemunhos, que enfatizem tanto a tutela da liberdade individual quanto a eficiência do controle.

Mas devem também ser respeitados aqueles princípios do código da parte geral que visam garantir o indivíduo (não punibilidade dos atos preparatórios, das condutas de mera instigação e de mero acordo, correta utilização da tentativa) contra distorções repressivas.

Este complexo de princípios e regras, esquematicamente traçados, fornece os critérios para definir os limites, naturais, dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, do ponto de vista do controle penal dos fatos socialmente danosos.[72]

(71) Sobre o conceito de integração social, em termos de função da pena, cf. o nosso *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 83 *et seq.*

(72) Por direito penal "clássico" no sentido das garantias, ainda que no interior de sua vasta "modernização" manifesta-se eficazmente Paliero, L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1220 *et seq.*

Sob esse aspecto, por outro lado, deve ser considerado que os ataques à própria convivência civil que os fatos de grave criminalidade representam não podem implicar no sacrifício de alguns dos direitos fundamentais sobre os quais essa própria convivência se funda; violar os direitos fundamentais além dos limites de proporção a eles intrínsecos equivale a atentar, por um outro caminho, contra a própria convivência civil que, num estado social de direito, funda-se justamente no respeito aos princípios que presidem as garantias dos direitos fundamentais.

Em outros termos, a convivência civil, enquanto efeito da aplicação dos princípios fundamentais, não pode ser alcançada, mantida ou defendida com o sacrifício dos princípios de referência surgidos da realidade histórico-institucional e normatizados. Isso implica que a atuação do controle social, em relação também às mais graves formas de agressão à realidade sócio-institucional, deverá ocorrer com formas e instrumentos coerentes com os princípios a serem defendidos. Se, portanto, exigências legítimas de defesa social impõem a atuação do controle penal em termos de eficiência, isso não pode ocorrer com a violação das garantias fundamentais formais e substanciais.

Por outro lado, deve ser notado que a difusão e a consolidação de graves fenômenos criminais são resultado de um grave mal-estar socioinstitucional e é nessas esferas (sociedade e instituições) que o problema deve ser enfrentado e resolvido. Parece, portanto, ilusório, senão uma mistificação, cultivar ou difundir esperanças de real solução dos problemas mediante a mera atuação do direito penal. Este é somente a *extrema ratio* da política social, e não apenas por evidentes razões de defesa da liberdade, mas também porque o direito penal é totalmente inadequado para resolver *in radice* a maior parte dos problemas, que é chamado a enfrentar. E isso por mais paradoxal que possa parecer à primeira vista vale ainda mais se os problemas são de grandes dimensões e de relevante consistência sob o perfil da danosidade social: justamente nesses casos, portanto, para os quais é quase instintiva a exigência de aplicação máxima da intervenção penal. Mas essa intervenção, ao contrário, é capaz somente de barrar, quando consegue, o fenômeno, mas não está em condições de superá-lo.[73]

E aqui surge a vetusta, mas nunca seriamente enfrentada, questão da co-responsabilidade socioinstitucional na etiologia criminal, que impõe a séria consideração dos fatores exógenos ao réu que, em muitos casos, têm um peso determinante no processo de formação da conduta desviada. Um direito penal que aspire ser humano, concreto, racional, deve sempre ter presente, além da efetiva realidade do homem ao qual pretende dirigir-se, também os diversos condicionamentos que ligam o ser humano concreto que delinqüe às estruturas sociopolíticas que lhe são preexistentes e pelas quais não é certamente o responsável ou o é, normalmente, numa medida quase irrelevante.[74]

É também sobre tais estruturas que se deverá necessariamente incidir, se qui-

(73) Para uma forte redução, em termos marginais, da intervenção penal, cf. Baratta, Principi del diritto penale mínimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limiti della legge penale, *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443 *et seq.*; Ferrajoli, *Il diritto penale minimo*, Ibid., p. 44 *et seq.*; Zaffaroni, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale* (1989), trad. it. Napoli, 1994, p. 229 *et seq.*

(74) Cf. sobre o tema Maihofer, Menschenbild und Strafrechtsreform, *Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20.* Jahrhundert. Universitätstage 1994, Berlin, 1964, p. 12 *et seq.*

ser-se evitar de forma eficaz fenômenos de desvio; e nesse sentido corretamente se falou de problemas de "reeducação da sociedade".[75] Caso contrário, o próprio processo individual de recuperação social poderia resultar, no mínimo, inútil, senão mistificador, porque dirigido a remover somente parte dos obstáculos que se opõem a uma correta coexistência civil.

Compartilhamos, todavia, da respeitável opinião de Roxin, segundo a qual o desvio criminal é uma constante da sociedade, cuja eliminação total nunca será possível: "ela pertence, como a parte mais obscura, à vida social, assim como dificilmente se encontra uma existência individual sem erros ou acontecimentos trágicos".[76] Mas, apesar disso, a incidência dos fatores externos ao agente na etiologia do delito faz surgir fundamentalmente, ao lado da responsabilidade do indivíduo por seu fato, a co-responsabilidade da sociedade. E esta forma paralela de responsabilidade supra-individual, a nosso ver, não se pode eliminar, assim como geralmente é considerada,[77] somente por meio da predisposição de uma execução imposta com sentido ressocializante, com a previsão de intervenções particulares de sustentação *post poenam*, que tendam a favorecer a plena recuperação social do condenado: essa forma paralela de responsabilidade supra-individual extingue-se também e sobretudo oferecendo condições estruturais e modelos de comportamento – especialmente por parte de quem está investido de funções de particular significação – que determinem a união de consensos em torno de regras de comportamento.

Contextualmente deve ser realizada uma drástica redução do direito penal ao essencial, no pleno e incondicional respeito à centralidade do código. Uma poderosa redução das normas incriminadoras determina efeitos que, no final, tendem a assegurar melhor as exigências de defesa social do que um sistema de intervenção penal inflacionado e, por isso, irrealizável, que necessita periodicamente de medidas de clemência "emergenciais".[78] De fato, a conseqüente redu-

(75) Assim falou Baratta, Sistema penale ed emarginalizzazione sociale, *Quest. crim.*, 1976, p. 257-258. De "neutralização da sociedade como teoria radical da pena" falava Ernst Bloch, o grande filósofo da utopia concreta, em que a defesa da liberdade e da dignidade do homem deviam constituir o pressuposto imprescindível da estrutura social, cf. Bloch, Strafrechtliche und di wirkliche Negation des Verbrechens, *Naturrecht und menschliche Würde, Frankfurt am Main*, 1975, p. 297.

(76) Cf. Roxin, *Sinn ind Grenzen staatlicher Strafe*, cit., p. 27.

(77) A começar pelo mais respeitável teorizador da Mitschuld, Franz Von Liszt, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (1893), *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. I, cit., p. 45, 66 até Peter Noll, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen, 1962, p. 14 *et seq.*, que fala de Mitverantwortung da sociedade, conceito retomado também por outros penalistas alemães que, juntamente com Noll, darão vida à Alternativ-Entwurf; cf. Maihofer, *Menschenbild und Strafrechtsreform*, cit., p. 22; Arthur Kaufmann, *Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedanens im Strafrecht*, cit.. 557; Roxin, Franz von Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs (1969), *Strafrechtliche Gundlagenprobleme*, cit., p. 68-69. Cf. a propósito G. V. de Francesco, In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica: sviluppi e prospettive della dottrina del reato, *Arch. Pen.* 1975, I, 41; Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 476-477.

(78) Para uma brilhante reconstrução das "causas da inoperância da sanção penal" no interior de um sistema teleológico constitucional voltado, entre outras coisas, a conciliar proficuamente os parâmetros da racionalidade em relação ao objetivo com

ção do número de processos fará com que aqueles que deverão prosseguir estejam em condições de assegurar as realizações das duas exigências basilares da justiça penal: a obtenção de efetividade e o respeito às garantias. Deve ser considerado que a razão básica da tênue e insuficiente simpatia de que gozam as garantias consistem na idéia de que elas são um obstáculo à justiça; na verdade, os processos conduzidos com seriedade exigem um tempo maior do que os outros, mas isso é atribuído ao formalismo, apressadamente entendido como sinônimo de garantia, que com preocupante superficialidade é apresentado cada vez mais quase como uma função de apoio a criminalidade.

Acontece, então, que a justa exigência de justiça rápida e eficaz transforma-se na injusta exigência de justiça sumária, que é recebida com apreço pela opinião pública. Verifica-se, assim, a valorização daquela orientação que sempre esteve presente na justiça penal e que somente em alguns momentos foi abandonada, que liga o juízo a uma tendência freqüentemente manifestada de valorizar perspectivas de suspeita, de exaltar presunções de responsabilidade.[79] Quando a autoridade da instituição judiciária dá suporte a lógicas desse gênero, a própria civilização do direito é questionada. Nem nos parece, por outro lado, legítima a invocação de uma "ética da responsabilidade" contraposta a uma outra ética "a das formas",[80] considerada, nos fatos, portadora da ineficiência e fruto de preconceitos ideológicos; o que é também verdadeiro no que concerne a "preconceito ideológico" respeito a um dos postulados essenciais do estado de direito, a legalidade: se renunciamos a ela, é ao estado de direito que se acaba por renunciar.

Se a isso se acrescenta dados das desmedidas possibilidades, teóricas, de intervenção penal, já presente em cada setor da experiência social e individual, por causa da produção hipertrófica de normas penais, fica o perigo de que o próprio sistema penal desapareça, na sua estrutura de conjunto normativo tendente a orientar a conduta dos membros da sociedade na direção do respeito aos bens jurídicos fundamentais, a garantilos das excessivas pretensões estatais, assim como na sua função de controle dos fatos considerados danosos.

De fato, a hipertrofia acentua aquela relação de causalidade entre o cometimento do delito e a aplicação da sanção: nesse sentido é real falar de crime como "risco social",[81] com todos os problemas de "justiça por amostra" que esse dado traz consigo e que, certamente, não se constitui num fator de união de consensos, nem do ponto de vista da eficiência, nem do da eqüidade.

Por outro lado, se à profusão de normas penais junta-se uma técnica de legislação totalmente carente, com inexati-

os da racionalidade em relação aos valores, ver a ampla e profunda pequisa de Maiello, La clemenza tra dommatica e politica criminale, *Riv. it. dir, proc. pen*, 1992, p. 1029 *et seq.*

(79) Sobre o tema ver Contento, La responsabilità senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale, *AAVV., Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, org. de A. M. Stile, Napoli, 1989, p. 513 *et seq.*; Flora, *Riflessioni su colpevolezza e responsabilità oggettiva "occulta" nella prassi giurisprudenziale*, Ibid., p. 543 *et seq.*

(80) Cf. Fassone, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 234; ver a propósito as considerações críticas agudamente feitas por Giostra, Il processo penale "contro" la criminalità organizzata, *AAVV., Lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 160 *et seq.*

(81) Segundo a indicação de Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 47 *et seq.*

dões, confusões, incompreensão dos textos e, ainda, no plano dos tipos singulares, carências de taxatividade, antecipações exageradas, freqüentemente irrealizáveis, da tutela, com uma perda vertical em termos de certeza[82] acabam por impor-se, em conseqüência do surgimento de fortes exigências de repressão, atalhos probatórios, abusos em matéria de custódia cautelar, títulos presumíveis de responsabilidade e mecanismos contextuais *lato sensu* premiais, que acentuam, também em relação a fatos gravíssimos, aquela relação de causalidade que termina por colocar em discussão a própria lógica penal. Deve ser aqui denunciada a perigosa tendência de valorização do modelo de tipo de autor, uma moeda falsa que nenhuma intervenção restritiva "liberal" poderá jamais tornar legítima num estado social de direito.

Se a isso se acrescenta o fato de que, também do ponto de vista global do controle meramente repressivo, os resultados deixam a desejar, a exigência de uma inversão brusca de tendência faz-se imperiosa. A verdade é que o sistema penal, quando é chamado a resolver problemas fora da sua alçada, está destinado a falhar, com a desagradável conseqüência de perder credibilidade também naqueles setores em que poderia adimplir eficazmente a sua função. Como foi lucidamente entendido por Cesare Beccaria: "Toda a lei que não esteja armada ou que a natureza das circunstâncias torne insubsistente não deve ser promulgada... assim, as leis inúteis, desprezadas pelos homens, transmitem o seu aviltamento também às leis mais salutares".[83]

O próprio aparato do Código Penal deve ser portanto repensado, seja para meditar-se novamente sobre os bens essenciais objetos de tutela, seja para refletir-se mais atentamente sobre as novas modalidades de agressão. Em muitos casos, de fato, não será necessário considerar novas objetividades jurídicas, mas será, no fundo, suficiente explicar formas de agressão diferentes, talvez mais sofisticadas, mas sempre agressões a confiáveis "bens tradicionais". Um exemplo claro é, a nosso ver, dado pelo problema da disciplina dos fatos contra a economia, que, provavelmente, poderia receber uma solução satisfatória por meio de sua consideração em termos patrimoniais e não de "ordem econômica", inevitavelmente submetida às mesmas dificuldades com as quais se defrontam os tipos que são confiados à espúria objetividade jurídica da ordem pública.[84]

Trata-se mais uma vez da manifestação de um superficial e "realista" pragmatismo de tipo pós-moderno que, removendo o sólido sistema de garantias do "moderno", liga-se imediatamente aos parâmetros repressivos do pré-moderno, que alimentou historicamente aquele realismo jurídico, estruturalmente autoritário e funcionalmente ineficiente que impeliu, porém, a conceber a ciência da legislação como ciência daqueles que pensam.[85]

A fuga no direito penal acaba por significar somente a subtração das instituições às suas tarefas de correta ação político-social. À doutrina juspenalísti-

(82) Ver a propósito as considerações argumentadas feitas por Palazzo, Certezza del diritto e codificazione penale, *Pol. Dir*, 1993, p. 365 *et seq.*

(83) Cf. Beccaria, *Deidelitti e delle pene*, cit., § XXXV, p. 65.

(84) Que nos seja permitido remeter o leitor ao nosso *Della tutela dei beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., 343 *et seq.*

(85) Cf. Gaetano Filanghieri, La scienza della legislazione (1780-88), *Introduzione*, Paris, 1853, p. 2 *et seq.*

ca[86] cabe então o dever de chamar a atenção sobre esse dado e de definir, de forma autocrítica, os limites da possibilidade do sistema penal.[87]

Legitimidade e efetividade devem, portanto, caminhar juntas, iluminadas pela idéia de subsidiariedade que, no estado social de direito, impõe o recurso ao sistema penal somente como *extrema ratio* e respeitando todas as garantias estabelecidas. De modo diverso, ainda que se consiga reprimir temporariamente um fenômeno criminal, produzir-se-ão outras ilegitimidades e outras vítimas, com grave prejuízo para a causa da democracia.

"A justiça penal é um mal necessário, se ela superar os limites da necessidade fica sendo apenas um mal",[88] essa profunda verdade – que sintetiza as aspirações a um direito penal laico, liberal, mínimo, mas também racional e eficiente – representa de forma impecável uma realidade normativa e cultural que vê no respeito ao homem e das suas prerrogativas de autonomia e dignidade, numa situação de solidariedade, a realização de um ideal comum e elevado de civilização e de democracia.

Na verdade, uma legislação e uma prática inspiradas num excesso de empirismo desenvolto, expressivo de uma valorização do pragmatismo (tecnicista) de tipo pós-moderno, pouco atento ao momento axiológico de derivação normativo-constitucional, traz consigo o duplo risco de criar confusão do ponto de vista da estrutura do ordenamento, com o conhecido corolário da ineficiência e, além disso, de negligenciar o sistema das garantias, com graves prejuízos também dos direitos fundamentais: exemplos claros disso podem ser extraídos da ambiciosa normativa antimáfia, ou da prática autoritária em matéria de custódia cautelar.

Parece-nos, ao contrário, que o território em que se mantém prementes as instâncias da modernidade ainda a realizar-se é talvez precisamente o das relações jurídicas com o empenho de preservação dos valores fundamentais, para construir modelos novos de comportamento, para predispor novas modalidades de procedimentos de intervenção, sem renunciar às conquistas de tipo axiológico, como a fixação e a defesa solene dos direitos fundamentais, aos quais a própria civilização, no seu conjunto, não pode renunciar. É este o setor onde deve ser procurado aquele tanto de potencialidade, de experiência positiva a ser recuperada e mantida pelo mundo da modernidade. Devemos pensar que muitas das potencialidades da modernidade, muitos dos seus impulsos – ao lado também das derrotas – nunca foram de fato realizadas e, talvez, nem mesmo tentadas.[89]

É necessário, então, repensar uma codificação que, uma vez liberada de toda velharia normativa, contenha, sob o modelo bagatelar ou não de uma lei penal fundamental, claras formas de imputação dos fatos, um sistema de san-

(86) Uma ampla e estimulante reflexão sobre a ciência juspenalística, compartilhável em muitos aspectos, é aquela recentemente desenvolvida por Pulitanò, Quale scienza del diritto penale, *Riv. it. proc. pen.*, 1993, p. 1.209 *et seq.*, v. em particolar p. 1.213 *et seq.*, p. 1.235 *et seq.*

(87) Para um gênero diferente de idéias Cf. Fiandaca – Musco, Perdita di legittimazione del diritto penale?, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 63.

(88) Assim diz Roxin, Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform, *Radius*, 1966, III, 37.

(89) Sobre o tema, ver a brilhante pesquisa de Resta, *La certeza e la speranza. Saggio sul diritto e violenza*, 2. ed., Roma-Bari, 1996, p. 39 *et seq.* e passim; Id; *La stala e le masserizie: paradigmi dell'osservatore*, Roma-Bari, 1997, p. 129 *et seq.*

ções racionais, brandas e eficientes, um número também limitado de figuras graves de delito, reconhecíveis e aceitáveis pelos membros da sociedade. Todo o resto deverá desaparecer ou ser transformado em outras, sempre numericamente contidas, figuras de ilícito não penal; somente desse modo readquirão significado princípios essenciais num estado de direito, de cuja validade atualmente pode se falar em termos de absoluta hipocrisia: nos referimos, entre outros, a princípios basilares como, por exemplo, o da obrigatoriedade da ação penal no plano processual e de subsidiariedade no plano substancial. Apenas assim será possível também imaginar para criação de novas normas penais, além da proibição de uma em si ilegítima decretação legislativa, procedimentos legislativos mais complexos do que os atuais, em consideração dos bens essenciais, liberdade e personalidade, que estão normalmente em questão no direito penal e com isso evitar o recurso de enxurrada a uma onívora quanto simbólica normativa penal. O "momento penal" deverá naturalmente ser somente o aspecto de um amplo projeto estratégico de muitos agentes de tipo político-social,[90] seriamente orientado para a remoção aqueles fatores de mal-estar da ordem socioeconômico-cultural, que tem normalmente tanta importância no processo de formação do desvio criminal.

Certamente, nesse momento parece difícil a elaboração de projetos de grande fôlego – que na linguagem comum, não sem a dureza de tons quase depreciativos, já parecem como utopias – quando a sociedade vive toda esmagada no presente, privada de qualquer sentido do passado e, o que talvez seja ainda mais grave, do futuro. Deste modo é o próprio "princípio da esperança" – assim como aparece esculpido na magistral e fascinante lição de Ernest Bloch[91] – que acaba sendo negado na premissa; mas isso traz consigo uma implicação inquietante, no sentido de que a ação do legislador é definitivamente reduzida à perseguição de um interesse que, no seu absoluto imediatismo, corre o risco de acabar irremediavelmente num mero interesse de parte e, portanto, de baixo perfil.

Assistimos agora a uma inquietante mistura geral de idéias-guias e valores, com rápido crescimento de fundamentalismos superficiais que não levam muito longe.

A isso junta-se a implosão da atividade crítica que pela experiência juspenalística, além de, embora freqüentes, tomadas de posições "fracas", o mais das vezes privadas de consistência e instrumentos, está nos fatos confiada a uma incompreensão e às vezes pouco compreensível atividade acadêmica, certamente pouco visível, fechada como é, na maior parte dos casos, nas divisões das cidadelas universitárias. A tudo isto deve ser posto reparo: para começar deveremos nos esforçar em experimentar formas simples de comunicação entre ciência jurídica e legislador; de outra forma, de um lado corre-se o risco de nos esterilizar num individualismo narcisista e, de outro – e as conseqüências são muito mais relevantes –, de nos precipitar ainda mais num assustador diletantismo (cripto) autoritário, com prejuízo da própria democracia.

No momento atual, impõe-se à ciência penalística a tarefa de uma projeção de estratégias de legítimo controle social, mas também a de uma atualizada veri-

(90) Cf. Baratta, Stato sociale de diritto e abolizionismo, no prelo, *AAVV., Il sistema penale dello stato sociale di diritto. Atti del seminario di diritto penale*, 18.11.1996 – 23.05.1997, Universidade de Salerno.

(91) Cf. Bloch, Das prinzip Hoffnung, Frankfurt – am Main, 1959.

ficação crítica da legislação penal, que deixe evidente a sua tensão em relação às aspirações para uma intervenção penal mínima capaz de conciliar, mediante a redução da área do penalmente relevante, o respeito às garantias constitucionais, com a abertura para estratégias extrapenais e extrajurídicas eficientes de gestão de conflitos. Se, de fato, por um lado, parece sem dúvida compartilhável a idéia de uma construção da conflituosidade social livre da hipoteca do pan-penalismo, não se pode, por outro lado, na projeção de estratégias alternativas, perder de vista o problema do confronto com medidas normativas e práticas jurisprudenciais preocupantes para os direitos do indivíduo; de outra forma, risco é o de abandono da realidade do exercício cotidiano do poder punitivo estatal ao arbítrio de atos que, enquanto incompatíveis com os princípios constitucionais, podem ser definidos como subversivos.

Parece necessário, portanto, desenvolver as implicações de uma concepção do sistema penal orientada para os princípios constitucionais de respeito da dignidade humana, proporcionalidade, subsidiariedade, legalidade-determinação, lesividade, personalidade da responsabilidade, privilegiando a perspectiva da redução da área de intervenção penal e da impostação não meramente negativa do problema das garantias, mediante uma elaboração que coloque ao lado da limitação garantidora do poder punitivo a predisposição de instrumentos ordenamentais de maior alcance e, portanto, mais eficazes.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.4

TUTELA DA LIBERDADE PESSOAL E EXIGÊNCIAS PROCESSUAIS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA*

GIULIO ILLUMINATI**

1. A primeira decisão da Corte Constitucional em matéria de liberdade pessoal é a n. 2 de 1956, há pouco mais de quarenta anos: dizia respeito ao art. 157 do texto único das leis de segurança pública, e declarou ilegítima a repatriação por transferência porque era disposto pela polícia sem a intervenção do juiz. É significativo que uma das primeiras sentenças pronunciadas pela Corte no ano da sua instalação tenha se referido justamente ao art. 13 da Constituição (a n.1 de 1956, com a qual o juiz tinha estreado, referia-se ao art. 21 da Constituição, a liberdade de manifestação de pensamento): a liberdade individual é a primeira das liberdades invioláveis e pressupostos de todas as outras, também, justamente por que inviolável, direito "reconhecido" e "garantido" *ex* art. 2.º da Constituição, e portanto posto na base do ordenamento.

Era inevitável que um dos pontos de maior atrito com a legislação pré-vigente, herdado do fascismo, acontecesse justamente acerca da inviolabilidade da liberdade pessoal: a entrada em vigor da Constituição de 1948 tinha invertido o equilíbrio precedente das relações entre Estado e cidadão, entre autoridade e indivíduo, graças à impostação prevalente marcadamente personalística de garantia das situações subjetivas, contra a ideologia do sistema que negava a própria existência de um conflito, porque os direitos individuais tinham de encontrar a síntese no interesse geral. Aliás, como disse alguém, na Constituição, há talvez um excesso de especificação das liberdades, juntamente como reação ao ordenamento fascista.

Na Sentença 2 de 1956, a Corte Constitucional enfatizou duas escolhas fundamentais, em parte antecipadas pela Sentença 1 de 1956: que as leis anteriores à Constituição estão sujeitas ao exame de legitimidade e, em segundo lugar, que a inconstitucionalidade pode ser deduzida das normas da Constituição definidas como "programáticas". De fato, antes da instalação da Corte Constitucional, o controle de legitimidade era feito pela *Corte de Cassação*, que distinguia entre normas preceptivas, imediatamente executivas, e normas programáticas, que se limitavam a fornecer diretrizes ao futuro legislador. A Corte Constitucional desentulhou imediatamente o campo desses limites, que teriam paralisado a sua função de controle de legitimidade. Em

(*) *Texto revisto de um relatório apresentado em ocasião do Congresso Nacional "Constituição, Direito e Processo Penal: os quarenta anos da Corte Constitucional" (Macerata, 1997).*

(**) Tradução: Renato Ambrósio. Revisão Maurício Zanoide de Moraes

particular, ocupando-se pela primeira vez do art. 13 da Constituição, excluiu categoricamente que se tratasse de uma "norma programática ou de aplicação não imediata". Em suma: a distinção entre normas preceptivas e programáticas é irrelevante para os fins de juízo de legitimidade; em todo o caso, o art. 13 da Constituição não é norma programática.

Esta disposição, todavia, "não deve ser entendida como garantia de indiscriminada e ilimitada liberdade de conduta do cidadão", tanto é verdade que o próprio art. 13 indica as limitações legítimas da liberdade pessoal.

A Sentença 2 de 1956, junto com aquela sucessiva, a n. 11 de 1956, sobre admoestação do *questor* (tratava-se sempre do texto único de segurança pública, e em particular das "medidas públicas de prevenção", aquelas que depois tornar-se-iam as medidas de prevenção), dá início a um diálogo entre a Corte Constitucional e o legislador que ter-se-ia prolongado no curso dos anos, e que seguramente está na base de algumas escolhas fundamentais também do novo Código de Processo Penal em tema de liberdade pessoal do imputado. É de fato do fim de 1956 a nova lei sobre as medidas de prevenção (Lei 1.423, de 27.12.1956) que, várias vezes levada diante da Corte, sempre foi substancialmente salva. Em uma pronúncia de 1960 (a Sentença 45) sobre a repatriação com o *foglio de via* obrigatório, reconhecia-se expressamente que o legislador de 1956 se movera segundo as diretrizes da Corte Constitucional, e que o *foglio de via* não se colocava em conflito com a Sentença 1956, não configurando uma restrição da liberdade pessoal. A n. 45 de 1960 foi expressamente citada pela recente Sentença 210 de 1995, ao excluir, mais uma vez, a inconstitucionalidade da repatriação obrigatória.

Como é evidente, até este ponto não estamos ainda no tema específico das cautelas processuais, mas, no máximo, no âmbito do procedimento de prevenção. A incursão nesse setor fornece todavia a oportunidade para mencionar um problema clássico em matéria de liberdade pessoal, que é aquele de definir a sua própria noção, em particular distingui-la das outras liberdades constitucionais como, por exemplo, da liberdade de circulação e da de residir em país estrangeiro, como também da liberdade moral.

Sem a pretensão de um tratamento completo, podemos constatar que a Corte Constitucional teve um comportamento não completamente unívoco na identificação do conceito. Passa-se de decisões que forneceram uma definição bastante vaga da liberdade pessoal (por exemplo, a já citada sentença n. 11 de 1956 fazia referência ao "estado de degradação jurídica" que é causado ao sujeito pelo conjunto de obrigações e situações decorrentes da admoestação do *questor*) àquelas que adotam uma noção extremamente larga, afirmando que a inviolabilidade tutela não só pela coerção física mas também pela diminuição da liberdade moral (assim a sentença n. 30 de 1962, ao distinguir os sinais indicadores somente exteriores daqueles que comportam inspeção pessoal). Até mesmo, em uma sentença, talvez um pouco extravagante, em tema de autorização para proceder (a sentença n. 9 de 1970), afirmava-se que a liberdade pessoal é violada sempre que for imposta uma obrigação de fazer ou de não fazer: assim atribui-se ao conceito uma expansão realmente excessiva.

Outras decisões, ao contrário, referem-se a uma noção exclusivamente física, isto é, as liberdades da pessoa em sentido restrito como exemplificadas pelo segundo parágrafo do art. 13 da Constituição: liberdade da detenção, da inspeção, da perquirição (assim a mencionada sentença n. 45 de 1960, sobre a ordem de repatriação com *foglio de via*). Sempre a

propósito da ordem de repatriação, a sentença n. 68 de 1964 procura delimitar melhor o conceito de "degradação jurídica" surgido da sentença n. 11 de 1956: tem-se degradação jurídica quando se está em uma situação de total sujeição ao poder alheio, na qual se concretiza a violação do princípio do *habeas corpus* (é freqüente e torna-se logo transferido à referência às garantias do *habeas corpus*, porém sem maiores especificações).

Ainda recentemente, justamente essa última sentença foi mencionada pela sentença n. 419 de 1994, a qual considerou a estadia cautelar – como previsto, até 1995, pela legislação antimáfia – uma medida com conteúdo aflitivo capaz de determinar uma diminuição da dignidade da pessoa, e por isso suscetível de ser incluída na previsão do art. 13, Constituição. Por outro lado, a já citada sentença n. 210 de 1995, ao afirmar que a repatriação não contrasta com o art. 13, Constituição, refere-se à liberdade da pessoa em sentido restrito, distinguindo a tutela do art. 13 daquela do art. 16, Constituição (liberdade de circulação).

Em suma, dir-se-ia que a Corte escolheu enfrentar caso a caso as situações submetidas a seu exame, mesmo reivindicando sempre a continuidade com os precedentes (esta é uma constante na sua jurisprudência, também quando o reconhecimento de tal continuidade parece bastante forçado). Mas talvez seja difícil explicar uma noção geral de liberdade pessoal que se abstraia do caso concreto: mais que um critério qualitativo, então, a Corte adota prevalentemente um critério quantitativo, baseado na intensidade da diminuição.

2. O problema da individualização do conceito de liberdade pessoal poderia parecer irrelevante quando se fala de medidas cautelares processuais coercitivas, para as quais se tende a considerar pacífico que se trata sempre de restrições da liberdade pessoal. Existem todavia zonas de fronteira: em uma recente decisão (sentença n. 109 de 1994), por exemplo, a Corte pronunciou-se sobre a proibição de residir no exterior, declarando constitucionalmente legítimo o art. 281, § 2.º, *bis*, CPP, na parte em que previa a sua automática aplicação como medida acessória a qualquer outra medida coercitiva, pela violação dos arts. 3, 13 e 16, Constituição. A Corte considerou ponto pacífico que a proibição de residir no exterior representa uma restrição da liberdade pessoal, citando a jurisprudência da *Corte de Cassação* que admite o recurso *ex* art. 111 contra as medidas nessa matéria. A conclusão deve-se compartilhar, e tinha sido no passado também patrocinada por respeitável doutrina, mas não parece assim óbvia a ponto de prescindir de uma específica demonstração, ainda mais que por muito tempo a *Corte de Cassação* tinha continuado a negar que as medidas em matéria de *nihil obstat* para o passaporte fossem recorríveis.

Voltando às interações entre Corte Constitucional e legislador, deve ser lembrado que em 1956, ano da instalação da Corte, o processo penal tinha acabado de ser reformado com a nova norma de 1955, que tinha eliminado os mais evidentes contrastes com a Constituição. O impacto dos novos princípios constitucionais sobre o código de 1930 era portanto atenuado, tanto que não foi notada a exigência de levantar imediatamente um número relevante de questões de legitimidade. Em particular, para encontrar uma sentença significativa a respeito daquela que então chamava-se – como ainda resulta do art. 13, último parágrafo, Constituição – prisão preventiva, é necessário esperar até 1970: a sentença histórica n. 64 de 1970.

Na doutrina, na época, estava aberto o debate sobre as finalidades da custódia preventiva (hoje, custódia cautelar): quais

seriam as finalidades que legitimamente se poderia perseguir mediante a restrição da liberdade pessoal do réu no curso do processo, e quais, conseqüentemente, deveriam ser os pressupostos legais das medidas; seria suficiente a conexão com funções cautelares não especificadas ou se seria necessária a indicação taxativa do tipo de exigências a serem satisfeitas. A Corte Constitucional, todavia, nunca tomou posição de maneira inequívoca, nem com a sentença de 1970, nem naquelas sucessivas, limitando-se no máximo a seguir as escolhas do legislador.

A individualização das finalidades tem uma importância decisiva, porque delimita o âmbito das aplicações das medidas. É necessário lembrar que antes da Lei 532, de 1982 – a assim chamada lei sobre o tribunal da liberdade – o código não indicava as exigências cautelares a serem postas na base da medida restritiva. Em 1972 tinha caído a proibição de liberdade provisória no caso de obrigatoriedade da captura; em 1975 tinham sido enunciados os critérios para a concessão ou a recusa da liberdade provisória (a exigência de razões processuais ou de um perigo para as exigências de tutela da coletividade); mas no sistema originário do código, também depois da reforma de 1955, faltava qualquer especificação dos pressupostos da captura, exceção feita para a existência de suficientes indícios de culpa do imputado, e para uma indicação subsidiária, absolutamente inconsistente, que fazia referência às qualidades morais (e sociais, como acrescentava o inciso abolido em 1955) da pessoa. Se considerarmos que um grande número de crimes estava sujeito ao regime de captura obrigatória, pelo qual o juiz, quando tivesse encontrado a existência de indícios suficientes, para as imputações mais graves era obrigado a emitir a medida restritiva; e que para os casos de captura discricionária ou facultativa, o único critério de avaliação indicado pela lei – as qualidades morais – era precisamente reconduzido pela jurisprudência aos parâmetros, de caráter substancial, dos quais trata o art. 133, CP, era difícil subtrair-se a sensação que a custódia em cárcere, ainda que preventiva, tivesse na realidade a precisa função de antecipar a pena.

Aqui entra em jogo o art. 27, § 2.°, Constituição: todas as vezes em que a qualquer título é aplicado um tratamento sancionatório antes da sentença irrevogável, durante o processo, viola-se a presunção de não culpabilidade do imputado. Se o único critério para a adoção da custódia em cárcere é a existência dos suficientes indícios – acompanhada ao menos por uma avaliação da personalidade do imputado, vale dizer, por uma simples prognose da periculosidade – ao juiz pede-se exclusivamente o juízo de culpabilidade antecipado em relação à decisão final, o que seria proibido pelo art. 27, § 2.°, Constituição.

Desses argumentos a doutrina extraía a inconstitucionalidade da captura obrigatória. Quando a lei dispõe que o imputado seja submetido automaticamente à privação da liberdade com base na qualificação do crime, sem nenhuma avaliação sobre a necessidade da medida para fins cautelares, a decisão baseia-se sobre uma averiguação provisória da culpa que corresponde àquela contida na sentença de condenação e produz efeitos desfavoráveis idênticos ou que podem ser sobrepostos.

3. O art. 27, § 2.°, Constituição vale também como limite externo à finalidade que é possível atribuir à restrição da liberdade pessoal no curso do processo. Em doutrina tinha-se já há tempo individualizadas aquelas exigências cautelares que hoje encontramos expressamente mencionadas no art. 274, CPP, isto é, o perigo de *nulidade (inquinamento)* da prova, o perigo que o imputado se sub-

traia à execução da condenação, o perigo de cometimento de delitos: nestas três categorias tradicionais podem ser reagrupadas todas as funções das medidas cautelares. Note-se bem, porém, que até quando estas finalidades não tinham encontrado tradução normativa, em concreto o juiz singular poderia escolher entre levar em conta livremente uma ou outra (ou nenhuma delas) ao motivar as sentenças: em outros termos, o âmbito de aplicação da custódia cautelar, quando facultativa, terminava por depender da opinião subjetiva do intérprete.

De tudo compatível com a presunção de não culpabilidade considerava-se no máximo apenas a finalidade instrutória, por ser tipicamente processual, enquanto apresentava-se alguma reserva acerca da finalidade de assegurar a execução da pena. A maioria da doutrina, com algumas exceções, considerava, ao invés, em contraste com o art. 27, § 2.°, Constituição, a finalidade assim dita preventiva, segundo a qual a custódia em prisão deveria ter uma função de prevenção especial (evitar que o imputado cometesse delitos) ou, segundo uma posição mais extremista, até mesmo de prevenção geral, isto é, demonstrar, aplacando o alarme social provocado pelo delito, a pronta repressão penal, garantindo contemporaneamente, o seu caráter exemplar. É evidente que nestes termos torna-se difícil distinguir a custódia cautelar da pena, porque a medida termina por identificar-se, não só estruturalmente – como é inevitável – mas também no que diz respeito aos pressupostos e ao objetivo.

Pessoalmente, continuo a entender que a finalidade mais racional, e mais compatível com o art. 27, § 2.°, Constituição, seja aquela de evitar que o imputado se subtraia à execução da sentença de condenação. Em síntese, trata-se de uma função cautelar em sentido estrito: assegura-se no processo a pessoa do imputado para evitar que o processo permaneça sem êxito, que não possa ser executada a pena. Segundo alguns, isto estaria parcialmente em conflito com a presunção de não culpabilidade, mas a meu ver, uma vez que os parâmetros estejam bem identificados, isto é, existam indícios suficientes, de um lado, e do outro resulte um perigo concreto de que o imputado possa empreender fuga, a função da cautela se diferencia adequadamente daquela da pena. O dever da tutela cautelar é ponderar o risco entre o Estado e o imputado: o risco de que uma condenação possa não encontrar mais quem deva ser submetido à sanção, com o risco que possa ser presa uma pessoa que ao final venha a ser reconhecida inocente. A lei deve estabelecer alguns parâmetros que consigam minimizar os riscos para o indivíduo sem no entanto deixá-lo (o risco) completamente sobre o Estado.

Uma vez que os pressupostos sejam indicados com suficiente precisão, esta finalidade parece a mais congruente, e além de tudo é aquela que menos se presta, como ensina a experiência mais recente, a usos instrumentais e distorcidos. As polêmicas sobre o emprego excessivo e sem escrúpulos da custódia em prisão como meio de investigação foram realmente sempre causadas por um abuso da finalidade instrutória ou da finalidade preventiva. A função de garantir a aquisição e a genuinidade das provas foi distorcida naquela de obter a confissão do imputado, e a função de evitar o cometimento de delitos foi distorcida naquela de obter delação sobre os comparsas.

Deve-se em todo o caso admitir que também o perigo de *(inquinamento) nulidade* das provas, se bem que não privado de ambigüidade, remete a uma finalidade processual, que como tal distingue-se claramente de uma antecipação da pena. É legítimo que o sistema tutele o desenvolvimento do processo e não só o seu resultado. No que se refere no entanto ao perigo do cometimento de

delitos, o choque com a presunção de não culpabilidade dir-se-ia inevitável, senão por outras razões porque antecipa-se um juízo de periculosidade do tipo substancial que por definição pressupõe o cometimento de um delito: se admitirmos que se possa julgar a periculosidade do imputado, implicitamente se considera já dado por certo o delito, coisa que o art. 27, § 2.°, Constituição, não parecia consentir.

4. Esta longa digressão é importante para colocar em foco o desenvolvimento da jurisprudência constitucional. A Corte Constitucional manteve-se um pouco apartada em relação ao debate sobre as finalidades da custódia preventiva. No entanto, com a citada sentença n. 64 de 1970, fez entrar o art. 27, § 2.°, Constituição, na valoração concernente à legitimidade da disciplina de liberdade pessoal do imputado.

É necessário dizer que o artigo em questão não parece ser muito amado pela Corte Constitucional, porque é quase sempre deixado de lado: é freqüentemente invocado pelos juízes *remittenti* mas, ainda quando a exceção é acolhida, em geral o perfil concernente ao art. 27, § 2.°, Constituição, é declarado absorvido. São raríssimas as decisões que têm reconhecido a inconstitucionalidade de uma norma por violação do art. 27, § 2.°, Constituição; ao contrário, para sermos precisos, até há pouco tempo – salvo engano – só havia uma dessas decisões (a sentença n. 88 de 1976, que será analisada em detalhe mais adiante), e ainda por cima, como veremos, substancialmente evasiva. Nos últimos anos podem ser registradas outras duas decisões: a sentença n. 48 de 1994, com a qual foi reconhecida a violação da presunção de não culpabilidade pelo art. 12 – *quinquies* da legislação antimáfia, sobre o confisco de bens, e a recentíssima sentença n. 239 de 1996, da qual falaremos ao final.

A sentença n. 64 de 1970 é importante porque identifica a presunção de não culpabilidade como parâmetro de legitimidade das normas concernentes à custódia cautelar: afirma textualmente que "o rigoroso respeito à presunção de não culpabilidade requer como conseqüência que a prisão preventiva em nenhum caso possa ter a função de antecipar a pena a ser infligida somente após a comprovação da culpa: essa, portanto, pode ser predisposta unicamente em vista da satisfação de exigências de caráter cautelar ou estritamente inerentes ao processo". A tomada de posição, clara ainda que não totalmente explícita, foi várias vezes citada em decisões sucessivas que, porém, a têm sistematicamente modificado.

O que significa "exigências de caráter cautelar ou estritamente inerentes ao processo"? A meu ver, ao mencionar as "exigências de caráter cautelar", a Corte faz alusão à finalidade cautelar em sentido estrito, isto é, à necessidade de assegurar o resultado do juízo; quando fala de "exigências estritamente inerentes ao processo", entende as exigências que dizem respeito a seu funcionamento, isto é, a eficiência da averiguação, e, portanto, refere-se à finalidade instrutória. Esta motivação pode ser deduzida de toda parte mas, na minha opinião, a intenção da Corte era convalidar a orientação doutrinal segundo a qual as finalidades legítimas da custódia cautelar podiam ser somente a garantia para a execução da pena e a garantia para a obtenção das provas, com a exclusão de funções estruturadas em chave substancial, isto é de prevenção geral ou especial, e qualquer outra coligada a um juízo de mera periculosidade do imputado.

Na ocasião, a Corte Constitucional declarou infundada a questão de legitimidade do mandado de captura obrigatória, previsto pelo art. 253, do código então vigente, e das conexas proibições de liberdade provisória, com base em um

raciocínio não totalmente convincente mas não totalmente sem lógica. Considerando que as finalidades da custódia preventiva são aquelas indicadas como compatíveis com o art. 27, § 2.º, Constituição, a lei pode presumir que em certos casos, isto é, quando se tratar de delitos particularmente graves e o imputado seja atingido por suficientes indícios de culpa, existe o risco que sejam expostos a perigo aqueles bens para cuja tutela a medida é disposta. A Corte, todavia, não deixou de reivindicar o controle mediante o qual o legislador identifica os casos para os quais é obrigatória a custódia em cárcere: a presunção deve manter-se "dentro dos limites, não sujeitos a controle, da racionalidade". Simultaneamente, foi enfatizado com força o dever de motivação sobre os pressupostos da medida, freqüentemente (e indevidamente) negado, no caso de obrigatoriedade da captura, pela jurisdição ordinária: tanto que foi declarado inconstitucional o já citado art. 253, CPP ab-rogado na parte em que não impunha ao juiz motivar os suficientes indícios de culpabilidade.

A sentença da qual falamos tornou-se, na realidade, célebre por um outro motivo: haver declarado constitucionalmente ilegítimos os artigos do código que não previam um termo máximo de custódia, ou melhor, prevendo-o somente com relação à fase instrutória. A norma de referência era obviamente o art. 13, último parágrafo, Constituição, segundo o qual deve ser assegurado em todo caso um limite de duração, a ser fixado pela Corte, "razoável" (e portanto controlável), voltado a evitar "que o sacrifício da liberdade pessoal seja inteiramente subordinado às vicissitudes do procedimento". A declaratória de inconstitucionalidade constringe o legislador a uma intervenção de urgência, com a qual, para evitar vazios normativos, foi até mesmo *coordenada a publicação* da sentença. O Dec.-lei 192 de 1970 estabeleceu pela primeira vez os termos máximos de custódia para todas as fases do processo: esta disciplina, contida no art. 272, CPP, ab-rogado, foi talvez a mais atormentada na vida do código. Só para dar uma idéia de quanto o problema seja interessante, pode-se recordar que o limite insuperável previsto originariamente era de quatro anos, e a primeira prorrogação dos termos máximos fixados em 1970 ocorreu justamente quatro anos depois, por efeito do Dec.-lei 99 de 1974, que objetivava evitar a liberação de numerosos imputados de delitos graves. De 1970 a 1987 contam-se, se forem incluídas apenas aquelas indicadas, sete medidas legislativas de modificação – em uma direção ou outra – do art. 272, CPP ab-rogado –, sem considerar as leis especiais.

5. A sentença n. 64 de 1970, ainda que não de todo aderente aos favores da doutrina, permanece uma decisão importante, potencialmente suscetível de desenvolvimentos posteriores. Não suficientemente unívoca, porém, a ponto de evitar desenvolvimentos de sentido diverso e também oposto, segundo os aspectos que se considere preferível evidenciar. É necessário prestar atenção à cronologia: em 1970 se encontrava talvez no ápice o período do *garantismo* que havia caracterizado o final dos anos sessenta, no qual, sobretudo por impulso da própria Corte Constitucional, o ordenamento processual tinha sido remodelado para tutela das garantias individuais. Os anos setenta são ao contrário os anos da emergência terrorista, nos quais prevalecem as preocupações para a tutela da ordem pública e para a defesa da sociedade. As sentenças sucessivas nesta matéria pertencem plenamente a este novo período.

Primeiro sinal de uma mudança de rota, a sentença n. 17 de 1974 declarou inconstitucional a proibição de emitir um novo mandado de prisão contra o imputado preso em razão dos termos máximos

de custódia estabelecidos para a fase instrutória, e sucessivamente enviado a juízo, quando ainda houvesse alguns termos a serem exploradas para a fase sucessiva. É uma decisão criticável por dois motivos: primeiro porque faz uso do princípio da igualdade *in malam partem*, isto é com desvantagem para o imputado, revelando uma violação ao art. 3.°, Constituição, por eliminar uma disposição de favor; por outro lado, e sobretudo, porque justifica incidentemente a solução mais restritiva com a oportunidade de utilizar a custódia preventiva como "reforçada proteção de defesa social". Esta pequena fórmula inscreve a Corte entre os que sustentam o objetivo substancial da custódia preventiva que, se concebida em função da defesa social, pode evidentemente ser utilizada para objetivos de prevenção especial e geral, e também de exemplaridade. Segue uma série de decisões, todas discutíveis. A sentença n. 88 de 1976 declarou infundada a questão de legitimidade do veto de conceder a liberdade provisória (intruduzido pela Lei 152 de 1975) ao imputado em custódia por determinados delitos que estivesse contemporaneamente sujeito a outro processo por delito do mesmo tipo. Aqui poder-se-ia confrontar uma dupla violação do art. 27, § 2.°, Constituição, porque, de um lado, a custódia em prisão era estruturada em função sancionadora, do outro se atribuía à simples imputação em um outro processo o valor de uma certeza de responsabilidade. A Corte deu início às desfigurações da sentença n. 64 de 1970, transformando aquela que tinha sido posta como condição de legitimidade da custódia cautelar (a custódia cautelar deve ser disciplinada de tal maneira a não contrastar com a presunção de não culpabilidade, então pode ser utilizada somente em vista de finalidades processuais) em um critério para excluir a aplicação do art. 27, § 2.°, Constituição nessa matéria. O dever ser na realidade torna-se ser: enquanto a sentença n. 64 de 1970 afirmava que a prisão preventiva "não pode ter" a função de antecipar a pena, a sentença n. 88 de 1976 afirma que "não tem" a função de antecipar a pena, e é por isso compatível com a presunção de não culpabilidade. A este ponto, também a citação textual dos pressupostos ("exigências de caráter cautelar ou estritamente inerentes ao processo") perde toda a eficácia em definir, por que não se entende mais quais são as finalidades consentidas, ou melhor, quais não são consentidas justamente por que são antecipação da pena. Essa reconstrução alterada do precedente de 1970 transforma-se numa fórmula translatícia que encontramos utilizadas em numerosas sentenças também em épocas mais recentes.

Sempre na sentença n. 88 de 1976, a Corte faz novamente referência explícita a funções de prevenção especial, e em especial à exigência de enfrentar o recrudescimento da criminalidade, mencionando os trabalhos preparatórios da Lei 152 de 1975, objeto do seu juízo, onde lê-se que "a recrudescência da criminalidade é favorecida pela liberdade provisória concedida a imputados perigosos e inclinados à reincidência." Ainda mais significativamente, a propósito do art. 27, § 2.°, Constituição, a Corte renova a afirmação (extraída da sentença n. 124 de 1972 em matéria de absolvição por insuficiência de provas) segundo a qual o constituinte não sancionou uma presunção de inocência, que por si seria incompatível com a prisão preventiva, expressamente prevista pelo art. 13, Constituição, mas quis somente afirmar que "durante o processo não existe um culpado, mas sim somente um imputado". Essas são exatamente as palavras que usava Manzini em 1913, quando sustentava que a presunção de inocência era um princípio paradoxal e irracional, por que, se procedemos contra um imputado, quer dizer que ele não é presumido inocente,

mas é presumido culpado. É porém singular o fato de encontrarmos uma enunciação desse gênero na jurisprudência da Corte Constitucional.

Um posterior passo adiante na "reinterpretação" da sentença n. 64 de 1970 encontra-se na sentença n.1 de 1980, chamada a pronunciar-se sobre uma fórmula – contida na Lei 152 de 1975 – destinada a ter muita fortuna, até ser repercutida no novo código: o dever do juiz, para a concessão da liberdade provisória, de avaliar, entre outras coisas, a "probabilidade, em relação a gravidade do delito e à personalidade do imputado, que este, posto em liberdade, possa cometer novamente crimes que ponham em perigo as exigências de tutela da coletividade". Segundo essa sentença não há diferenças entre as exigências "estritamente inerentes ao processo", indicadas pela sentença n. 64 de 1970, "e outras que, de alguma forma, tenham fundamento nos fatos pelos quais há o processo". Na realidade tratam-se de dois conceitos completamente diferentes, senão opostos: uma coisa são as exigências inerentes ao processo, voltadas a garantir o seu andamento, outra coisa aquelas que só ocasionalmente estão ligadas ao processo, e portanto são estranhas a ele. Mas a finalidade substancial da custódia preventiva entrou, a essa altura, plenamente na jurisprudência constitucional, tanto que a sentença não esquece de citar, como confirmação, a diretriz n. 54 da *lei delegada* de 1974 para a reforma do código, que ao lado das "exigências instrutórias" contemplava as "exigências de tutela da coletividade" (este último critério foi confirmado textualmente pela *delegação* de 1987). Como se a *lei delegada* fosse um parâmetro de legitimidade, não sujeito, por sua vez, a exame.

Deve ser lembrado que a sentença n. 1 de 1980 se preocupa também em definir quais são os delitos "que põem em perigo as exigências de tutela da coletividade". Poder-se-ia sustentar que todos os delitos põem em perigo as exigências de tutela da coletividade; ou melhor, como se faz para excetuar um determinado delito que não as ponha em perigo? Segundo a Corte, deve-se olhar os delitos que têm as características deduzíveis da *ratio* da Lei 152 de 1975, vale dizer o uso de armas ou meios de violência contra as pessoas, referência a organizações criminais comuns ou políticas, a direção lesiva contra as condições de base da segurança coletiva ou da ordem democrática. Estes ensinamentos foram acolhidas no artigo 274, letra *c* do código vigente, com o objetivo de especificar aquelas exigências de tutela da coletividade genericamente indicadas pela *lei delegada*.

Com a mesma decisão foi ao contrário declarada a inconstitucionalidade, por violação do art. 27, § 2.°, Constituição, do advérbio "novamente", contido na fórmula em discussão, visto que este pressupunha o já acertado cometimento, por parte do imputado, de outros delitos precedentes. Esta conclusão na verdade contorna o problema, porque está claro que o advérbio era um sintoma da inconstitucionalidade, não o motivo desta: o significado da lei não muda, ainda que aquele advérbio seja eliminado.

Deve-se citar, por fim, a sentença n. 15 de 1982, sobre a Lei 15 de 1980, uma das tantas leis de prorrogação dos termos da prisão cautelar que, entre outras coisas, havia declarado os novos termos aplicáveis também aos procedimentos em curso. É uma das sentenças menos convincentes e pior argumentadas: entre as afirmações mais discutíveis pode-se assinalar aquelas segundo a qual existe um relacionamento de causa e efeito entre a duração da custódia em cárcere, terrorismo e subversão; além disso, sobre a presunção de não culpabilidade: "assim como a presunção de não culpabilidade não impede a prisão preventiva, esta não prejudica aquela", de fato "a prisão pre-

ventiva não tem natureza substancial porque é justificada por exigências eminentemente processuais". Esta afirmação fecha o cerco das desfigurações da sentença n. 64 de 1970, usando como argumento demonstrativo justamente aquilo que deve ser demonstrado, que, isto é, a disciplina da prisão preventiva visa a finalidades processuais, visto que de outro modo seria inconstitucional. O raciocínio é invertido: não existe violação da presunção de não culpabilidade, dado que a prisão preventiva não tem finalidades substanciais.

Seria discutível também a alegada legitimidade da aplicação imediata do prolongamento dos termos, igualmente motivada em modo pouco convincente; mas é o caso ainda mais de sublinhar, desta vez positivamente, uma importante indicação sobre a duração máxima da custódia preventiva, que havia chegado a um teto de dez anos e oito meses como termos globais, para os delitos agravados pela finalidade de terrorismo ou de subversão. A Corte reconheceu que a emergência é condição anômala e grave mas temporária, com a conseqüência "que ela legitima sim medidas insólitas, mas que estas perdem legitimidade, se forem injustificadamente prolongadas no tempo": foi assim dada uma advertência ao legislador, fazendo entender que se aquela norma não tivesse sido modificada, no futuro não poderia subtrair-se à censura. A questão foi resolvida de fato com a Lei 38 de 1984, que remodelou os termos máximos de custódia cautelar, recolocando-os numa medida mais razoável, destinada a adaptar-se (mesmo que ainda de maneira não definitiva) à *lei delegada* de 1987.

6. O novo código de processo penal, programaticamente – *aplicativo* da Constituição – como se lê no preâmbulo do art. 1.° da *lei delegada* – não poderia acolher, em tema de liberdade pessoal, as orientações expressas pela Corte, individualizando a clássica tripartição das finalidades cautelares, vale dizer, exigências atinentes às investigações, perigo de fuga, exigências de tutela da coletividade, especificadas no art. 274. Correspondentemente, as intervenções as quais a Corte foi chamada são, pelo menos nos primeiros anos, relativamente poucas porque o aparato é tendencialmente conforme às linhas expostas na jurisprudência constitucional precedente – também com algumas referências textuais, como por exemplo aquela, já recordada, do art. 274, letra *c*, do código de processo penal a sentença n. 1 de 1980 – e os problemas sobre os quais se discutia entre os anos setenta e oitenta estão hoje atenuados. Em particular, foi abolida a obrigatoriedade da captura (ainda que o art. 275 do CPP contenha um instituto que a repercute muito de perto). Foi redimencionada a duração da custódia cautelar: a *lei delegada*, aliás, tinha previsto de forma otimista um termo máximo total complexivo de quatro anos, mas já em 1991 se considerou necessário modificá-lo e elevá-lo a seis anos, e finalmente a situação parece estabilizada.

Um fio condutor parece emergir, por outro lado, da jurisprudência constitucional nessa específica matéria, isto é, uma tendência à adesão às linhas de fundo da disciplina *codicista*, que induz a Corte a salvar também normas potencialmente suscetíveis de censura, o que não aconteceu em outros setores do processo. Essa orientação conjuga-se com uma linha geral de forte tutela dos direitos invioláveis, liberdade pessoal e direito de defesa: justamente no momento em que se empreendia a demolição do sistema acusatório, a Corte sempre mostrou uma particular sensibilidade para as garantias individuais, como se compensasse a diminuição das garantias estruturais.

Como confirmação, podem ser indicados numerosos exemplos. Assim a

decisão interlocutória claramente infundada n. 126 de 1993, depois reafirmada pela sentença n. 201 de 1996, sobre termo peremptório de caducidade da medida cautelar no juízo de reexame (art. 309, §§ 9 e 10 CPP): a Corte, investida da questão por um tribunal de liberdade que pela complexidade do caso entendia não estar à altura para decidir no termo, afirmou a legitimidade da norma porque estabelecida para a tutela do sujeito submetido à medida, fazendo assim prevalecer a função de garantia. A mesma coisa pode-se falar da sentença n. 147 de 1994, sobre a impossibilidade de renovar as medidas de interdição quando estas são ditadas por exigências de prevenção (o art. 308, § 2.°, CPP, permite a renovação somente quando essas tenham sido dispostas para garantir a aquisição da prova): a Corte se entrincheirou atrás da impossibilidade de controlar uma matéria remetida à discricionariedade legislativa. Uma outra decisão, a sentença n. 278 de 1996, diz respeito ao § 2.° – *bis* do art. 275 CPP, introduzido pela Lei 332 de 1995, o qual prevê que o juiz não pode aplicar a custódia cautelar quando considerar que com a sentença possa ser concedida a suspensão condicional. Alguns juízes tiveram que repetir esta disposição chamando em causa a presunção de não culpabilidade: na verdade, a referência não é muito pertinente, porque o art. 275, § 2.°- *bis*, CPP, requer sim um prognóstico do resultado do processo, mas se todas as vezes em que se antecipa provisoriamente um juízo fosse violada a presunção de não culpabilidade, não se poderiam mais fazer processos. A Corte declarou infundada a questão fazendo referência ao princípio da proporcionalidade da medida à sanção aplicável, mas com um importante esclarecimento, isto é, que o prognóstico valorativo sobre o mérito é essencialmente igual à insurgência do procedimento cautelar: não se pode aplicar uma medida cautelar se não existe ao menos a possibilidade de condenação do imputado.

Inscreveria nesse rol a sentença n. 89 de 1996 sobre as contestações em cadeia: uma decisão muito discutida e discutível, que porém exprime a exigência "de configurar limites objetivos e inelutáveis" à duração da custódia cautelar. A Corte portanto entendeu constitucionalmente irretocável o art. 297, § 3.°, CPP, na versão devida à Lei 332 de 1995, que inegavelmente penaliza o ministério público, visto que uma espécie de presunção de contestação em cadeia (contestações de fatos diversos diluída no tempo com o objetivo de contornar os termos máximos de custódia, que por isso faz-se com que decorra a partir da primeira *decisão interlocutória*) também lá onde uma semelhante intenção não existe. Essa sentença destaca-se pela nova leitura do art. 3.°, Constituição, que poderia ser um prelúdio de uma revisão da jurisprudência consolidada sobre o princípio da igualdade, visto que afirma que o juízo de legitimidade com base no art. 3.° não deve ser um juízo de racionabilidade abstrato, mas um juízo de congruência com a *ratio* da norma. Sustentou-se que o critério enunciado pela Corte é irretocável mas foi escolhido o momento errado para utiliza-lo, por que na ocasião teria sido mais oportuna uma sentença interpretativa de *rejeição* que arrumasse uma disposição que, de fato, além de ser de difícil leitura, é também bastante contraditória. Em todo caso, é interessante notar que, com base nessa orientação, muitas das sentenças de *aceitação* que a Corte emitiu sobre o novo código provavelmente não teriam sido pronunciadas.

Sobre o art. 3.° Constituição deve ser lembrada que a *decisão interlocutória* claramente infundada n. 324 de 1994, concernente ao art. 310, § 3.°, CPP, que prevê a suspensão da execução da medida cautelar disposta sobre recurso do ministério público até que a decisão não

se torne definitiva. Segundo a Corte, não sem razão o legislador valorizou a *ratio* a favor do imputado, exercendo uma opção que não se pode censurar em matéria de legitimidade. Além disso, no que tange ao princípio da paridade das partes, invocado pelo juiz *remittente* para denunciar um excesso de *delegação*, devem ser consideradas consentidas aquelas alterações da paridade necessárias para dar o encaminhamento completo às exigências constitucionalmente relevantes e, em particular, neste caso, a *favor libertatis*.

7. Quanto à presunção de não culpabilidade, que voltou a estar em discussão, parecia começar a fender-se a constante subestimação do art. 27, § 2.°, Constituição no que se refere às medidas cautelares. Antes de mais nada, ainda que só indiretamente relevante, deve ser lembrada a sentença n. 48 de 1994 que, se excetuarmos a precedente – como se viu, puramente formal – de 1980, é na realidade a primeira declaração de inconstitucionalidade fundada sobre tal princípio. O art. 12 – *quinquies* § 2.°, Dec.-lei 306, de 1992 foi declarado ilegítimo por que reconduzia a condição de indiciado para dentro de uma previsão incriminadora, com a conseqüência de atribuir a tal *status* uma avaliação em termos de desvalor que equivale a antecipar efeitos reservados pela Constituição à sentença irrevogável de condenação.

É verdade que a *decisão interlocutória* n. 450 de 1995 declarou manifestamente infundada, em relação também ao art. 27, § 2.°, Constituição, a questão concernente ao art. 275, § 3.°, CPP (na versão precedente, mas estruturalmente a previsão ficou idêntica depois da reforma de 1995). A norma, no entender de muitos, representa uma reedição do mandado de captura obrigatório, porque para certos delitos prevê sempre a aplicação da custódia em cárcere, a menos que não resultem insubsistentes as exigências cautelares, tanto mais que, segundo a Corte de Cassação, nestes casos, o juiz não seria chamado a motivar as exigências cautelares, aliás algumas sentenças chegam a sustentar que é um ônus a cargo do imputado apresentar os elementos dos quais resulte que tais exigências não subsistem. A Corte Constitucional enunciou uma espécie de síntese do próprio ponto de vista sobre o art. 27, § 2.°, Constituição, onde se diz, com a habitual petição de princípio, que a referência à presunção de não culpabilidade "se revela manifestamente não provada, dada a estranheza deste último parâmetro à sistematização e à conformação das medidas restritivas da liberdade pessoal que operam sobre o plano cautelar, que é plano totalmente diverso daquele concernente à condenação e à pena". Estamos ainda naquela orientação que, inaugurada pela sentença n. 88 de 1976, foi levada às últimas conseqüências pela sentença n. 15 de 1982.

Todavia, um sinal de possível mudança pode ser extraído da sentença n. 239 de 1996, ainda em tema de medidas cautelares, se bem que neste caso estranhas ao processo penal e às exigências processuais. Foi declarada inconstitucional a disposição de uma lei especial sobre as exatorias (art. 110 d. P.R. 28 de janeiro de 1998, n. 43), que previa a suspensão automática do emprego do funcionário submetido a procedimento penal por *falsas declarações (testemunhos)* nas relações de notificação. Neste caso a Corte reconheceu que o automatismo representa uma antecipação da pena, e que ainda a posição de réu não justifica, por si só, uma medida cautelar, além de tudo sem previsão de limites de duração. No final das contas, sobre as normas que não permitem uma valoração em concreto das exigências cautelares a Corte começa a ter algumas dúvidas. Na mesma linha, talvez, pode-se colocar

também a sentença n. 109 de 1994 sobre a proibição de residir no exterior, citada no início, na qual o automatismo da medida foi julgado não razoável por violação dos princípios de proporcionalidade e adequação.

8. Numerosas, finalmente, foram as intervenções para tutela do direito de defesa e do contraditório em matéria cautelar, que me limitarei a elencar: a sentença n. 45 de 1991, sobre o comparecimento pessoal no *juízo de* reexame (art. 127 e 309 CPP); a sentença n. 219 de 1994, sobre contraditório no procedimento de renovação da medida (art. 301, § 2.°, CPP) e as *sentenças interpretativas de rejeição* n. 434 de 1995 e n. 216 de 1996, as quais estabeleceram, respectivamente, que em caso de prorrogação conforme o art. 305 CPP deve ser assinalado ao defensor um termo congruente para ser posto em grau de intervir, e que o diferimento da entrevista entre defensor e imputado do qual se fala no art. 104 CPP equivale a um impedimento do comparecimento na *audiência de* reexame.

Uma consideração à parte merece, pela sua importância, a sentença n. 238 de 1996 sobre as colheitas obrigatórias de sangue; e as sentenças sobre a incompatibilidade para o juízo de mérito do juiz que se pronunciou sobre as medidas cautelares.

A sentença n. 238 de 1996 – indicada na doutrina como a expressão de um novo rumo em direção a uma "recuperação de imagem" depois das alterações de 1992 – declarou ilegítimo o art. 224, § 2.°, CPP, na parte em que prevê para o juiz a possibilidade de dispor obrigatoriamente a colheita de sangue para a realização da perícia hematológica, considerando violada a predeterminação dos casos e modos das medidas que incidem sobre a liberdade pessoal, prescrita pelo art. 13, Constituição. A decisão inverteu a precedente declaração de falta de fundamento devida à sentença n. 54 de 1996, segundo a qual as exigências de obtenção da prova e os limites deduzíveis do ordenamento legitimavam também uma medida como a colheita obrigatória. Pressuposto da mudança da jurisprudência, a alegada necessidade de remediar a questão levou em conta a maior força com a qual o valor da liberdade pessoal firmou-se no novo código de processo penal. Na cuidadosa motivação, lê-se que a exigência de obtenção da prova representa a finalidade da restrição mas não indica os "casos", enquanto os limites negativos, deduzíveis do ordenamento não indicam os "modos"; e em todo o caso falta a previsão das medidas adotáveis para a execução das operações. É necessária, portanto, uma intervenção do legislador: até aquele momento, nenhuma colheita de sangue obrigatória poderá ser exigida.

Sobre a incompatibilidade, após a sentença n. 502 de 1992, que a havia excluído com referência à participação ao juízo de mérito dos juízes do tribunal de reexame, a Corte tomou como ponto de partida o caráter mais incisivo da avaliação sobre a aplicação das medidas cautelares, requerido ao juiz pelas modificações devidas à Lei 332 de 1995, para rever a própria jurisprudência. Como é notório, a inconstitucionalidade foi afirmada em três etapas: a sentença n. 432 de 1995 declarou incompatível ao juízo de debate o juiz para as investigações preliminares que tenha aplicado uma medida cautelar pessoal; a sentença n. 131 de 1996 estendeu a incompatibilidade aos componentes do tribunal de reexame; a sentença n. 155 de 1996 completou a obra com referência, de um lado, ao juízo abreviado e ao acordo, do outro ao juiz para as investigações preliminares que tenha decidido sobre revogação, substituição ou modificação da medida.

A esta jurisprudência, que não é o caso de comentar aqui, pode-se aproximar a

sentença n. 71 de 1996, que declarou ilegítimos, por violação dos arts. 3.º e 24 Constituição, os arts. 309 e 310 CPP na parte em que – estando sob orientação constante da Corte de Cassação – não prevendo a possibilidade de valorar a subsistência dos graves indícios depois que tenha sido disposto o reenvio a juízo. Segundo a Corte, "o reenvio a juízo não se fundamenta sobre a valoração de mérito que necessariamente possa ser sobreposto àquela que é inerente à verificação do pressuposto dos graves indícios de culpa". A interpretação do art. 425 CPP assim proposta é discutível, mas é indubitavelmente coerente com o especial relevo que vem assumindo, especialmente após a reforma de 1995, a decisão cautelar.

Limitando-se a estas últimas decisões, se diria ainda que a Corte esteja se aproximando ao reconhecimento de uma tendência à autonomia do procedimento cautelar com relação àquele principal. A decisão incidental sobre as medidas cautelares torna-se uma espécie de processo no processo, com regras próprias e critérios de valoração distintos mas paralelos àqueles previstos por um juízo de mérito. Isto significa que será provavelmente indispensável chegar à instituição de um juiz da liberdade separado daquele de mérito, seja para evitar a verificação de incompatibilidade, seja para assegurar a necessária autonomia de juízo a ambos.

A conclusão que está surgindo deriva do cada vez mais freqüente deslocamento da resposta penal sobre as medidas cautelares ao invés de sobre a sentença de condenação. Garantir o procedimento cautelar como se fosse o juízo de mérito significa que o processo não alcança o seu objetivo se não através das medidas provisórias. Trata-se de um velho tema, diante do qual parece que os anos têm passado inutilmente: todo o drama da custódia cautelar reside ainda na excessiva duração dos processos, que não conseguem chegar a uma sentença em tempo razoável. Por este motivo toda tensão se transfere sobre o sistema das cautelares, transformado no nó de maior relevância prática. Então deve ser reconhecido que também a Corte Constitucional não tem a possibilidade de intervir do modo para o qual está-se orientando, isto é, constatar o caráter central da jurisdição cautelar e colocar-se em uma linha de rigorosa tutela da sua legitimidade formal. Mas o verdadeiro problema permanece evidentemente em um problema de eficiência, insolúvel sem profundas modificações estruturais e organizativas.

2.1

O CASO PINOCHET: PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL INTERNACIONAL

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS

"Contudo, uma coisa é clara. Se a humanidade quer ter um futuro reconhecível, não pode ser pelo prolongamento do passado ou presente. Se tentarmos construir o terceiro milênio nessa base, vamos fracassar. E o preço do fracasso, ou seja, a alternativa para uma mudança de sociedade, é a escuridão." Eric Hobsbawn, *A era dos extremos*, São Paulo, Companhia das Letras, p. 562.

O chamado caso Pinochet, envolvendo a detenção em Londres do antigo homem forte do governo chileno, Augusto Pinochet, suscita polêmicas jurídicas, além de sérios questionamentos éticos e morais, merecendo reflexão.

Em relação às polêmicas jurídicas, discute-se uma série de questões envolvendo desde a legitimidade da Espanha em julgar o general, passando pela ofensa à imunidade do antigo Chefe de Estado e desembocando na perspectiva de uma "caça às bruxas" internacional com base em lacunosas disposições protetivas de direitos humanos.

Urge, então, esclarecimentos sobre o verdadeiro cipoal de institutos jurídicos de Direito Internacional ventilados nos debates, que tem confundido tanto o jurista quanto o leigo. Neste artigo, busca-se auxiliar o leitor a diferenciar momentos distintos da repressão penal internacional, denominados por mim como sendo o *passado, o presente e o futuro* desta temática do Direito Internacional.

Em primeiro lugar, debate-se a legitimidade do Poder Judiciário espanhol em julgar os crimes cometidos contra cidadãos espanhóis em território chileno. Ora, esta possibilidade não representa nenhuma inovação no campo do Direito Penal. É o "passado" desta temática no Direito Internacional, denominado assim apenas para firmar o seu lado tradicional, existente até hoje. Cite-se o nosso Código Penal brasileiro, que estipula em seu art. 7.º os casos de extraterritorialidade da lei penal brasileira.

De fato, de acordo com nossa lei penal vigente, crimes cometidos contra brasileiros no exterior podem perfeitamente ser punidos pelo Brasil, preenchidas algumas condições mínimas estipuladas pela própria lei brasileira. Ou seja, é o próprio Brasil que estabelece que punirá crimes cometidos contra brasileiros no exterior e ainda estabelece ele mesmo as condições para o exercício desta persecução criminal.

Estas condições podem ser mais ou menos rigorosas, a depender exclusivamente do legislador pátrio, como, aliás, fica demonstrado pelas diferenças destas condições nos crimes cometidos no estrangeiro mencionadas no inc. I, por um lado, e no inc. II, por outro lado, do art. 7.º do Código Penal. O Brasil, enquanto autoridade de Direito Internacional, pode

assim o fazer e encontra-se perfeitamente escudado no costume internacional de proteção de nacionais no exterior.

Assim, fica fundamentada a extraterritorialidade da lei penal, gerando-se conceitos doutrinários como o da personalidade passiva, o da defesa e outros para justificar o alcance da jurisdição penal para além do território nacional. A Corte Permanente de Justiça Internacional, no seu famoso caso Lotus, de 1927, já decidira favoravelmente à Turquia, que processou e julgou um nacional francês por delito ocorrido fora do território turco.

A Espanha, de acordo com as leis espanholas, ou mesmo o Brasil, obedecidas as limitações do art. 7.° de nosso Código Penal, não estão violando o Direito Internacional ou a soberania de outros países quando processam, julgam e condenam pessoas que cometeram atos criminosos contra bens jurídicos nacionais no exterior.

Em relação ao caso Pinochet, observo que o primeiro pedido de detenção, de 16.10.1998,[1] exarado pelo magistrado espanhol Garzón e aceito pelo magistrado inglês Evans, foi fundado na acusação de homicídios de cidadãos espanhóis ocorridos no Chile entre 11.09.1973 e 31.12.1983.

Este pedido de detenção é justificado pelo "passado" da persecução criminal internacional, já que a Justiça espanhola ensaiava a defesa de vítimas espanholas do General chileno, utilizando-se, assim, do princípio da personalidade passiva.

Entretanto, de acordo com *Extradition Act* de 1989, que internalizou no Reino Unido a Convenção Européia de Extradição de 1957, o fato de os homicídios alegados terem sido cometidos no Chile, e não na Espanha, transforma tais crimes em crimes não-extraditáveis para o último país. A extradição, da forma como é regulada pela lei britânica e pela Convenção Européia, não poderia ser feita.

Logo, a detenção provisória seria ilegal.[2] A constatação desta ilegalidade foi imediata: a Justiça espanhola emite um segundo pedido de detenção, do dia 22.10.1998, novamente aceito pela Justiça inglesa, fundado em cinco tipos de acusações contra o General Pinochet, retratando crimes contra a humanidade, em especial a tortura, o seqüestro e a formação de associação criminosa para cometimento de homicídios, utilizando-se do aparato estatal e com motivação meramente política.

Assim, o caso Pinochet mostra a insuficiência do "passado" da persecução criminal internacional para superar a impunidade, e a sua rápida transformação para o "presente", que vem a ser a possibilidade de qualquer Estado deter, processar e julgar acusados de cometer crimes contra a humanidade, sem que haja necessariamente uma relação entre os fatos e as pessoas a serem julgadas e o Estado julgador.

Estamos diante do "presente", fruto da evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do combate à impunidade daqueles que cometeram atos bárbaros e odiosos.

Assim, esta nova vertente do debate relaciona-se com a legitimidade de um país de julgar determinados criminosos, cujos atos seriam tão odiosos que justificariam a persecução criminal por qualquer Estado, não importando a naciona-

(1) Detenção cautelar, preparatória de pedido de extradição, de acordo com o *Extradition Act* de 1989.

(2) Nos dizeres da decisão da *High Court of Justice – Queen's Bench Division – Divisional Court*, de 28.10.1998, "the first provisional warrant was bad in law because the offence described relates to the murder of Spanish citizens in Chile, which was not and never had been an extradition crime".

lidade do criminoso e do bem jurídico atingido. Esta chamada responsabilidade internacional penal do indivíduo originou-se no costume internacional de combate à pirataria marítima. Novos crimes foram sendo aceitos paulatinamente tanto pelo costume internacional quanto por normas convencionais específicas, tais como o crime de tráfico de escravos, tráfico de mulheres e outros.

Ocorre, todavia, que estes crimes tinham um ponto em comum: eram também considerados crimes do ponto-de-vista do Direito local. Assim, o Estado, ao punir um pirata nacional de outro Estado, estaria somente substituindo, por motivo de conveniência, o outro Estado.

Entretanto, a partir da Segunda Guerra Mundial, adicionou-se um novo elemento a esta responsabilidade internacional penal do indivíduo: a persecução criminal de indivíduos agindo em nome de Estados (agentes públicos) e *em conformidade* com as leis locais. Até aquele momento, com a exceção da fracassada tentativa dos vencedores da 1.ª Guerra Mundial de julgar o Kaiser Guilherme II por crimes cometidos enquanto Chefe de Estado,[3] as condutas dos agentes públicos geravam apenas a responsabilidade do Estado.

Assim, os agentes públicos agiam como órgãos do Estado. Atuavam a título público e não a título privado. Logo, era o Estado que agia, sendo o indivíduo mero representante do mesmo, devendo o Estado ser punido e obrigado a reparar os danos causados.

Com isso, o Acordo de Londres de 08.08.1945, que instituiu o Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg, inovou profundamente o tema, ao possibilitar o julgamento de agentes públicos agindo em nome do Estado e utilizando a força material do mesmo. Um conceito revolucionário da responsabilidade individual foi introduzido: os sujeitos ativos da infração podem ser pessoas representando o Estado e agindo em seu nome.[4] Esta novidade foi essencial para a punição de atos considerados bárbaros e odiosos, entre outros motivos, justamente por contar com o aparelho organizado do Estado para a realização dos mesmos.

Estes atos odiosos, consagrados como tais pelo Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg, são os chamados crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a paz. O Direito Internacional, a partir daquele momento, nunca mais seria o mesmo em face da responsabilidade internacional penal dos indivíduos. De acordo com as Resoluções 3 e 95 da Assembléia Geral da ONU, reconheceu-se como princípios de Direito Internacional os princípios afirmados durante o processo de Nuremberg. Os Estados, então, reconheceram expressamente a possibilidade de afastar a tradicional imunidade dos agentes públicos (o que inclui, é óbvio, presidentes) para puni-los com severidade pelos crimes bárbaros e odiosos cometidos.

Deixando de lado os crimes contra a paz e os crimes de guerra, observo que a definição de "crimes contra a humanidade" foi consagrada no art. 6.º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

Estabeleceu-se, neste art. 6.º, que são crimes contra a humanidade o homicídio, o extermínio, a escravidão, a deportação e outros atos desumanos efetuados contra a população civil, além de perseguições por razões políticas, raciais ou religiosas, quando tais atos ou perseguições sejam realizados na execução ou em

(3) A Holanda jamais extraditou o Kaiser, que lá obtivera asilo após a Guerra, frustando o disposto no próprio Tratado de Versailles de 1919.

(4) Ver DINH, Nguyen Quoc. *Droit international public.* 5.º ed., Paris : LGDJ, 1994.

conexão com qualquer crime contra a paz ou crime de guerra, previstos no mesmo Estatuto.

Note-se uma restrição à caracterização dos crimes contra a humanidade, já que se exigia uma conexão qualquer com os crimes de guerra ou contra a paz. Esta restrição foi sendo abandonada com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, quando se tornou clara a necessidade de proteger-se o ser humano mesmo contra o Estado de sua própria nacionalidade.

Esta proteção internacional foi aceita pelos Estados através da adesão à própria ONU (cuja Carta fundamental prevê como objetivo da Organização a defesa dos direitos humanos) e a diversos textos internacionais de proteção de direitos humanos, voltados para o tratamento dado pelo Estado a seus próprios nacionais. Logo, em conseqüência disso, é natural a separação conceitual dos crimes contra a humanidade, ficando sem sentido atual a menção à conexão com crimes de guerra ou crimes contra a paz, já que os agentes públicos, em situação de paz internacional, podem perseguir e cometer atos bárbaros contra os próprios cidadãos de seu Estado.

Diversos textos e decisões internacionais recentes demonstram a nova configuração conceitual dos crimes contra a humanidade, desvinculada dos crimes de guerra e crimes contra a paz. O projeto de Código de Crimes contra a paz e segurança da humanidade, aprovado em leitura na Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas em 1996, definiu, em seu art. 18, que crimes contra a humanidade consistem em atos tais como o homicídio, a tortura, a escravidão, a perseguição baseada em motivos raciais, étnicos, religiosos ou políticos, o desaparecimento forçado de indivíduos, a detenção arbitrária, o extermínio, o estupro e outras formas de abuso sexual, e finalmente todos os outros atos desumanos e cruéis que atentem contra a integridade física e psíquica das pessoas, sendo estes atos listados acima cometidos de maneira sistemática ou em larga escala, instigados ou dirigidos diretamente pelo Governo ou organização ou grupo.

No mesmo sentido, o art. 7.º do projeto de Estatuto do Tribunal Penal Internacional Permanente aprovado por consenso em conferência internacional promovida pela Organização das Nações Unidas em Roma, em 1998, estabelece que são crimes contra a humanidade os atos listados acima cometidos como parte de um ataque sistemático ou em larga escala dirigido contra a população civil.

Por seu turno, o art. 5.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, para os crimes cometidos na ex-Iugoslávia, estipula ser considerado crime contra a humanidade os atos desumanos de extrema gravidade, tais como o homicídio, a tortura, o estupro e outros, cometidos no seio de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil qualquer, *por motivos políticos,* de nacionalidade, étnicos, religiosos ou raciais.[5]

Com isso, os crimes contra a humanidade são considerados crimes comuns, mas cometidos em tais circunstâncias e com determinada motivação, demonstrando tamanha barbárie, que exigem resposta punitiva por parte do Direito Internacional.

[5] Comentando tal definição, assinala Pellet que "cette definition, qui reflète l'ètat actuel du droit coutumies va au delá du principe figurent dans l'article 6 *c* du Statut du Tribunal de Nuremberg et qui était relié à la Comission d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre" (PELLET, Alain e ASCENSIO, Hervé. "L'activité du Tribunal Penal International pour l'Ex-Yougoslavie", *XLI Annuaire Français de Droit International* (1995), p. 10-136, p. 132).

Esta resposta punitiva internacional foi aceita pelos Estados (inclusive o Brasil) desde o fim da 2.ª Guerra Mundial, como provam as dezenas de textos internacionais regulando o conceito de "crime contra a humanidade" e seu especial e mais gravoso regime jurídico.

Assim, existe hoje, no Direito Internacional, um corpo de normas que visa à punição dos autores de crimes contra a humanidade. Resta saber quem deve punir tais crimes.

A resposta, contida neste corpo de normas, é simples: todos os Estados da comunidade internacional têm um direito-dever de punir aqueles que cometeram crimes contra a humanidade. De fato, a Resolução 3074 (XXVIII), de 03.12.1973, da Assembléia Geral da ONU, estabeleceu os princípios internacionais de cooperação na detenção, extradição e punição dos acusados de crimes de guerra e crimes contra a humanidade e previu a persecução criminal no país da detenção do acusado ou a extradição para países cujas leis permitam a punição.

A cooperação internacional prevê a proibição da concessão de asilo a acusados de cometimentos de crimes contra a humanidade,[6] bem como a impossibilidade de caracterização destes crimes como crime político para fins de concessão da extradição.[7] É também prevista na Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade (1973) a não-aplicação das chamadas "regras técnicas de extinção de punibilidade", as chamadas "*statutory limitations*", o que leva à imprescritibilidade destes crimes.

Finalmente, é bem estabelecido no Direito Internacional a não-aceitação da tradicional imunidade de Chefes de Estado e Chefes de Governo, prevista em normas internacionais, acusados do cometimento destes crimes, o que decorre naturalmente da própria definição de crimes contra a humanidade, via de regra cometidos por agente públicos, que utilizam a máquina estatal (em geral o aparelho policial militar) para os seus fins odiosos.[8]

Os Estados, então, comprometeram-se, costumeiramente ou por meio de convenções internacionais, a cooperar entre si para punir aqueles que cometeram crimes contra a humanidade. Logo, a conduta da Espanha, retratada no segundo pedido de detenção provisória e com o conseqüente pedido de extradição, é perfeitamente compatível com o estágio presente do Direito Internacional, não merecendo reprovação jurídica alguma.

A cooperação penal entre os Estados é, então, a principal arma contra a impunidade destes criminosos. Com isso, deve o país que deteve o acusado julgá-lo ou extraditá-lo para um país que possa puni-lo. Este princípio retratado pela expressão latina *aut dedere aut judicare* tem como objetivo assegurar punição aos infratores destas normas internacionais de conduta, onde quer que eles se encontrem. Não estariam seguros, na expressão inglesa, *anywhere in the world.*

Assim, é proibida, pelo Direito Internacional atual, com base no Direito costumeiro que as resoluções da ONU meramente espelham, a possibilidade de

(6) Ver o § 7.º da Resolução 3074 (XXVIII) e também o art. 1.º, § 2.º, da Declaração sobre Asilo Territorial da Assembléia Geral da ONU, adotada em 14.12.1967 (Resolução 2312 (XXII)).

(7) Ver, por exemplo, o art. VII da Convenção sobre Genocídio e art. XI da Convenção sobre o *Apartheid.*

(8) Consta dos Princípios de Direito Internacional (Princípio VII) relativos aos crimes de guerra e crimes contra a humanidade do Tribunal de Nuremberg, confirmados pela Resolução 95 (I) da Assembléia Geral da ONU em 1946, a não-aceitação da alegação da imunidade dos agente públicos por atos cometidos no exercício regular da função.

retorno destes criminosos a países cujas leis impeçam, *ab initio,* a punição dos criminosos, já que isso frustaria o direito de punir especialmente consagrado no Direito Internacional em face dos crimes contra a humanidade.

Cite-se o princípio II da Resolução 95 da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas relativa aos crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade, que expressamente determina que "o fato de a lei interna não estipular pena para um ato consistente em crime de Direito Internacional não exime o criminoso de sua responsabilidade perante o Direito Internacional".[9]

Assim, não foi surpresa a decisão da *House of Lords*, que em 25 de novembro proferiu decisão não reconhecendo a imunidade do ex-Chefe de Estado para os atos praticados enquanto agente público chileno, considerando que tais atos odiosos pelos quais é acusado não são suscetíveis de qualquer imunidade.

A imunidade diplomática, por não ter sido comprovada, nem foi apreciada, mas não há dúvida de que o regime de Direito Internacional dos crimes contra a humanidade implica na perda de qualquer imunidade internacional convencional ou costumeira. Assim, Lord Slynn of Hadley, Lord Lloyd of Berwick, Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn e Lord Hoffmann reformaram, por votação da maioria, a decisão de 28 de outubro da *High Court of Justice – Queen's Bench Division – Divisional Court*, que reconhera a imunidade de ex-Chefe de Estado do General Pinochet.

É importante salientar que a *High Court of Justice*, nos votos dos juízes designados para o caso, considerou não estar ainda perfeito e acabado o regime internacional de crimes contra a humanidade, razão pela qual a imunidade de ex-Chefe de Estado prevaleceria, pois é fundada, entre outros, na Convenção de Viena de 1961, na lei britânica do *State Immunity Act* de 1978, além de forte base costumeira de Direito Internacional.

O Tribunal, então, em sua decisão de 28 de outubro, utilizou os institutos do "passado" tradicional, ainda existente, da persecução criminal internacional, aceitando a imunidade do ex-Chefe de Estado, tanto quanto poderia ter aceito outras *statutory limitations,* porventura previstas na legislação britânica (prescrição etc).[10]

Por seu turno, a *House of Lords*, em 25 de novembro, reconheceu, pelo contrário, o regime especial e mais gravoso ao acusado de cometimento de crimes contra a humanidade. Reconheceu o "presente" do Direito Internacional. Para este acusado não cabe o reconhecimento de imunidade, sendo que os atos bárbaros praticados obviamente não são afeitos ao desempenho normal da função de qualquer agente público.

(9) Ver a já citada Resolução 95.

(10) Passagem do voto de Justice Collins é emblemática, já que o mesmo afirma que considerações ideais de justiça não podem se sobrepor ao Direito Internacional, desconsiderando o novo regime de Direito Internacional para os crimes contra a humanidade, que vimos acima. Nos dizeres do citado magistrado inglês, favorável ao reconhecimento da imunidade do General Pinochet: "There is, in a case such as this, a great temptation to say, having regard to the seriousness of the matters: if he is responsible he deserves to pay for the terrible crimes that have been committed; if the Spanish courts have jurisdiction, why not send him there to be tried? *But one cannot twist the law to meet the apparent merits of any individual case.* Accordingly, and for the reasons given by my Lord, I agree with the conclusion that he has reached" (Sentença de 28.10.1998, *High Court of Justice – Queen's Bench Division – Divisional Court*, Voto de Justice Collins, grifo meu).

Lord Nicholls, em seu voto, afirmou que o Direito Internacional atual não aceita a legalidade de todo e qualquer ato somente por ter sido cometido de acordo com as leis internas de um país ou por determinadas pessoas, que seriam imunes a qualquer persecução judicial.[11] Pelo contrário, a gravidade dos crimes contra a humanidade exigem um regime especial e mais gravoso, tal qual o *já existente* no Direito Internacional.

Este é o "presente" da responsabilidade internacional penal do indivíduo em face dos crimes contra a humanidade. Entretanto, é necessária reflexão sobre as críticas a este atual estágio da evolução do Direito Internacional e sobre as perspectivas futuras.

A grande objeção a esta universalização da persecução dos crimes contra a humanidade é a ameaça da imposição da lei do mais forte no campo internacional.

Na medida em que se autoriza Estados terceiros a deter, processar e julgar pessoas por crimes cometidos em outros Estados, sem qualquer conexão tradicional com o Estado processante, ventila-se a possibilidade do abuso por parte de Estados mais poderosos, que julgariam determinados indivíduos, enquanto outros ficariam impunes, dependendo dos interesses dos Estados fortes.

Assim, aponta-se a existência de seletividade e de *double standards,* o que possibilita questionamentos sobre os objetivos políticos paralelos de determinados Estados, quando assumem o papel de defensores de direitos humanos em terceiros países, através da persecução criminal universal daqueles que cometeram crimes contra a humanidade.

A neutralidade e a imparcialidade, próprias do Ministério Público e da Magistratura, não são elementos deste estágio "presente" do Direito Internacional, no qual cabe a cada Estado, em seu juízo próprio de valor, considerar este ou aquele agente público um criminoso e, então, alvo do severo regime punitivo dos crimes contra a humanidade.

Além disso, o que fazer quando há divergência entre o Estado da nacionalidade do acusado e o Estado da detenção sobre a correta caracterização dos crimes contra a humanidade? O que fazer com as tradicionais leis de anistia e demais normas de extinção de punibilidade, consideradas como necessárias para a correta implementação do Estado de Direito e muitas vezes aprovadas por plebiscito popular? A Corte Internacional de Justiça, possível receptáculo destas demandas, não tem sua jurisdição reconhecida por vários países e mesmo se o litígio for a ela submetido, não será preenchida a necessidade de existência de um Ministério Público e de uma Magistratura desvinculada deste ou daquele Estado.

O regime jurídico atual dos chamados crimes contra a humanidade é manco. Ao mesmo tempo em que corretamente estipula-se um regime de Direito material internacional mais gravoso aos acusados, evitando-se a impunidade, permite-se que, através da persecução unilateral e não-institucional, haja abusos e seletividade, já que inexiste um regime instrumental internacional apto a aplicar este Direito material. Este regime instrumental seria composto por órgãos de acusação e julgamento internacionais independentes e imparciais, capazes de aferir a existência ou não dos crimes contra a humanidade, sem que haja a possibilidade de interferência direta dos órgãos internos de um Estado.

(11) Este trecho do voto do Lord Nicholls of Birkenhead diz tudo: "But international law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state, or even more so, as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a *mockery of international law*" (grifo meu).

Os defensores da proteção internacional dos direitos humanos devem ficar atentos a esta situação, já que uma onda de ações penais nacionais em face de líderes de outros Estados pode fazer que o discurso de direitos humanos seja denegrido como sendo um discurso intervencionista e seletivo, incapaz de atingir os violadores de direitos humanos em países desenvolvidos.

Por outro lado, não é possível também alegar "seletividade" ou "intervencionismo" como escusas para conseguir impunidade de indíviduos acusados de cometer crimes bárbaros e odiosos. O fato de que nem todos os que cometeram crimes contra a humanidade sejam punidos não pode acarretar em uma ilógica e imoral impunidade de todos os que tenham sido acusados no atual estágio do Direito Internacional.

Pelo contrário, o Direito Internacional deve evoluir para uma sistemática imparcial e institucional de acusação, julgamento e punição, de modo a evitar que alguns criminosos, em face de interesses políticos de Estados mais poderosos, fiquem impunes. Assim, chegamos ao "futuro" da persecução criminal internacional em face dos crimes contra a humanidade.

Este futuro deverá ser o estabelecimento de Cortes internacionais e de órgãos internacionais de acusação, capazes de substituir a acusação e o julgamento unilateral existente nos dias de hoje. Os Tribunais penais atualmente existentes (o relativo a fatos ocorridos no território da ex-Iugoslávia e o relativo a fatos ocorridos no território de Ruanda) e o projeto de convenção internacional instituindo o primeiro Tribunal Penal Internacional permanente são amostras de um futuro possível.

Como exemplo acabado deste futuro, cite-se o projeto do Estatuto do Tribunal Penal Internacional de Roma (1998), que expressamente estabelece a competência de um juízo internacional, do seu órgão de acusação e ainda de que maneira seriam analisadas eventuais decisões locais em conflito com a vontade de punir do Ministério Público do Tribunal (referido simplesmente como *Prosecutor*).

O grande avanço do Estatuto é a previsão da existência de um órgão imparcial de acusação capaz de, *motu proprio* (art. 15 do Estatuto), iniciar um procedimento penal contra agentes públicos, superando as tradicionais alegações de seletividade e direcionamento político das acusações de crimes contra a humanidade. Ainda de acordo com o art. 17 do Estatuto e com seu Preâmbulo, a jurisdição local prevalece, sendo a jurisdição internacional subsidiária e acionada quando impossível, por motivos de direito material ou processual local, o justo processamento e punição dos acusados de crimes contra a humanidade.

Assim, é possível a não-admissão de um caso perante o Tribunal Penal Internacional quando já existir decisão local sobre o mesmo. Por outro lado, caso a decisão local tenha sido obtida por coação ou com base em leis de favorecimento à impunidade (como, por exemplo, leis de anistia...), estipula o art. 20 a possibilidade de nova persecução criminal, agora perante o Direito Internacional.

O Tribunal Penal Internacional seria a sede ideal para a solução de controvérsias existentes porventura entre dois ou mais Estados, como a atual ventilada pelo Chile em face de seu ex-Chefe de Estado, no qual é alegada a imunidade do atual Senador chileno e a impossibilidade de seu julgamento por crimes contra a humanidade.

Com isso, observo que o Tribunal Internacional Penal serve como substituto da atual situação de jurisdição penal universal, na qual os Estados arvoram-se em titulares de uma *actio popularis* penal, aptos a processar e julgar um acusa-

do de crime contra a humanidade, mesmo sem qualquer elemento de conexão tradicionalmente aceito pelo Direito Internacional (nacionalidade da vítima, nacionalidade do autor e tipo de bem jurídico lesado) ou mesmo contra a vontade do Estado no qual foram cometidos os citados crimes.

Cumpre assinalar que o *ethos* de promoção e defesa de direitos humanos é preservado com a existência de imparcialidade e independência tanto dos órgãos acusadores quanto dos órgãos julgadores. O Tribunal Penal Internacional permanente, além de imunizar a persecução criminal de Direito Internacional das críticas já mencionadas, possibilita tanto o fim da impunidade quanto estimula a prevenção destes crimes em todo o globo.

Assim, urge o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional capaz de processar todo e qualquer agente acusado de cometer crimes contra a humanidade, permitindo ainda clarificar este conceito através da jurisprudência do Tribunal e evitar que o citado conceito seja utilizado apenas quando convém.

O caso do General Pinochet serve, qualquer que seja a decisão final do Reino Unido, para uma maior reflexão sobre a necessidade e utilidade de uma Corte e um Ministério Público permanente como já proposto pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional aprovado em 1998. Só assim superaremos as críticas ao atual estágio de combate unilateral e não-institucional aos crimes contra a humanidade sem retroceder e aceitar, sem reação, a impunidade, obtida muitas vezes pela ameaça ou pela força das armas, por estes criminosos no âmbito de seus países.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.2

O INDULTO E AS CONDIÇÕES SUBJETIVAS DO SENTENCIADO

FRANCISCO DIAS TEIXEIRA

1. Conforme rotineiramente acontece ao final do ano, em 09.11.1998, foi editado decreto (sob o n. 2.838) concedendo indulto e comutação de pena aos condenados a pena privativa de liberdade. Esses decretos normalmente apresentam uma base comum relativamente ampla, no que diz respeito a seus beneficiários; as variações, de natureza liberalizante ou restritiva, seguem as tendências políticas e ideológicas recentíssimas do momento. Essas alterações, por vezes, são objeto de acirradas discussões no Conselho Penitenciário e controvérsia nos juízos de execução penal. No entanto, dada a efemeridade do texto legal, normalmente não se chega a um consenso doutrinário nem jurisprudencial a respeito delas: logo é editado um novo decreto, modificando o anterior, com o que a discussão perde seu objeto, ou parte de seu interesse.

O atual decreto também difere do imediatamente anterior, de n. 2.365/97, que, por seu turno, inovou com referência a seu antecessor, de n. 2.002/96, em diversos pontos. Há um ponto, no entanto, que entendo merecer análise mais cuidadosa, tendo em vista que se insere numa tendência que persiste nos últimos quatro decretos natalinos, o que evidencia, no meu entender, uma firme deliberação do Chefe do Executivo, qual seja: a eliminação do chamado *requisito subjetivo* para a concessão do indulto ou da comutação de pena.

2. Com efeito, até o Dec. 953, de 08.10.1993, previu-se, expressamente, o denominado "requisito subjetivo" como condição do indulto ou da comutação de pena. Esse decreto, repetindo os textos anteriores, dispôs em seu art. 6.°, inc. IV, que, *verbis*, *"Constituem também requisito para o indulto ou a comutação: (...) II – evidenciar, se condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça, condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinqüir"*.

Assim, para o indulto ou a comutação de pena, os decretos repetiam a mesma exigência do Código Penal, em seu art. 83, par. ún., no tocante ao livramento condicional.

Rotineiramente, exigiu-se, tanto para o indulto quanto para uma simples comutação da pena (também à semelhança do que se exigia para o livramento condicional), e ainda quando não se tratasse de condenado por crime praticado mediante violência à pessoa, um parecer da Comissão Técnica de Classificação e Triagem-CTC do estabelecimento prisional ou um laudo de exame criminológico, como elemento básico para se aferir essas "condições pessoais", que se convencionou chamar de "requisito subjetivo" ou também "prognóstico de não reincidência".

Porém, os textos legais (Código Penal e decretos de indulto) não fazem menção a parecer da CTC nem a exame crimino-

lógico; mas, sim, referem-se a *prognóstico de não reincidência*. A exigência de tal parecer decorre de aplicação analógica do art. 112 da LEP, que o exige no caso de progressão de regime.[1]

Assim, porque a lei não exige o parecer da CTC para a concessão do livramento condicional, nada impede que, mesmo em se tratando de condenado por crime praticado mediante violência ou ameaça à pessoa, o referido prognóstico de não reincidência possa ser obtido a partir de outros elementos de convicção, dentre os quais relatório de especialista ou mesmo de pessoa leiga, idônea, que acompanhe a trajetória do sentenciado durante o cumprimento de sua pena.[2]

Já no que se refere ao indulto, não há qualquer pertinência em se falar na aplicação analógica do art. 112 da LEP, tendo em vista as peculiaridades desse benefício, que tem uma disciplina própria, contida nos arts. 187 a 193 da LEP e no decreto que o conceder. É certo que o parecer da CTC poderá ser exigido, nos termos do art. 190 da LEP, o qual, ao prever os elementos necessários à instrução do pedido de indulto (dentre os quais não consta parecer da CTC), diz que o Conselho Penitenciário "promoverá as diligências que entender necessárias".

3. As considerações supra têm por base o texto do Dec. 953/93 e daqueles que o antecederam, os quais, conforme dito, previam, de forma expressa, ser requisito do indulto ou da comutação de pena que o condenado apresente "condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinqüir".

O Dec. 1.242, de 13.09.1994, porém, trouxe sensível alteração neste particular: esse texto normativo foi omisso quanto ao aspecto subjetivo do sentenciado. Com efeito, além dos chamados requisitos objetivos (cumprimento de determinada fração da pena, não ter sido condenado por crime considerado hediondo e outros especificados etc.), o Dec. 1.242/94 fez referência, apenas, ao aspecto *comportamental* do sentenciado, assim expresso no inc. I do art. 7.º: "ter o condenado demonstrado bom comportamento, durante os últimos doze meses de cumprimento da pena privativa de liberdade, comprovado através de relatório da autoridade responsável pela custódia", requisito este que também sempre foi exigido pelos decretos anteriores.

À primeira interpretação, poder-se-ia, assim, concluir que já o Dec. 1.242/94 dispensou a análise das chamadas "condições subjetivas", consistente em exame psiquiátrico e testes psicológicos que apontem um "prognóstico de não reincidência". Esse decreto teria, pois, dado por suficiente à concessão do benefício que o sentenciado, além de não se encontrar dentro das diversas restrições previstas e ter cumprido determinada fração da pena, revelasse adequado comportamento prisional nos últimos doze meses, o que não deixa de ser também uma forma

(1) Já o exame criminológico não tem qualquer base jurídica, pois, na sistemática da LEP, é ele exigível apenas na hipótese de condenado a cumprir pena em regime fechado, e quando do ingresso no estabelecimento prisional (art. 8.º); e para verificação de cessação de periculosidade, se imposta medida de segurança (art. 175).

(2) A dispensa do parecer técnico nessa última fase da execução – livramento condicional – é plenamente justificável, tendo em vista que se exige a manifestação do Conselho Penitenciário, órgão composto por profissionais das áreas jurídica, médico-psiquiátrica e psicológica e de representante da comunidade. Ademais, na sistemática da execução da pena, o sentenciado autor de delito grave, ao obter o livramento condicional, já terá sido avaliado pela CTC, quando da progressão de regime. Assim, em princípio, o parecer da CTC para o LC apenas é exigível na hipótese de uma transferência direta do regime fechado para o regime do LC.

indireta de avaliar as chamadas "condições subjetivas".

No entanto, não foi esse o entendimento que prevaleceu.

É que esse decreto, nos incisos II e III de seu art. 7.°, ao dispor sobre a concessão do indulto àqueles sentenciados cuja execução da pena fora suspensa e àqueles que já se encontrassem em regime de livramento condicional, estabeleceu a exigência de que estes tivessem "revelado condições pessoais favoráveis à sua permanência na comunidade". Argumentou-se, pois, que, se tal era exigido aos sentenciados que se encontrassem condicionalmente livres (e, nessa hipótese, o simples fato de o sentenciado cumprir as condições da liberdade restrita poderia autorizar o "prognóstico de não reincidência"), na hipótese de o sentenciado estar preso, haveria de se exigir as mesmas "condições pessoais favoráveis" (e aqui essas condições poderiam ser aferidas apenas através de testes e exames adequados à perscrutação de seus "aspectos subjetivos"). Invocou-se, também, o preâmbulo do decreto, na parte em que este proclamou "conceder perdão aos sentenciados em condições de merecê-lo e proporcionar novas oportunidades aos que se mostram recuperados para o convívio social". Sustentou-se que apenas os exames técnicos poderiam demostrar se o sentenciado "merecia" o benefício e "estava recuperado para o convívio social".

Conforme se vê, a interpretação é um tanto forçada. Primeiro porque há uma ponderável diferença entre a avaliação de um comportamento social, de natureza mais objetiva (no caso do sentenciado em livramento condicional ou *sursis*), e uma avaliação personalíssima, que, não obstante dizer-se técnica, tem acentuado conteúdo subjetivo. Segundo porque, conforme se sabe, preâmbulo não é norma legal, mas simples meio auxiliar de interpretação da norma; serve para facilitar a compreensão daquilo que o texto normativo contém, mas não tem força para se impor, quando o texto normativo nada diz a respeito.[3]

O texto preambular, ao explicitar a motivação do legislador, diz que este teve em vista os sentenciados que apresentavam *condições* de merecer o indulto. Assim, poder-se-ia concluir que essas *condições* que o legislador teve em mira são aquelas que ele fez constar do texto legal.

Venceu, porém, até onde conheço, o entendimento contrário.[4]

Seguiram-se os Decretos 1.654/95 e 2.002/96, repetido o Dec. 1.242/94, nesse particular.

4. O Dec. 2.365/97, porém, avançou no sentido contrário ao entendimento que se firmou em face dos anteriores.

Assim, primeiramente, há que se descartar qualquer argumento baseado em possível omissão involuntária do legislador. Se não bastasse a fragilidade em si do argumento, a persistência da orientação (agora aprofundada no novo decreto) desmoroná-lo-ia.

Porém, o que mais importa é que exatamente no preâmbulo, onde estava o

(3) A Lei Complementar 95, de 26.02.1998, que "dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, ...", e que também se aplica, "no que couber, aos decretos" (par. ún., do art. 1.°), deixa-o claro (art. 3.°).

(4) Registro que, após refletir sobre diversas ponderações em sentido contrário ao que inicialmente afirmei, inclusive aquelas que aventavam uma possível omissão involuntária do autor do decreto, quanto à exigência do "requisito subjetivo" para os condenados presos, convenci-me de que, mesmo em face do Dec. 1.242/94, continuava sendo exigível a chamada "avaliação subjetiva" do sentenciado.

fundamento da denominada "avaliação subjetiva", houve modificação no Dec. 2.365/97.

Com efeito, a expressão "... *proporcionando novas oportunidades aos que se mostram recuperados para o convívio social, como estímulo ao esforço de proceder com dignidade e de ser útil ao próximo*", contida no preâmbulo do Dec. 2.002/96, foi substituída pela expressão "... *proporcionando-lhes a oportunidade de retorno mais rápido ao convívio social, como estímulo ao esforço de ressocialização*".

É perceptível a diferença: eliminou-se a referência "*aos que se mostram recuperados para o convívio social*" (portanto, não se justifica mais a indulgência pelo fato de o sentenciado "estar recuperado"). Ademais, a benesse passou a ser um "*estímulo ao esforço de ressocialização*".

Por outro lado, o art. 4.° do Dec. 2.365/97, ao contemplar com o benefício os condenados em regime de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, não contém a expressão "*ter revelado condições pessoais favoráveis à permanência na comunidade*". Portanto, nesses casos, o simples fato de o sentenciado não ter cometido falta nos últimos doze meses (que consistiria na infringência às condições do LC ou do *sursis*, e, inclusive, ensejaria a revogação desses benefícios) torna-o merecedor do benefício do indulto ou da comutação de pena, à luz desse decreto.

5. Nessa mesma linha é o mais recente Dec. 2.838/98.

O preâmbulo desse decreto também não contém a expressão "*aos que se mostram recuperados para o convívio social*". Mas refere-se apenas "*aos condenados em condições de merecê-lo (o indulto), proporcionando-lhes a oportunidade de retorno útil ao convívio da sociedade, objetivo maior da sanção penal*". Ora, no juízo do autor do decreto, condenados em condições de merecer o indulto são aqueles que preenchem os estritos requisitos elencados na parte normativa do texto, que são: a) não ter sido condenado ou não estar sendo processado por crime considerado hediondo, e outros especificados; b) não ter praticado falta disciplinar nos últimos doze meses; c) ter reparado o dano causado pelo crime, se solvente.

O texto não contém qualquer outra restrição. Não se refere a nada que possa ser entendido como "avaliação do universo subjetivo do sentenciado".

O novo decreto ainda avançou mais, ao conceder indulto a todo sentenciado: a) cuja execução da pena tenha sido suspensa (inc. VII do art. 1.°); b) que se encontre em livramento condicional e cuja pena não exceda a oito anos (inc. VIII do art. 1.°); c) que esteja cumprindo pena em regime aberto (inc. IX do art. 1.°).

E, diferentemente do que previa o Dec. 1.242/94, o Dec. 2.838/98 não condiciona o benefício, no caso desses sentenciados que já se encontrem em liberdade parcial, à circunstância de ter "revelado condições pessoais favoráveis à sua permanência na comunidade". Portanto, basta que esses sentenciados não tenham cometido falta que tenha implicado na regressão de regime (no caso do regime aberto), na revogação do livramento condicional ou do *sursis* – para que tenham extinta a punibilidade, competindo ao juiz da execução declará-lo, simplesmente.

6. Eliminada, assim, no decreto atual, qualquer referência a avaliação subjetiva e conseqüente prognóstico de não reincidência, como requisito do indulto ou da comutação de pena, tenho que o condicionamento, por parte do Conselho Penitenciário, de seu parecer à submissão do sentenciado ao exame criminológico ou mesmo à avaliação da CTC, e, por parte do Judiciário, o deferimento do pedido de declaração de extinção da punibilidade, ao "prognóstico da não reincidência",

constitui-se em constrangimento mais que ilegal: inconstitucional.

É que o art. 84, inc. XII, da Carta Magna diz competir privativamente ao Presidente da República "conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei".

Muito já se disse sobre os fundamentos históricos e políticos desse poder que a Lei Maior confere ao Chefe do Executivo, que implica numa interferência na função jurisdicional, própria do Poder Judiciário. Concordando ou discordando dela, o fato é que a norma existe, e, em seus precisos termos, o único condicionamento imposto a esse poder discricionário do Chefe do Executivo é que sejam ouvidos, *se necessário, os órgãos instituídos em lei*. Uma outra restrição, de ordem material, vem expressa no inc. XLIII do art. 5.º da Constituição, que consiste na vedação do benefício aos condenados por *prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, terrorismo e dos crimes definidos como hediondos*.

Interessa, aqui, pois, analisar apenas a condição consistente na oitiva dos órgãos instituídos por lei. Na realidade, esse órgão é o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ouvido previamente à edição do decreto.[5] Quem concede o indulto ou comutação de pena é o Presidente da República, através do decreto. E, dentro daqueles condicionamentos acima mencionados, esta alta autoridade exerce poder discricionário ao conferir o benefício aos condenados que, em seu juízo político e jurídico, de tal são merecedores.

Firme-se, pois, que indulto e comutação de pena, apesar de incidirem no processo de execução (constituem-se num *incidente*, nos termos da LEP), não se confundem com ele. A execução da pena caminha em seus trâmites ordinários (progressões de regime, remissão de pena, etc.), e o indulto a interrompe, põe fim a ela. É certo que, no caso da comutação, esta poderá servir como instrumento de incentivo ao sentenciado, em seu processo de ressocialização, mas isto também dependerá dos critérios previamente estabelecidos pela norma concessiva da benesse.

Assim, nenhuma estranheza existe no fato de que, em determinada circunstância em que a lei ordinária previa um determinado requisito para a concessão de um benefício (por exemplo, parecer da CTC, no caso de progressão do sentenciado do regime semi-aberto para o aberto ou ao LC), vir um decreto e conferir indulto a esse sentenciado, independentemente daquela avaliação. Primeiro, porque a execução da pena é disciplinada em lei ordinária; a concessão do indulto é prevista na Constituição Federal, que contém as limitações ao Poder Executivo, conforme visto; segundo, porque o constituinte, ao conferir tal poder ao Chefe do Executivo, tem por pressuposto a sua responsabilidade (no sentido político e coloquial do termo). Portanto, supostamente, o decreto presidencial, ao estabelecer os requisitos do benefício e seu campo de abrangência, tem em mira exatamente aqueles condenados que já se encontram em condição de serem reinseridos na sociedade, ou com referência aos quais é adequado, sob o aspecto da reinserção social, o encurtamento da pena.

São, pois, esses requisitos, previstos no decreto, que se devem exigir.

Como norma geral que é, o *decreto de indulto coletivo* exige interpretação, e, obviamente, para tal, utilizam-se os métodos usualmente empregados na interpretação da lei. Mas essa interpretação não poderá levar à exigência de outras condições que não aquelas previstas no

[5] A LEP inclui o indulto dentre os *incidentes da execução*, e disciplina o controle judiciário sobre o mesmo, que se faz *a posteriori* e de maneira limitada, conforme será visto.

texto legal, para se declarar que um determinado sentenciado foi beneficiado pela medida. O indulto é concedido através do decreto, e não pela sentença judicial. Esta apenas declara a extinção da pena.[6] Assim, nessa hipótese de flagrante (mas constitucional) interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário, a este compete, tão-somente, verificar se o condenado encontra-se no âmbito de alcance do decreto presidencial e se atende às condições nele estipuladas. Não poderá, *data venia*, sob pretexto de interpretação, exigir do sentenciado condição nem remotamente prevista no decreto, sob o fundamento de que tal condição é exigível para a concessão de determinado benefício próprio da execução da pena, a qual, conforme se sabe, é procedida sob o império do Judiciário.

Exigir-se que o condenado submeta-se a exame criminológico ou parecer da CTC e apresente "prognóstico de não reincidência" para a concessão de indulto ou comutação de pena, quando o texto específico do decreto nada contém nesse sentido, sob a única alegação de que tal é exigido para o livramento condicional ou outro benefício qualquer na execução penal, é misturar duas coisas diversas.

É certo que, ao eliminar, como requisito do indulto ou da comutação da pena, a avaliação do aspecto subjetivo do sentenciado, e, conseqüentemente, o "prognóstico de não reincidência", o presente decreto esvazia em muito as funções do Conselho Penitenciário (cuja manifestação continua sendo obrigatória) e mesmo o papel do Judiciário na concessão desses benefícios. Não vejo, porém, inconstitucionalidade nisso, por mais que procure e deseje encontrar. Inconstitucional seria criar-se exigência não prevista no decreto, ainda que com boas razões políticas, sociais e criminológicas.[7]

7. Posto isto, que tenho como sendo uma objetiva análise do texto legal, admito que, num primeiro momento, a interpretação que dou ao decreto "assusta", por seu aparente liberalismo, que implicaria "em abrir as portas das cadeias" a "criminosos perigosos" (e esse susto poderia levar – admitamos as nossas fraquezas! – a se procurar interpretação juridicamente impossível, de sorte a restringir o alcance do decreto).

Porém, numa análise mais cuidadosa do decreto, constata-se que o susto não

(6) Nesse sentido, é elucidativo o texto do art. 193 da LEP: "Se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, providenciará de acordo com o disposto no artigo anterior", que, por sua vez, preceitua: "Concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação". Entendo, pois, despicienda, aqui, a discussão sobre a natureza de tal sentença (declaratória ou constitutiva). O importante é que, enquanto não "declarado", pela decisão judicial, que o sentenciado preenche os requisitos do decreto de indulto, este não produz seus efeitos (decorrentes da extinção da pena). Mas, por outro lado, a decisão judicial não poderá ir além da constatação de que o sentenciado preenche os requisitos abstratamente elencados no decreto.

(7) É certo que o art. 190 da LEP, ao dispor sobre o benefício da *graça,* autoriza o Conselho Penitenciário a "promover as diligências que entender necessárias"; e assim entendo possível a aplicação, por analogia, desse dispositivo ao *indulto coletivo*, que está previsto no art. 192 da mesma lei. Porém, essas diligências deverão ser aquelas pertinentes à instrução do pedido, nos termos do decreto. Ora, se o decreto não estabeleceu, como condição do indulto, que o sentenciado apresente "condições subjetivas favoráveis", *data venia*, o Conselho não poderá tergiversar na emissão do parecer, exigindo diligência para aferição de requisito não previsto no decreto.

tem razão de ser (conforme, aliás, têm sido infundados os alardes que se fizeram quando da edição de decretos anteriores). É que, na verdade, o presente decreto, liberal nesse aspecto,[8] é extremamente restritivo noutros, chegando-se (ao que prevejo) a um campo de abrangência menor do que aquele alcançado pelos decretos precedentes.

Restrinjo-me, porém, a apontar apenas um, que se relaciona com a questão ora discutida.

É que, a par de excluir do benefício os condenados pela prática dos crimes de racismo, tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e todos aqueles definidos como hediondos (no que repetiu, em linhas gerais, os decretos anteriores), o recente decreto, seguindo a orientação daquele que o antecedeu, exclui também do benefício o condenado *que esteja sendo processado por qualquer desses crimes ou praticado dolosamente com violência contra a pessoa* (art. 3.°, inc. II).

Tal norma legal contém dois preceitos que merecem análises isoladas.

O primeiro diz respeito à negação do benefício aos condenados por crimes com referência aos quais poderiam ser indultados, mas que *estejam sendo processados* por crimes que, se condenados, não seriam contemplados pelo indulto.

Muito provavelmente dir-se-á que esse preceito é inconstitucional, porque colide com o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5.°, inc. LVII).

À primeira vista, porém, entendo que a crítica que se possa fazer a essa restrição não diz respeito à sua inconstitucionalidade. Conforme já dito, a Carta Política confere ao Presidente da República ampla discricionariedade para a concessão desse benefício judiciário. Dessa forma, poderá (conforme realmente o faz) excluir do benefício determinados sentenciados, por razões políticas ou criminológicas, e não apenas por razões técnico-jurídicas. É certo que, conforme já se disse, por maior que seja a discricionariedade conferida ao titular de um poder, o exercício deste encontra algum tipo de limitação no ordenamento jurídico. E, por conseguinte, ao valer-se de seu poder discricionário na concessão desse benefício, o Chefe do Executivo poderá incidir em inconstitucionalidade, como na hipótese de estabelecer como *discrimen* motivações reprovadas pela ordem constitucional, desprovidas de base fática ou irrelevantes ao fim almejado (*v. g.*, o sexo, a cor, a origem, a raça ou a convicção ideológica do sentenciado). Mas a restrição consistente no fato de o condenado estar sendo processado por crime considerado especialmente grave ou hediondo é de outra natureza: tem fundamento criminológico, alguma base fática, boas razões políticas e mesmo jurídicas. E, com isso, não se está presumindo a culpa do réu, mas apenas negando-lhe um *benefício*, no tocante a um crime com referência ao qual já teve reconhecida sua culpa. É evidente que, nos termos do próprio decreto, não está excluído do benefício o réu sujeito apenas a investigação por aqueles crimes.

Assim, tida por constitucionalmente válida a restrição, reduzida será a população prisional beneficiada pelo atual decreto.

Porém, a maior restrição vem na segunda parte da norma transcrita, qual seja: a exclusão do sentenciado que esteja sendo processado por crime *pratica-*

(8) Talvez o aspecto mais liberal do decreto – e altamente negativo, no meu entender – consiste em beneficiar todos os sentenciados cuja execução da pena esteja suspensa ou que a cumpram em regime aberto. Com efeito, nenhum motivo, sob o aspecto penitenciário, há para a extinção dessas penas; e, por outro lado, provavelmente, sairão beneficiados todos os eventuais condenados por prática de "crime de colarinho branco".

do dolosamente com violência contra a pessoa. Quanto à constitucionalidade desse preceito, nada há que acrescentar às considerações acima feitas, com a observação, apenas, de que essa proibição restringe drasticamente o campo de abrangência do benefício, na medida em que o nega a todos os sentenciados que estejam sendo processados, por exemplo, por roubo mediante violência (mas não quando houve apenas ameaça), ou mesmo homicídio simples ou uma simples lesão corporal.

Mas não é só. Surge uma outra questão, de mera interpretação do texto, qual seja: no tocante aos crimes de racismo, tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e todos aqueles definidos como hediondos, o decreto não beneficia tanto os sentenciados condenados quanto aqueles que estejam sendo processados por um desses crimes. Porém, no que diz respeito aos crimes praticados com violência contra a pessoa, o decreto, de forma expressa, exclui apenas aqueles que estejam sendo processados.

À lei (e ao decreto também...) não se pode dar interpretação que leve ao absurdo. E seria um absurdo conceder o benefício àquele cuja situação jurídica é mais gravosa (condenado), quando isto está expressamente vedado àquele que se encontra em melhor situação (respondendo a processo). Assim, entendo que a interpretação plausível é no sentido de que estão excluídos do benefício todos aqueles que foram condenados por crime praticado mediante violência à pessoa. Com isso, estreita-se demasiadamente o campo de incidência do decreto. Absurdo? Poderá ser. Mas um absurdo político e criminológico, não propriamente jurídico.

O que se deve sustentar é a eliminação, nos decretos futuros, da expressão "ou praticado dolosamente com violência contra a pessoa". Ou, mais adequadamente, que se lhes acrescente: *durante a execução da pena*.

8. Por derradeiro, e no tocante à questão atinente ao chamado "prognóstico de não reincidência", registro posição que venho defendendo há alguns anos no Conselho Penitenciário, contrária à sistemática dos decretos anteriores e que (por motivo diverso) mantém-se contrária ao presente decreto.

Conforme exposto no início, até 1993, sistematicamente, os decretos estabeleciam, como requisito do *indulto pleno* ou da *comutação de pena*, que o sentenciado apresentasse condições pessoais que fizessem presumir que não voltaria a delinqüir. Tal exigência, prevista no Código Penal com referência ao livramento condicional, é justificável tendo em vista que esta medida implica no retorno do sentenciado ao convívio social. Assim, será também justificável apenas na hipótese de indulto pleno, ou de comutação, quando esta leve à extinção da pena. Mas é de todo injustificável na hipótese da comutação de pena, quando o sentenciado ainda deverá permanecer, por vários anos, sujeito ao dito "processo ressocializador". Aqui, o decreto deveria ter claro e expresso intuito de beneficiar aqueles sentenciados que se revelassem merecedores, através de seu comportamento carcerário, e, ao mesmo tempo, incentivá-los em seus esforços de ressocialização.

Mas não é o que ocorria. Em face dos termos dos decretos anteriores, para se conceder uma pequena redução de uma longa pena, exigia-se a submissão do sentenciado a exame criminológico, e, quando o laudo apontava aspectos desfavoráveis nas condições subjetivas do sentenciado, sob tal fundamento, o benefício era negado.

Agora, conforme visto, é a própria avaliação subjetiva que foi dispensada, quer para a comutação da pena, quer para o indulto pleno. Penso que foi longe demais.

Suponho, assim, que seria adequada uma solução intermediária, que pode-

ria ser sintetizada em norma de semelhante teor:

"Constitui também requisito para a concessão do indulto e da comutação de pena:

– (...);

– evidenciar bom aproveitamento das medidas penais a que for submetido, e, quando o benefício implicar em liberdade, condições pessoais favoráveis a sua reinserção social".

Dessa forma, ficaria institucionalizada a avaliação global do sentenciado (e não apenas a mera constatação do não cometimento de falta disciplinar) e essa avaliação seria sempre obrigatória; porém, o chamado "prognóstico de não reincidência" seria dispensável se o benefício não implicasse na liberdade do sentenciado.

A questão atinente aos meios utilizáveis para essa avaliação continuaria em aberto, podendo, assim, ser exigido parecer da Comissão Técnica na hipótese de condenado por crime praticado mediante violência à pessoa, mas ser perfeitamente dispensado nas outras hipóteses.

2.3

RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO NA LEI 9.605/98

GUILHERME JOSÉ PURVIN DE FIGUEIREDO
SOLANGE TELES DA SILVA

SUMÁRIO: 1. – Introdução 2. – Aspectos Gerais da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: 2.1 Previsão Constitucional; 2.2 Adequação das Penas; 2.3 Direito Francês – 3. Sujeito Ativo: 3.1 – Pessoa Jurídica: Definição; 3.2 Pessoas Jurídicas de Direito Público; 3.2.1 Sujeição ao Princípio da Legalidade; 3.2.2 Caráter estigmatizante da sanção penal imposta às pessoas jurídicas; 3.2.3 Inadequação das penas às pessoas jurídicas de Direito Público; 3.2.4 Atendimento ao interesse público – 4. Co-autoria: 4.1 Diferentes modalidades de co-autoria; 4.2 Agente público – 5. Conclusão – Bibliografia.

1. Introdução

A tendência de responsabilização penal das pessoas jurídicas é mundial e tem como escopo superar "a deficiência das apurações na esfera administrativa".[1] Estas deficiências decorrem, muitas vezes, da falta de funcionários nos órgãos de controle e fiscalização e, em última análise, do próprio sucateamento dos órgãos governamentais. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA –, realizou, por exemplo, no decorrer do ano de 1994, apenas 105 inquéritos administrativos e sindicâncias, um número que, convenhamos, é irrisório diante da extensão territorial de nosso país e das constantes denúncias de lesões ao meio ambiente diariamente noticiadas pelos meios de comunicação e pelas organizações não-governamentais ambientalistas. Ressalte-se que "a necessidade de se trazer para o processo penal a matéria ambiental reside principalmente nas garantias funcionais do aplicador da sanção. O Poder Judiciário, a quem caberá aplicar a sanção penal contra a pessoa jurídica, ainda tem garantias que o funcionário público ou o empregado da Administração indireta não possuem ou deixaram de ter".[2]

Numa análise do direito comparado, observa-se que teve especial relevo a inserção, pelo legislador francês, da responsabilidade penal da pessoa jurídica no novo Código Penal,[3] o que fez "guiado

(1) Vladimir Passos de Freitas & Gilberto Passos de Freitas. *Crimes Contra a Natureza.* 5. ed. atual. e ampl., São Paulo : Ed. RT. 1997. p. 19.

(2) Paulo Affonso Leme Machado. *Direito Ambiental Brasileiro.* 7. ed. rev. atual. e ampl., 1998. p. 591.

(3) Através de quatro leis de 22.07.1992 foi publicado novo Código Penal francês. Uma quinta lei de 16.12.1992, chamada de "lei de adaptação", foi promulgada modificando

pela preocupação de reforçar a eficácia da repressão. Segundo a exposição de motivos 'a imunidade atual das pessoas jurídicas é completamente inadmissível, uma vez que elas estão sempre, pela amplitude dos meios que elas dispõem, na origem de graves danos à saúde pública, ao meio ambiente, à ordem econômica ou à legislação social'".[4] Pode-se ainda elencar, dentre os países precursores que adotaram a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a Noruega (Lei de 13.03.1981, emendada pela Lei de 15.04.1983), Portugal (Dec.-lei 28, de 20.01.1984) e a Venezuela – esta última dentro do campo específico da tutela do meio ambiente (lei penal ambiental de 1992).[5]

Seguindo esta tendência, no Brasil foi promulgada a Lei 9.605, de 12.02.1998,[6] que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, adotando a responsabilidade penal da pessoa jurídica em caso de ofensa ao meio ambiente. Esta lei sistematiza a tutela penal e administrativa ambiental, contemplando aspectos do meio ambiente natural, cultural e artificial.[7] Esta lei não tratou expressamente do meio ambiente em seu aspecto laboral. Entretanto, alguns dispositivos nela constantes poderiam ter plena aplicabilidade para a tutela da vida e da saúde do ser humano no ambiente de trabalho.[8]

São inúmeras as questões que se colocam diante da adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica por conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente de acordo com o art. 3.º da Lei 9.605/98. Este estudo limitar-se-á à análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica face ao Direito Administrativo. Os aspectos gerais da responsabilidade penal da pessoa jurídica serão estudados num primeiro momento, para então ser demonstrada a inadequação da aplicação deste tipo de responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público, que em nenhum momento são especificamente mencionadas pela lei em questão. Numa segunda etapa, o estudo dedicar-se-á à co-autoria e à responsabilidade do agente público pelo cometimento de crime tipificado pela nova lei ambiental.

do o Código de Processo Penal e outras leis esparsas. O novo Código Penal entrou em vigor em 1.º.03.1994.

(4) "...guidé par le souci de renforcer l'efficacité de la répression. Selon l'exposé des motifs 'l'immunité actuelle des personnes morales est d'autant plus chocante qu'elles sont souvent, par l'ampleur des moyens dont elles disposent, à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement, à l'ordre économique ou à la législation sociale'" (nossa tradução) Frédéric Desportes *La responsabilité pénale des personnes morales en droit français*, in Cahiers Juridiques d'Elétricité et du Gaz, n. 519, mars 1996. p. 93.

(5) Paulo Affonso Leme Machado. Op. cit., p. 598-599.

(6) Publicada no *DOU* em 13.02.1998.

(7) Comentários sobre estes três aspectos do meio ambiente ver: José Afonso da Silva *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. rev., São Paulo : Malheiros, p. 3.

(8) É o caso do art. 54, que tipifica como crime punível com reclusão, de um a quatro anos (aplicável ao diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário da pessoa jurídica empregadora, cf. art. 2.º), e multa (aplicável à empresa), àquele que causar poluição (e um ambiente de trabalho insalubre é um ambiente poluído) de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana (e, portanto, do trabalhador). Seria possível, ainda, a aplicação do art. 60, que comina a pena de detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente, a quem construir, reformar, ampliar, instalar ou fizer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou

2. Aspectos gerais da responsabilidade penal da pessoa jurídica

Neste tópico será analisada a previsão constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica, como também a adequação das penas, constatando-se que a responsabilidade penal é aplicável às pessoas jurídicas. De maneira sucinta será realizado um estudo do direito francês em relação ao tema.

2.1 Previsão constitucional

Na análise de alguns juristas, a responsabilidade penal da pessoa jurídica afronta os princípios basilares do direito penal.[9] O entendimento doutrinário do tema está longe de ser pacífico.[10] É certo, porém, que o § 3.º do art. 225 da Constituição Federal de 1988 admite expressamente a possibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica no caso de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.[11]

Algumas questões a este respeito merecem nossa atenção. Os atos praticados pela pessoa jurídica ocasionam reflexos tanto na vida social quanto no mundo jurídico. Estes atos constituem a expressão da vontade da pessoa jurídica, que "(...) pode originar-se de um somatório ou de um consenso de vontades individuais ou emanar de alguém que forme a sua vontade no interesse dela".[12] Saliente-se que a vontade da pessoa jurídica pode até mesmo ser diferente da vontade da pessoa física que a representa. "A complexidade na elaboração da vontade da pessoa jurídica, longe de torná-la imperfeita, é, ao contrário, uma autêntica deliberação de vontade, como já é reconhecido pelos outros ramos do Direito. Esse fenômeno faz parte da realidade jurídica, só o direito penal vem relutando em reconhecê-lo".[13] É, portanto, perfeitamente possível estabelecer uma relação entre a pessoa jurídica e a sua conduta.

No Direito Brasileiro, a norma constitucional prevista no § 3.º do art. 225, de caráter programático, passa a ter aplicação com o advento da Lei 9.605, de 12.02.1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio

contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes. Assim, no que diz respeito à tutela do trabalhador no meio ambiente de trabalho, por aplicação desta norma penal em branco, o descumprimento das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho – como por exemplo a NR-18, sobre Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção, ou a NRR-5, sobre a utilização de agrotóxicos e afins, fertilizantes e corretivos utilizados no trabalho rural, poderia ser tipificado como crime.

(9) Afirma René Ariel Dotti que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos, não podendo os crimes e contravenções ser praticados por pessoas jurídicas. (*A incapacidade criminal da pessoa jurídica*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1995. v. 11, p. 201).

(10) "A resistência à inclusão das pessoas jurídicas é devida aos princípios que orientam o moderno Direito Penal e às tradicionais sanções, que, exceto a multa, não se adaptam a essas sociedades": Luiz Vicente Cernicchiaro & Paulo José da Costa Jr. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo : Ed. RT, 1995. p. 158.

(11) Art. 225, § 3.º: "*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*" (cf. também art. 173, § 5.º).

(12) Gilda Pereira de Carvalho Berger. *O Direito Penal e a Proteção do Meio Ambiente*, Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1992. p. 6.

(13) Idem, ibidem.

ambiente. As infrações descritas nesta lei referem-se aos crimes contra a fauna, crimes contra a flora, crimes de poluição e outros crimes ambientais, crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e crimes contra a administração ambiental. Apenas no que concerne às infrações descritas na lei em questão é que a lei permite responsabilizar penalmente a pessoa jurídica. A ação penal é pública incondicionada. Esta lei também realiza uma adequação das penas às pessoas jurídicas, como veremos a seguir.

2.2 Adequação das penas

Inicialmente observa-se que a necessidade de adoção de penas adequadas à pessoa jurídica encontra amparo no próprio texto constitucional. Os arts. 170, VI e 173, § 5.°, prevêem que a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada por atos praticados contra a ordem econômica,[14] inclusive por aqueles praticados contra o meio ambiente, independentemente da responsabilidade individual de seus dirigentes, adotando-se para tanto "punições compatíveis com a sua natureza".[15]

A adequação das penas às pessoas jurídicas é necessária,[16] uma vez que não é possível impor-lhes penas corporais.[17] Também é necessário delimitar as respectivas responsabilidades:[18] da pessoa física que realizou, ordenou ou permitiu a conduta, enfim que exprimiu deliberadamente sua vontade através da realização de um ato; e, da pessoa jurídica, cuja vontade foi manifestada por um ato determinado. É possível responsabilizar penalmente a pessoa jurídica que cometa crime ambiental previsto na lei em questão.[19] A Lei 9.605/98 elenca em seu art. 21 as penas aplicáveis: I – multa; II – restritivas de direitos; III – prestação de serviços à comunidade.

Inicialmente, consigne-se que a cominação da pena de multa aplicável à pessoa jurídica pelo cometimento de crime previsto na lei difere da multa administrativa no que diz respeito ao seu montante e à sua destinação. Enquanto os valores mínimos da multa pelo cometimento de crime e da multa decorrente

(14) Art. 170, VI, da Constituição Federal de 1988: "*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI – defesa do meio ambiente*";

(15) Art. 173, § 5.°, da Constituição Federal de 1988: *A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.*

(16) Art. 5.°, XLVI, da Constituição Federal de 1988: "*a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos*".

(17) "As penas, se lei vier a ser editada, não serão evidentemente corporais" (Vladimir Passos de Freitas & Gilberto Passos de Freitas, ob. cit., ibidem). "É certo que há evidente incompatibilidade entre as pessoas jurídicas e as penas privativas de liberdade" (Luiz Vicente Cernicchiaro & Paulo José da Costa Jr., op. cit., ibidem).

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

(19) A adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica respeita o princípio da legalidade (art. 5.°, XXXIX, da Constituição Federal de 1988: *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*).

de infração administrativa são equivalentes, no que diz respeito aos valores máximos, é grande a disparidade: a multa penal máxima não atinge o patamar de 1/70 do valor da multa administrativa máxima.[20] Cumpre, também, destacar que a multa penal é, nos termos do art. 49, "caput", do Código Penal, destinada ao Fundo Penitenciário, ao passo que a multa por infração administrativa deverá ser revertida ao Fundo Nacional do Meio Ambiente (Lei 7.797/89), ao Fundo Naval (Decreto 20.923/32), a fundos estaduais ou municipais de meio ambiente, ou correlatos, conforme dispuser o órgão arrecadador.[21]

Conclui-se que a multa, na esfera penal, representa apenas um *plus* à sanção moral representada pela própria condenação criminal. Não é, portanto, desarrazoada a disparidade dos valores máximos das duas modalidades de multa – a sanção penal e a sanção administrativa – já que inteiramente distintas são as suas destinações. Ademais, não se deve esquecer que o pagamento destas multas não desobriga o poluidor do pagamento de indenização civil.

Ressalte-se ainda que "a penalidade administrativa não está condicionada ao prévio pronunciamento da instância criminal".[22] Mesmo porque, não sentenciando o Judiciário, seja em virtude da inexistência do fato, da negação da autoria ou do reconhecimento de excludente, esta eventual absolvição criminal não terá repercussão na esfera administrativa.[23] Dessarte, podem cumular-se cominações de sanção penal, sanção administrativa e indenização civil por um mesmo fato. A absolvição no âmbito da Justiça Criminal não gera necessariamente efeitos na esfera administrativa pois a configuração de infração administrativa independe da exigida tipicidade penal.

As penas restritivas de direitos das pessoas jurídicas são, nos termos do art. 22 da Lei 9.605/98, a suspensão parcial ou total de atividades, a interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade e a proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. A nova lei elenca também a pena de prestação de serviços à comunidade, através do custeio de programas e de projetos ambientais, da execução de obras de recuperação de áreas degradadas, da manutenção de espaços públicos e das contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas, que correspondem a sanções penais cuja finalidade é a integração de valores ambientais nas condutas e atividades das pessoas jurídicas.

(20) Na data da elaboração deste artigo (maio de 1998) observa-se a seguinte situação: com base no disposto no art. 49, "caput" e § 1.º, do Código Penal (com a redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984) e no art. 18 do Código Penal, tomando-se por base o salário-mínimo vigente no mês de maio de 1998 (R$ 130,00), a pena mínima de multa será de R$ 43,33, isto é o equivalente a dez dias-multa mínimos (R$ 4,33) multiplicados por um trigésimo do salário mínimo; a pena máxima, por seu turno, será de R$ 702.000,00, valor obtido a partir da multiplicação do valor de R$ 650,00, equivalentes a cinco vezes o salário mínimo – dia-multa máxino – § 1.º do art. 49 do Código Penal) por 360 (parte final do "caput" do art. 49 do Código Penal), alcançando-se aqui a cifra de R$ 234.000,00, que por seu turno poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida (art. 18 da Lei 9.605/98), hipótese em que atingiremos o valor de R$ 702.000,00. A multa aplicável em decorrência de infração administrativa, por seu turno, está prevista no art. 75 da Lei 9.605/98, sendo, no mínimo, de R$ 50,00 e, no máximo, de R$ 50.000.000,00.

(21) Art. 73 da Lei 9.605/98.

(22) STF, in RDA n. 126, p. 77.

(23) STF, in RDA n. 183, p. 77.

Realizadas estas análises, passa-se a estudar quais foram as soluções apontadas pelo direito francês.

2.3 Direito francês

O novo Código Penal francês prevê a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em seu art. 121-2, que assim dispõe: "As pessoas jurídicas, à exclusão do Estado, são responsáveis penalmente, de acordo com as distinções dos arts. 121-4 a 121-7 e nos casos previstos pela lei ou pelo regulamento, das infrações cometidas, por sua conta, por seus órgãos ou representantes" (alínea 1). "Todavia, as coletividades territoriais somente são consideradas responsáveis penalmente das infrações cometidas no exercício de atividades susceptíveis de serem objeto de convenção de delegação de serviço público" (alínea 2). "A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui aquela das pessoas físicas, autoras ou co-autoras dos mesmos fatos" (alínea 3).[24]

Há a exclusão do Estado do campo de aplicação da responsabilidade penal às pessoas jurídicas. Admite-se a responsabilização penal das coletividades territoriais,[25] tais como, as comunas, os departamentos, as regiões e os sindicatos de comunas, quando estas desempenhem atividades que não suponham o exercício de poderes públicos – *puissance publique*. Trata-se, por exemplo, de atividades como os transportes coletivos, a iluminação pública, a distribuição de água potável, a coleta de lixo, entre outras, atividades estas que não supõem o próprio exercício das prerrogativas de *puissance publique*.[26] Na verdade, o legislador francês, ao admitir a igualdade entre uma coletividade territorial que assume diretamente um serviço e a empresa privada, à qual teria sido concedido este serviço, em nenhum momento observou os limites impostos ao próprio princípio constitucional de igualdade "que proíbe somente as discriminações injustificáveis, quer dizer, particularmente aquelas que não têm como fundamento uma diferença objetiva de situações".[27] Ora vejamos, esta diferença existe, mas "(...) o legislador quis ignorar esta diferença: ele tratou as pessoas jurídicas de direito público como se, realizando suas funções, elas exercessem direitos subjetivos visando seu próprio interesse e seu próprio benefício, como o fazem em princípio as pessoas jurídicas de direito privado, ainda que estas pessoas públicas não exerçam direitos em sentido próprio, mas simplesmente *funções* e *competências* visando um interesse geral de outra maneira chamados de 'poderes-deveres' (...)"[28] com um objetivo determinado.

(24) *"Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leus organes ou représentantes" (al.1). "Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupement ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public" (al. 2). "La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits" (al. 3).*

(25) De acordo com o art. 72 da Constituição francesa de 04.10.1958, as coletividades territoriais da República são as *communes* (comunas, equivalentes aos nossos municípios), os *départements* (departamentos metropolitanos et de ultramar) e os *territoires d'outre-mer* (territórios de ultramar). Apenas a lei pode criar outras coletividades territoriais.

(26) Frédéric Desportes. Ob. cit., p. 94.

(27) Etienne Picard *La responsabilité des personnes morales de droit public, fondements et champ d'application, Revue Sociétés*, 1993. p. 272-273.

(28) Etienne Picard, idem, p. 273.

Esta norma geral, da responsabilidade penal da pessoa jurídica, aplica-se às infrações previstas no Código Penal francês, bem como àquelas que figurem em legislação especial, quando dispositivo legal específico assim o determinar. No âmbito da legislação ambiental, por exemplo, as seguintes leis prevêem a responsabilidade penal da pessoa jurídica:[29] a lei de 15.07.1975 relativa ao lixo, a lei de 19.07.1976 relativa às atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras, a lei de 03.01.1992 relativa à água, a lei de 30.12.1996 sobre o ar e a utilização racional de energia, e o art. L232-2 do Código Rural. O art. 40, alínea 1, da lei sobre o ar e a utilização racional da energia prevê que "as pessoas jurídicas podem ser declaradas penalmente responsáveis nas condições previstas no art. 121-2 do Código Penal, das infrações aos dispositivos da presente lei, como também aos dispositivos adotados para sua aplicação".[30] As alíneas seguintes dispõem sobre as penas aplicáveis, como por exemplo, a multa, a proibição de emitir cheques, a proibição de participar de licitações, a interdição definitiva ou temporária do estabelecimento.

Realizadas estas considerações, dirimidas as questões preliminares quanto à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, estudar-se-á o sujeito ativo e a co-autoria, enfatizando-se as dificuldades e a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica de Direito Público.

(29) Um artigo referente à responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi introduzido nas leis: de 15.07.1975, de 19.07.1976 e de 03.01.1992, pela lei de adaptação de 16.12.1992, entrando em vigor 1.°.03.1994.

(30) Art. 40, al. 1 *"les personnes morales peuvent être déclarées responsables dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal des infractions aux dispositions de la présente loi et à celles prises pour son application"*.

3. Sujeito ativo

O art. 3.° da Lei 9.605, de 12.02.1998, estabelece que "as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade". A pessoa jurídica é elencada como sujeito ativo de infração penal ambiental e como tal pode ser responsabilizada penalmente.

Neste tópico serão analisadas a definição de pessoa jurídica e as especificidades que envolvem as pessoas jurídicas de Direito Público interno.

3.1 Pessoa jurídica: definição

As pessoas jurídicas, também chamadas *pessoas morais* (no direito francês) e *pessoas coletivas* (no direito português) "podem ser definidas como associações ou instituições formadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direitos".[31] Tenha-se sempre em mente o caráter finalístico desta definição: *instituições constituídas para a realização de um fim.*

Não estão abrangidas pela regra do art. 3.° da Lei 9.605/98, as pessoas formais, entidades sem personalidade jurídica, tais como, a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio, as sociedades sem personalidade jurídica e o condomínio.[32] Apesar de terem capacidade para ser parte no processo civil, o direito brasileiro não lhes confere a personalidade jurídica, o que as exclui do campo de aplicação do art. 3.° da Lei 9.605/98, que

(31) Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil – Parte Geral.* São Paulo : Saraiva, 1984. p. 96.

(32) Incisos III, IV, V, VII e IX do art. 12 do Código de Processo Civil.

tratas das pessoas físicas e jurídicas, sujeitos de direitos.

As pessoas jurídicas classificam-se de acordo com a sua natureza, constituição e finalidades, em pessoas jurídicas de Direito Público [33] (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e pessoas jurídicas de Direito Privado (sociedades civis, sociedades comerciais e fundações).

3.2 Pessoas jurídicas de direito público

A questão que se coloca é se existiriam novos óbices, diferentes daqueles tradicionalmente apontados quanto à responsabilização das pessoas de Direito Privado, em eventual imputação de responsabilidade criminal às pessoas jurídicas de Direito Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações públicas).[35]

Uma análise específica é oportuna, no que tange à pessoa jurídica de direito público, a sua necessária sujeição ao princípio da legalidade, o caráter estigmatizante da condenação criminal e a inadequação das penas a estas pessoas.

3.2.1 Sujeição ao princípio da legalidade

Ao interpretar a relação entre a ação administrativa e a norma jurídica é necessário adotar-se uma determinada concepção do que possa significar o Estado e, conseqüentemente, quais seriam os seus limites e os métodos que a lei determina que adote para alcançar a sua *finalidade*. O Estado tem o dever de seguir e de realizar a norma jurídica, sendo que a exegese da norma deve orientar-se no sentido de possibilitar a satisfação do interesse coletivo. No confronto de qualquer sujeito (pessoa física ou jurídica), que não seja o Estado, a lei representa sempre uma vontade superior, externa a eles: uma vontade transcendente; ao contrário, para o Estado que age na consecução de seus fins, a lei é sua vontade interna, uma vontade imanente: a sua própria vontade. A administração pública não é um sujeito distinto do Estado, mas é o próprio Estado em ação para alcançar seus fins.[36] Nem por isto se contrasta a opinião comum, segundo a qual a atividade administrativa é função fundamental de vontade. No Estado atual, onde os fins da Administração vêm estabelecidos pelo Direito, as atividades para a sua consecução não podem ser outras senão aquelas que o direito descreve ou consente.

(33) Dadas as inúmeras implicações que o exame da matéria traria, inclusive sob a perspectiva do Direito Internacional Público, não analisaremos aqui as pessoas jurídicas de Direito Público externo (as nações estrangeiras e os organismos internacionais – ONU, OIT, OMS, OEA etc.).

(34) O direito francês adota a seguinte posição em relação à responsabilidade penal: esta aplica-se igualmente às pessoas jurídicas de Direito Público, com exceção do Estado. "Esta regra comporta um temperamento em favor das coletividades locais e de seus agrupamentos que só podem responder em justiça se em razão de infrações no exercício de atividades susceptíveis de serem objeto de delegação do serviço público". "Cette règle comporte un tempérament en faveur des collectivités locales et de leur groupements qui ne peuvent pas être poursuivis qu'à raison d'infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de délégations de service public" Dominique Guihal Droit répressif de l'environnement. Paris : Economica, 1997. p. 93-94.

(35) "Uma vez que as fundações públicas são pessoas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa, resulta que são autarquias e que, pois, todo o regime dantes exposto, como o concernente às entidades autárquicas, aplica-se-lhes integralmente" (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 87).

(36) Guido Zanobini. *Scritti Vari di Diritto Pubblico*. Milano : Giuffrè Editore, 1955. p. 203-8 e 214-8.

Considerando que um crime venha a ser cometido pelo Estado, a primeira questão que deverá ser solucionada concerne à sua conformação aos termos do art. 3.º da Lei 9.605/98, que apenas admite a responsabilidade penal e administrativa se a infração for cometida "por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

Não haveria aqui uma abertura para responsabilizar a pessoa jurídica de Direito Público, uma vez que entidade também é pessoa jurídica de Direito Público? Se aceitar-se que o termo "entidade" abarca conceitos complexos como a União, o Estado, do Distrito Federal ou o Município, dever-se-á perquirir-se se será possível a consecução do interesse estatal, ou do interesse público, a partir do cometimento de uma infração.

Esta contradição se evidencia à luz dos princípios do Direito Administrativo. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: "na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela".[37] A expressão-chave, aqui, é "interesse ou benefício da sua entidade". Não basta, para o deslinde da questão, conseqüentemente, apenas determinar o alcance do termo "entidade", mas, também, perquirir se o Estado [38] poderia beneficiar-se com o cometimento de um crime. Afirmar esta possibilidade será negar o próprio Estado Democrático de Direito.

3.2.2 Caráter estigmatizante da sanção penal imposta às pessoas jurídicas [39]

Algumas contradições surgem na responsabilização penal da União e dos Estados, enquanto pessoas jurídicas de Direito Público interno. Uma delas diz respeito a função jurisdicional do Estado.

Uma ação penal proposta em face da União Federal haveria de tramitar junto à Justiça Federal. Ocorre que a União – o Estado Federal – não é, apenas, o seu Poder Executivo. O Estado é formado pelos três poderes. Como, então, pensar no Estado-Juiz julgando criminalmente responsável a União Federal (o Estado Federal, constituído pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário)? Concluir pela admissibilidade de um juiz condenando criminalmente a União Federal, será a rigor afirmar que este Magistrado passará a integrar um órgão de um Estado criminoso.

Poder-se-á argumentar que esta objeção é despicienda, vez que a Justiça Federal rotineiramente condena a União em ações cíveis, da mesma forma que o fazem os Tribunais de Justiça com relação aos Estados e Municípios, sem que esta realidade possa ser apontada como contradição do sistema.

Com efeito, até mesmo à luz da teoria do monismo jurídico, esta situação é assimilada, razão pela qual nenhuma objeção se põe à persistência da responsabilidade civil do Estado por dano ambiental. Tratando do tema sob uma perspectiva mais ampla, afirma Hans Kelsen: "apesar de nenhum delito, no sentido do Direito nacional, poder ser imputado ao

(37) Celso Antônio Bandeira de Mello. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 24.

(38) O termo "Estado" será utilizado em seu sentido lato, de pessoa jurídica de Direito Público interno: as entidades que integram a República Federativa do Brasil.

(39) O conteúdo principal da sanção penal de uma pessoa jurídica de Direito Público seria ético – os menores valores das multas na esfera penal são indicativos da diferente natureza entre sanção penal, sanção administrativa e indenização civil.

Estado, o Estado pode, contudo, ser obrigado a reparar o dano que consiste no não-cumprimento de sua obrigação. Isso significa que um órgão do Estado é obrigado a anular o ato antijurídico cometido por um indivíduo que, como órgão do Estado, era obrigado a cumprir a obrigação do Estado mas não o fez, a punir esse indivíduo e a reparar com o patrimônio do Estado o dano antijuridicamente causado".[40]

Atente-se que não se aponta impossibilidade alguma sob a perspectiva processual mas, tão-somente, enfatiza-se o conteúdo preponderantemente estigmatizante da sanção penal. Não é possível conceber "que o Estado possa ser ele mesmo delinqüente quando é ele que, guardião da paz pública, detém o monopólio do exercício da repressão em nome da sociedade. Reconhecer sua responsabilidade será portanto ao mesmo tempo incoerente e perigoso".[41]

3.2.3 Inadequação das penas às pessoas jurídicas de Direito Público

Um terceiro obstáculo de ordem prática, que estabelece a impossibilidade de ser a pessoa jurídica de Direito Público responsabilizada criminalmente por conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, diz respeito a aplicação da pena.

Em muitos casos a imposição de multa ao Estado reverteria ao próprio Estado, não constituindo, na verdade, sanção penal alguma mas simples remanejamento de créditos orçamentários.

No que diz respeito às penas restritivas de direitos elencadas na lei, haveria a impossibilidade da suspensão parcial ou total de atividades, pois as pessoas jurídicas de Direito Público devem obediência ao princípio da continuidade do serviço público.

Por idênticos motivos, seria igualmente impensável a interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade.[42] A aplicação de tais sanções penais ao Estado – aqui abrangida a Administração Direta, a autárquica e a fundacional –, ainda que factível fosse, não poderia ser realizada sem prejuízo para a própria população.

Outro grande paradoxo estaria no inc. III do art. 22 da Lei 9.605/98, que trata da proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. Esta é a maior evidência no texto legal no sentido de que nunca se pensou na responsabilização criminal das pessoas jurídicas de Direito Público. Mais uma vez é flagrante a impossibilidade de aplicação de uma sanção às pessoas jurídicas de direito público, visto que o Poder Público não contrata com ele mesmo. Diante da hipótese de celebração de um contrato entre Município e Estado, Estado e União ou Município e União, a idéia de uma eventual proibição de contratar seria insensata, pois afrontaria o princípio federativo e o interesse geral da população. Destaque-se que "se a pena é o mal da sanção oposto ao mal do crime, se é retribuição de um mal por outro, é evidente que deve recair sobre quem praticou aquele mal e

(40) Hans Kelsen. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo : Martins Fontes, 1992. p. 200.

(41) F. Desportes. Op. cit., p. 94.

(42) O que significaria a interdição de um município? Ou a interdição da União? A interdição de uma atividade lesiva ao meio ambiente que venha sendo realizada por pessoa jurídica de Direito Público é, evidentemente, possível, mas isto constitui objeto de ação civil – obrigação de fazer ou de não-fazer. Neste caso, seria de todo inadequado buscar pela morosa via do processo penal algo que, para uma efetiva proteção do meio ambiente, poderia ser rapidamente obtido através de pedido liminar em ação civil pública.

somente sobre ele".[43] Punir um Estado com a proibição de firmar um convênio com a União Federal ou com Municípios seria, quiçá, punir também a própria União Federal e o Municípios. Haveria grave afronta ao princípio da individualização da pena e a própria coletividade estaria sendo sancionada.[44]

Partindo da premissa contrária, de que é possível responsabilizar-se criminalmente a pessoa jurídica de Direito Público, a única pena aplicável seria a prestação de serviços à comunidade: o custeio de programas e projetos ambientais, a execução de obras de recuperação de áreas degradadas, a manutenção de espaços públicos e, a realização de contribuições e entidades ambientais ou culturais públicas.

Entretanto, o art. 225, § 1.º, da Constituição Federal, determina expressamente que incumbe ao Poder Público *preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas* (inc. I). Ora, a restauração de processos ecológicos essenciais se dá exatamente pela execução de obras de recuperação de áreas degradadas. Da mesma forma, estabelece o texto constitucional o dever de *proteger a fauna e a flora* (inc. VII), o que somente se dará com o custeio de programas e projetos ambientais. A manutenção de espaços públicos, por outro lado, se realiza através de uma política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, consoante o disposto no art. 182 da Carta Republicana.

Na realidade, somente uma visão extremamente míope de cidadania é que faria enxergar estes deveres estatais – deveres incumbidos aos Poderes Públicos[45] através de previsão constitucional expressa, clara e inequívoca – como "sanções penais".

3.2.4 Atendimento ao interesse público

Ressalte-se desde logo que o tratamento diferenciado que se dá às pessoas jurídicas de Direito Público não decorre de eventual tentativa de *privilegiá-las* no confronto com o particular, mas da sua finalidade legal, que é a execução da lei e o atendimento pleno do interesse público.

A União, os Estados, o Distrito Federal e o Municípios têm, nos termos do art. 23 da Carta de 1988, o dever de zelar pela preservação do meio ambiente natural (incisos VI, VII e XI), cultural (incisos III, IV e V), rural e urbano (incisos VI, VIII, IX e XII) e do trabalho (incisos II e VI). O mesmo se diga das fundações públicas e das autarquias, consideradas pessoas exclusivamente administrativas e que, apesar de poderem titularizar interesses jurídicos – já que são dotadas de personalidade jurídica – estão, por força

(43) E. Magalhães Noronha. *Direito Penal – Volume 1 – Introdução e Parte Geral*. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 219.

(44) Bem demonstra o Prof. E. Picard que "(...) a coletividade, buscando punir as pessoas jurídicas de Direito Público, se pune em realidade a ela mesma (...)" ob. cit., p. 273.

(45) O Estado tem o poder-dever de realizar as metas do art. 225 da Constituição Federal. Dispõe, inclusive, de legitimação processual ativa para a propositura de ações civis públicas ambientais. Caso não venha a exercer as prerrogativas de que o Estado dispõe em sua plenitude, estará o agente público infringindo o princípio da legalidade. Sobre o tema, leia-se Guilherme José Purvin de Figueiredo, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e Gisele Beltrame Stucchi. *As Procuradorias de Estado e do Distrito Federal e a Defesa do Meio Ambiente enquanto Interesse Público,* in Série Eventos n. 5 – XX Congresso Nacional de Procuradores do Estado – Fortaleza/94 – Teses de São Paulo. Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 1995.

da lei que as criou, submetidas ao estrito cumprimento dos fins que o texto legal estabeleceu.

Inteiramente acertada, portanto, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que "*as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização.* Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental".[46]

Adequado, neste ponto, meditar a respeito do art. 5.°, LXXIII, da Constituição Federal, que legitima qualquer cidadão para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Nesta modalidade de ação, "...tais entidades, conquanto rés, podem, ao mesmo tempo da resposta, beneficiar do tríplice alvitre que lhe assegurou o legislador, optando entre *contestar, omitir-se* ou *assistir o autor* (art. 6.°, § 3.°, da Lei 4.717/65); e, mesmo tendo contestado, podem, em seu favor, executar a sentença que venha a julgar procedente a ação (Lei 4.717/65, art. 17)".[47] Jungidos ao princípio da legalidade, devem os Advogados Públicos – Advogados da União, Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Procuradores do Município, assim como os Procuradores Autárquicos – estar dotados de instrumentos legais adequados para a promoção da defesa do Estado, *e só do Estado*, jamais dos atos ilegais cometidos pelo agente político.[48]

Enfim, por todos os motivos aqui elencados, constata-se que as pessoas jurídicas de Direito Público interno devem ser excluídas do campo de aplicação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

4. Co-autoria

Ensina E. Magalhães Noronha que "autor é o agente que (...) executa a ação descrita pelo verbo contido na figura típica delitiva: o que 'subtrai', 'seqüestra', 'mata', 'induz' etc. Quando a execução é praticada por duas ou mais pessoas, em cooperação e conscientemente, temos a co-autoria, como, a título de exemplo, ocorre quando dois ou mais agentes agridem simultaneamente a mesma vítima. Note-se que, na co-autoria,

(46) Celso Antônio Bandeira de Mello. Ob. cit., p. 24.

(47) Rodolfo de Camargo Mancuso. *Ação Popular.* São Paulo : RT, 1996. p. 162.

(48) Por idênticas razões, na tese "Ação Civil Pública para a Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – Paralelos com a Ação Popular – Legitimação '*ad causam*' do Estado", apresentada por Guilherme José Purvin de Figueiredo e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer no XXIII Congresso Brasileiro de Procuradores de Estado, foi proposta a inserção de um § 7.° no art. 5.° e de um § único no art. 15, ambos da Lei 7.347/85, com o seguinte teor: "Art. 5.° (...) – § 7.°. Nas ações civis públicas que tenham por objeto a anulação ou declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, a pessoa jurídica de Direito Público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. Art. 15 (...). Parágrafo único – Nas ações civis públicas referidas no art. 5.°, § 7.°, desta Lei, será sempre permitido à pessoa jurídica de Direito Público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, ainda que haja contestado a ação, promover, em qualquer tempo, e no que a beneficiar, a execução da sentença contra os demais réus" (Livro de Teses do XXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado – São Luis/MA, Novembro de 1997, p. 378-9).

não há necessidade do mesmo comportamento por parte de todos, podendo haver a divisão quanto aos atos executivos. No roubo, um agente vigia, o outro ameaça e o terceiro despoja".[49]

4.1 Diferentes modalidades de co-autoria

É possível distinguir na Lei 9.605/98 três modalidades de co-autoria: uma primeira, entre uma ou mais pessoas jurídicas e uma ou mais pessoas físicas; uma segunda, entre duas ou mais pessoas jurídicas; e uma terceira, entre duas ou mais pessoas físicas.

O parágrafo único do art. 3.º da lei em estudo dispõe que "*A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato*". Ressalte-se que fala-se em fato e não em ato ou conduta.

É certo que as infrações imputáveis às pessoas jurídicas, ou seja, seus atos antijurídicos, só poderão ser concretizados por pessoas físicas. Não se pode, porém, dizer que sempre que houver responsabilidade penal da pessoa jurídica haverá instantaneamente responsabilidade da pessoa física que tenha externalizado a conduta.[50] Em outras palavras, a pessoa física (por exemplo, um funcionário) poderá simplesmente realizar um ato em virtude de uma delegação de poderes, sem ter participado da decisão e, às vezes, sem ter qualquer idéia de que seu gesto resultará no desencadeamento de um dano ambiental que esteja tipificado como crime. Não há co-autoria necessária entre esse agente individual e a coletividade formadora da pessoa jurídica. Em outras palavras, prevalece a regra do art. 29 do Código Penal: quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, *na medida de sua culpabilidade*. Inexistente culpa ou dolo da pessoa física, não haverá que se falar em co-autoria. Interpretação diversa conduziria à tese da responsabilidade penal objetiva.

Sem prejuízo do que foi dito acima, é importante destacar que a responsabilidade penal dos *dirigentes* da pessoa jurídica deve ocupar limites justos. Ela não deve ser eximida ou atenuada pelo advento da responsabilidade penal da pessoa jurídica ou da inaplicabilidade da responsabilidade penal à pessoa jurídica de Direito Público. A responsabilidade penal da pessoa jurídica "não deve permitir nenhuma diluição de responsabilidades. Mas ela não deve tornar-se para tanto exclusivamente uma fonte de agravação da repressão ou uma solução de facilidade dispersando de toda pesquisa rigorosa as responsabilidades individuais".[51]

(49) E. Magalhães Noronha. Ob. cit., p. 205.

(50) Sérgio Salomão Shecaira sustenta a seguinte posição: "A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato, o que demonstra a adoção do sistema da dupla imputação. Através deste, a punição de um agente (individual ou coletivo) não permite deixar de lado a persecução daquele que concorreu para a realização do crime. Consagrou-se, pois, a teoria da co-autoria necessária entre agente individual e coletividade. A empresa – por si mesma – não comete atos delituosos. Ela o faz através de alguém, objetivamente uma pessoa natural. Sempre através do homem é que o ato delituoso é praticado. Se se considerar que só haverá persecução penal contra a pessoa jurídica, se o ato for praticado em benefício da empresa por pessoa natural estreitamente ligada à pessoa jurídica, e com a ajuda do poderio desta última, não se deixará de verificar a existência de um concurso de pessoas" (*A Responsabilidade das Pessoas Jurídicas e os delitos Ambientais*, in Boletim IBCCrim n. 65 – Edição Especial – Abril/1998, p. 3).

(51) "...ne doit permettre aucune dilution des responsabilités. Mais elle ne doit pas devenir

Em relação à co-autoria de pessoas jurídicas, é possível que no caso de crime ambiental cometido por duas empresas, ambas respondam penalmente dependendo para tanto da apuração das respectivas responsabilidades. Todavia, pelas mesmas razões expostas anteriormente, não é possível co-autoria entre uma pessoa jurídica de Direito Público e uma de Direito Privado. O cometimento de um crime de natureza ambiental por uma empresa privada que, digamos, tenha vencido uma licitação, poderá se dar em co-autoria com o agente público, mas não com o Estado.

4.2 Agente público

Uma derradeira reflexão é necessária: se não há como responsabilizar penalmente o Estado, seria possível fazê-lo com o agente público?

De acordo com a sintética e precisa definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta".[52] A autora elenca três diferentes categorias de agentes públicos:[53] 1) agentes políticos; 2) servidores públicos; e 3) particulares em colaboração com o poder público.[54] Ressalte-se que no exercício de suas funções o agente público deve obediência irrestrita às normas de Direito Público. Agente Público, é pessoa física, e em princípio é plenamente possível a sua responsabilização penal.[55]

pour autant exclusivement une source d'aggravation de la répression ou une solution de facilité dispersant de toute recherche rigoureuse des responsabilités individuelles". F. Desportes, op. cit., p. 106.

(52) Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo.* São Paulo, Atlas, 1997. p. 357.

(53) Diógenes Gasparini, em sua obra *Direito Administrativo* (São Paulo : Saraiva, 1992. p. 41-2), assevera que agentes públicos são "todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade. A noção alcança, em razão de sua abrangência, o Presidente da República, os Governadores dos Estados-Membros e do Distrito Federal, os Prefeitos, os Ministros, os Secretários de Estado e Município, os Senadores, os Deputados Estaduais e Federais, os Vereadores, os servidores públicos civis (da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública), os servidores governamentais (das sociedades de economia mista, empresa pública e fundações privadas), os delegados de serviços públicos (concessionários, permissionários e autorizatários), os requisitados (mesários, escrutinadores e jurados), os temporários (admitidos nos termos do inc. IX do art. 37 da CF), os gestores de negócios públicos (os que assumem o serviço público em razão do abandono de seus responsáveis) e os delegados de função ou ofício público (tabeliães, titulares de serventias públicas, diretores de faculdades). Em resumo, a noção abarca todos os que desempenham função pública e, por certo, enquanto a desempenham, independentemente da forma de investidura e da natureza da vinculação que os prende à Administração Pública, se existir algum liame". Todavia, não nos parece correto incluir as pessoas jurídicas no conceito de agentes públicos.

(54) Não trataremos, dentro dos limites a que nos impusemos neste trabalho, dos chamados colaboradores do poder público (*v.g.* concessionárias de serviço público), eis que estas não integram a Administração Pública, seja a direta ou indireta, nem tampouco da respectiva categoria de agentes. Também excluímos deste estudo as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, cujo regime jurídico peculiar merece uma análise bastante cuidadosa acerca de sua eventual responsabilidade penal.

(55) Dizemos "em princípio" porque não podemos nos olvidar de alguns entraves constitucionais que envolvem a responsabilidade penal de determinados agentes políticos. A acusação do Presidente da República dependerá do cumprimento das regras fixadas

O representante de uma autarquia ou de uma fundação pública que descumpre lei, que se afasta do princípio da legalidade, não está mais agindo na qualidade de agente público, de representante da entidade da administração indireta. Se, servindo-se dessa qualidade de agente público, utilizar-se de suas prerrogativas para o cometimento de um crime, deverá responder individualmente, na esfera administrativa, civil [56] e penal. Em outras palavras, se eventualmente um agente público comete um delito ambiental por razões de ordem pessoal – seja para obtenção de vantagem pessoal direta ou indireta –, ele será responsabilizado criminalmente, verificando-se os limites de sua responsabilidade.[57]

Observe-se que, aqui, não se trata da aplicação do parágrafo único do art. 3.º da Lei 9.065/98. Não! Este dispositivo prevê a responsabilidade de pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato praticado pela pessoa jurídica. Em realidade, busca-se demonstrar que o cometimento de um crime de natureza ambiental por qualquer cidadão, seja ele agente público ou não, é susceptível de punição, nos termos do novo diploma legal.

Imagine-se um hospital público integrante da Administração Direta Estadual que coloque à venda um produto perigoso à saúde pública, cuja comercialização é proibida em seu país de origem. Estará aqui claramente tipificado o crime previsto no art. 57 da Lei 9.605/98. Não será, porém, o fato do Estado não poder ser penalmente responsável pelo delito cometido que impedirá a identificação do agente público responsável pelo seu cometimento. Penalmente responsável, portanto, será, nesta situação, a pessoa física que consumou o crime, assim como o diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixou de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. Se, por outro lado, o agente público retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou o pratica contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse pessoal, estará também incidindo nas penas do art. 319 do Código Penal.

O não cumprimento do mandamento constitucional do art. 225 e a conseqüente ofensa aos crimes dispostos na nova lei, deve acarretar a responsabilização, se for o caso, tanto dos dirigentes das enti-

no art. 86 da Constituição Federal. O processo criminal dos deputados e senadores dependerá de prévia licença de sua casa (CF, art. 53, § 1.º). A acusação contra o Govemador dependerá de autorização da Assembléia Legislativa.

(56) O § 6.º do art. 37, como já mencionamos anteriormente, dispõe sobre a responsabilidade civil objetiva do Estado, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. O direito de regresso é possível apenas no campo da responsabilidade civil. No campo da responsabilidade penal o agente público responde individualmente pela ofensa causada ao meio ambiente.

(57) Efetivamente, na França, tanto os eleitos quanto os dirigentes empresariais respondem penalmente pelos danos causados ao meio ambiente desde que "informados de um mau funcionamento ou de um risco ao meio ambiente, eles não tenham realizado nada para remediá-lo. Em sentido contrário, quando o dirigente empresarial ou o chefe do executivo local possa demonstrar, seja que lhe foi dissimulado o problema, seja que ele tenha tomado todas as medidas em seu poder para evitar o dano ao meio ambiente, sua responsabilidade não será invocada" Jacques Kluger & Jacques Colonna d'Istria *De la culpabilité à la responsabilité,* Droit de l'environnement, n. 54, déc. 1997. p. 15.

dades autárquicas e fundacionais quanto do chefe do Poder Executivo, dos membros de seu Ministério ou Secretariado.

Se por um lado, o proprietário ou dirigente de uma pessoa jurídica de Direito Privado experimenta concretamente um prejuízo financeiro se a sua empresa for punida com multa, suspensão parcial ou total de atividades, interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade, ou ainda proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, em caso de crime ambiental, por outro lado, o mesmo não ocorrerá com o agente político que, eventualmente no poder, conduzir-se da mesma maneira. Condenações judiciais do Estado não impediram as sucessivas reeleições em nosso país de políticos que ao longo da história deram mostras de total indiferença com os cofres públicos e profunda generosidade para com os representantes do poder econômico que os elegeram. Todavia, o mesmo não se dá quando a imputação da responsabilidade recai, civil, penal, administrativa ou politicamente, sobre o mau administrador da *res publica*.

É necessário que sejam identificadas as responsabilidades, relacionadas às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. No caso de um prefeito, por exemplo, que degrade o meio ambiente, incentivando a abertura de uma estrada no interior de um Parque Nacional é imprescindível perseguir tanto a reparação pecuniária dos prejuízos eventualmente causados pela sua responsabilização civil decorrente dos danos ambientais que provocou, quanto a sua responsabilização individual penal na medida de sua culpabilidade, se materialmente concorreu para a realização do fato em questão. Cabe igualmente apurar sua responsabilidade política, sendo o *impeachment* o instrumento jurídico adequado. Seria ingenuidade buscar a socialização dos prejuízos com a condenação do Estado – leia-se: do patrimônio público –, vítima de um contínuo processo de sucateamento que o torna cada vez mais inoperante.

5. Conclusão

No âmbito da tutela dos bens ambientais a inserção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas constitui um avanço inegável na evolução do Direito Penal, estando plenamente amparada pela Constituição da República Federativa do Brasil. Responsabilizar penalmente a pessoa jurídica representa adotar meios eficazes para proteger a sociedade e o meio ambiente. Representa também uma vontade do legislador brasileiro de reeducar os principais responsáveis pela degradação ambiental. As pessoas jurídicas podem e devem participar da preservação e da proteção ambiental, através da inserção de valores ambientais em seu próprio gerenciamento e da adoção das normas ISO 14000.

No campo de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica há, entretanto, uma exceção: as pessoas jurídicas de Direito Público. Não é possível responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas de Direito Público sem risco de desmoronamento de todos os princípios basilares de Direito Administrativo e dos próprios valores do Estado Democrático de Direito, considerando que o cometimento de um crime jamais poderia beneficiar as pessoas jurídicas de Direito Público e que as penas impostas às pessoas jurídicas de Direito Público, ou seriam inócuas, ou então, se executadas, prejudicariam diretamente a própria comunidade beneficiária do serviço público.

Não obstante a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica de Direito Público (ou, talvez, justamente por esse motivo), é impositivo que, na hipótese de configuração de crime tipificado pela Lei 9.605/98, seja

feita a identificação e responsabilização dos agentes públicos, pessoas físicas, que o cometeram, buscando-se, simultaneamente a reparação do dano na esfera cível, pela pessoa jurídica de Direito Público, com fundamento no disposto no art. 37, § 6.º, da Constituição da República.

À construção da cidadania interessa não a imposição de sanção penal a pessoa jurídica de Direito Público, mas a adoção de uma política ambiental congruente com o disposto no art. 225 da Constituição Federal.

Com base no exposto, podemos concluir que:

1 – A responsabilidade penal da pessoa jurídica é possível, está plenamente amparada pela Constituição da República Federativa do Brasil e constitui um avanço inegável na evolução do Direito Penal.

2 – Admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica de Direito Público seria, porém, ir contra os princípios basilares de Direito Administrativo e dos próprios valores do Estado Democrático de Direito, uma vez que:

a) o cometimento de um crime jamais poderia beneficiar as Pessoas Jurídicas de Direito Público;

b) as penas impostas às pessoas jurídicas de Direito Público, ou seriam inócuas, ou então, se executadas, prejudicariam diretamente a própria comunidade beneficiária do serviço público.

3 – O campo de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica não engloba, portanto, a pessoa jurídica de Direito Público.

4 – Não obstante a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica de Direito Público, é impositivo que:

a) na hipótese de configuração de crime tipificado pela Lei 9.605/98, seja feita a identificação e responsabilização dos agentes públicos, pessoas físicas, que o cometeram;

b) busque-se simultaneamente a reparação do dano na esfera cível, pela pessoa jurídica de Direito Público, com fundamento no disposto no art. 37, § 6.º, da Constituição da República, bem como a subseqüente recomposição do patrimônio público com o ajuizamento de ação regressiva em face dos agentes públicos responsáveis pelo ato lesivo ao meio ambiente.

Bibliografia

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires : Bosch, Casa Editorial, 1970. t. I.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed., atualizada, Rio de Janeiro : Forense, 1991. p. 436.

BERGER, Gilda Pereira de Carvalho. *O Direito Penal e a Proteção do Meio Ambiente*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, : 1992. p. 80.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente & COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed., rev. e ampl., São Paulo : Ed. RT, 1995. p. 286.

DESPORTES, Frédéric. *La responsabilité pénale des personnes morales en droit français*, in Cahiers Juridiques d'Eléctricité et du Gaz, n. 519, mars 1996. p. 93-106.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo : Ed. Atlas, 1997. p. 566.

DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 11, 1995.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de & PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Ação Civil Pública para a Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – Paralelos com a Ação Popular – Legitimação "ad causam" do Estado*, in XXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado – Livro de Teses. PGE/MA, São Luís, 1997. p. 626.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de & PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos & STUCCHI, Gisele Beltrame. *As Procuradorias de Estado e do Distrito Federal e a Defesa do Meio Ambiente enquanto Interesse Público,* in Série Eventos n. 5 – XX Congresso Nacional de Procuradores do Estado – Fortaleza/94 – Teses de São Paulo. Centro de Estudos da PGE/SP, 1995. p. 97.

FREITAS, Vladimir Passos de & FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes Contra a Natureza.* 5. ed. atual. e ampl., São Paulo : Ed. RT, 1997. p. 300.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo.* São Paulo : Saraiva, 1992. p. 636.

GUIHAL, Dominique. *Droit répressif de l'environnement.* Paris : Economica, 1997. p. 486.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado.* São Paulo : Martins Fontes, 1992. p. 433.

KLUGER, Jacques & d'ISTRIA, Jacques Colonna. *De la cupabilité à la responsabilité,* in Droit de l'environnement, n. 54, déc. 1997. p. 14-17.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 7 ed. rev. atual. e ampl., 1998. p. 894.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* São Paulo : Ed. RT, 1996. p. 456.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo.* São Paulo : Malheiros, 1992. p. 370.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral.* São Paulo : Saraiva, 1984. p. 323.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular.* São Paulo : RT, 1996. p. 270.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal Volume I – Introdução e Parte geral.* São Paulo : Saraiva, 1989. p. 369.

PICARD, Etienne. *La responsabilité des personnes morales de droit public, fondements et champ d'application,* Revue Sociétés, 1993. p. 273.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *A Responsabilidade das Pessoas Jurídicas e os Delitos Ambientais.* p. 3 in Boletim IBCCrim n. 65 – Edição Especial – abril/1998.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional.* 2. ed. rev., São Paulo : Malheiros, p. 243.

STF, in RDA n. 126, p. 77.

STF, in RDA n. 183, p. 77.

ZANOBINI, Guido. *Scritti Vari di Diritto Pubblico.* Milano, Giuffrè Editore, Milano : 1955.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.4

O DIREITO PENAL ECONÔMICO*-**

JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR

Dedico a publicação deste estudo à Memória do Prof. Pedro de Oliveira Figueiredo.

SUMÁRIO: 1. Introdução: as breves duas últimas décadas do século vinte e o direito penal econômico – 2. O direito penal econômico no Brasil. Evolução histórica da legislação projetada – 3. A questão da necessidade – 4. O bem ou interesse jurídico protegido – 5. A questão da denominação – 6. Responsabilidade penal da pessoa jurídica – 7. O Direito Penal Econômico na topografia do ordenamento jurídico – 8. A legitimação político-criminal do Direito Penal Econômico.

1. Introdução: as breves duas últimas décadas do século vinte e o Direito Penal Econômico

Na década anterior e nesta em que vivemos, o mundo parece ter girado mais rapidamente do que antes. No Brasil tivemos o fim da ditadura; a Constituição de 1988 estabelecendo regras explícitas sobre a ordem econômica; o impedimento de um governo corrupto; um Presidente da República que se tornou notório por seu ideário progressista, que, a despeito disso, executa um projeto neoclássico e, agora, após demolir quase todas as conquistas sociais de 1988, pretende eternizar-se, imperialmente, no poder.

No mundo, a superação da tensão leste-oeste, com o esfacelamento da União Soviética, foi o fato mais significativo, dando lugar a um processo de globalização no qual o econômico prevalece sobre a própria liberdade, gerando a redução do Estado, a "reabertura dos portos", a formação de blocos regionais... Mas, paradoxalmente, em vários pontos do mundo persistem as guerras, os genocídios, a intolerância, a injusta distribuição das riquezas, as ditaduras, as reiteradas violações aos direitos humanos, a destruição da natureza, o etnoregionalismo, fatos que provocam mortes, sofrimentos, migrações forçadas de milhares de pessoas.

Os movimentos étnico-regionalistas assumiram proporções catastróficas, após a derrocada do "império" soviético, principalmente na ex-Iugoslávia. O episódio da Bósnia, incrivelmente, passou-se numa Europa, que pretende ser cada vez mais unida, concreta e unitária...

(*) Palestra proferida no IV Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

(**) Esta conferência foi pronunciada em São Paulo no dia 12.09.1998 e o Prof. Pedro de Oliveira Figueiredo faleceu no Rio de Janeiro no dia 11.10.1998. Pedro Figueiredo era Professor Adjunto de Direito Penal da UERJ e Diretor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Esses fenômenos econômicos e políticos refletiram-se em todos os campos do Direito e, em conseqüência,

a) o Direito Civil está sofrendo um processo de publicização, seja no âmbito da família, seja no da propriedade;

b) o Direito do Trabalho, ao contrário, tende a tornar-se mais desregulamentado e flexível, pois tendo o trabalho, em palavras de Arion Romita, tornado-se "um bem escasso", não há mais espaço para normas protecionistas e paternalistas;

c) o Direito Processual tem se socializado, passando a tratar do acesso à justiça, e democratizado ao preocupar-se com a igualdade de armas, a garantia do contraditório, o devido processo leal e o repensamento da própria natureza do processo;

d) o Direito Comercial publicizou-se há muito tempo, no moderno Direito Marítimo e Aeronáutico, na regulação internacional dos títulos de crédito, no controle das sociedades comerciais, no Direito Econômico e até nos novos modelos contratuais;

e) o Direito Internacional foi inteiramente modificado por força da superação dos regimes políticos anteriores e pela reconstrução econômica e política provocada pelos chamados "Espaços Econômicos Integrados", como a União Européia e o Mercosul, nascidos do consenso e não, como outrora acontecia, por força das armas. O conceito de Estado, hoje, é outro e o de soberania, praticamente já se esvaiu;

f) o Direito Tributário está deixando de ser um mero instrumento garantidor da arrecadação de tributos, pois passou a se preocupar com a sua própria legitimação atribuindo valor fundamental à idéia de capacidade contributiva e à justiça fiscal. Tornou-se um instrumento de realização das políticas econômicas do Estado;

g) o Direito Penal, por maior razão, não ficou imune a essa nova forma de ser do mundo e está se debatendo numa crise sem precedentes. O movimento descriminalizador que caracterizou a legislação mundial nos anos setenta vem sendo substituído por uma onda neocriminalizadora. Nos anos oitenta e nesta década as propostas funcionalistas põem em risco a idéia de um Direito Penal de proteção a bens jurídicos. O Direito Penal se debate, no Brasil, por exemplo, entre as idéias de lei e ordem subjacentes na Lei dos Crimes Hediondos e as liberais da Lei dos Juízos Especiais Criminais;

h) o Direito Penal Econômico, por ser dos ramos do Direito Penal o mais sensível às modificações econômicas e políticas, além de receber os impactos da crise do Direito Penal, discute a questão da necessidade; da sua posição topográfica no ordenamento jurídico-penal; da denominação; da natureza do bem jurídico; da responsabilidade penal da pessoa jurídica, e no campo da política criminal, pendula entre as idéias de segurança e as de garantias, entre o retribucionismo do sistema do *short, sharp, shock* e o garantismo do sistema de prevenção positiva.

É dessa crise do Direito Penal Econômico, que se tem refletido muito claramente nos projetos de reforma da Parte Especial do nosso Código Penal, de que iremos tratar, especificamente, neste estudo.

2. O Direito Penal Econômico no Brasil. Evolução histórica da legislação projetada

O tema que me foi proposto é extremamente amplo e pode ser abordado de forma mutifacetária. Por isso, irei limitar-me a enfocar, apenas, alguns princípios fundamentais, à luz do mais recente pensamento doutrinário, em contemplação da reforma penal atualmente em curso no Brasil.

Como sabemos, a reforma penal brasileira foi iniciada em 1961, quando o

Governo encomendou a Nelson Hungria a elaboração de um Anteprojeto de Código Penal. O Anteprojeto apresentado em 1963, após vários trabalhos de revisão, foi transformado em Código, por ter sido promulgado em 1969, para entrar em vigor no ano seguinte. A *vacatio legis*, entretanto, perdurou até 1978, quando foi definitivamente revogado. Em 1980, o então Ministro Ibrahim Abi Ackel constituiu uma Comissão composta pelos Professores Francisco de Assis Toledo (Presidente), Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Junior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti, para rever a Parte Geral do Código Penal. Dessa revisão nasceu um Anteprojeto novo, que, após nova revisão, se transformou na Lei 7.209, de 1984, que instituiu a atual Parte Geral do Código Penal.

Na Exposição de Motivos da nova Parte Geral, o Ministro da Justiça esclareceu: "Deliberamos remeter à fase posterior a reforma da Parte Especial do Código, quando serão debatidas questões polêmicas... Por outro lado, o avanço científico e tecnológico impõe a inserção, na esfera punitiva, de condutas lesivas ao interesse social, como *versões novas da atividade econômica e financeira* ou de atividades predatórias da natureza".

Já nesse momento, o legislador brasileiro reconhecia a necessidade de fazer com que normas de Direito Penal Econômico constassem da Parte Especial do Código Penal.

Os trabalhos de revisão prosseguiram e o mesmo Ministro Abi Ackel nomeou Comissão para a elaboração da Parte Especial. Tal Comissão foi inicialmente presidida pelo Prof. Assis Toledo e, depois, pelo Prof. Luiz Vicente Cernicchiaro e era constituída, além dos dois já nomeados, por Miguel Reale Junior, René Ariel Dotti, Manoel Pedro Pimentel, Everardo da Cunha Luna, Jair Leonardo Lopes, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e José Bonifácio Diniz de Andrada.

O trabalho foi concluído ainda em 1984 e dele constava um Título, o XII, dedicado aos Crimes Contra a Ordem Econômica, Financeira e Tributária. Assim, pela primeira vez no Brasil, a matéria estava sendo tratada de maneira sistemática. O Anteprojeto foi publicado para receber sugestões, foi revisto, mas, depois, caiu no esquecimento. O Anteprojeto revisto somente veio a ser publicado, por provocação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 1987. A partir daí, em razão de mudanças políticas, foi novamente abandonado.

Em 1992, o então Ministro da Justiça, Maurício Corrêa, retomou a obra de reforma. Através da Portaria 581, de 10 de dezembro, constituiu, sob a presidência do Ministro Evandro Lins e Silva, uma outra Comissão, composta pelos Ministros Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro; Desembargador Alberto Silva Franco; Professores René Ariel Dotti, João Marcello de Araujo Junior, Juarez Tavares, Jair Leonardo Lopes, Paulo Sérgio Pinheiro; e dos Doutores Helio Bicudo, Luiza Nagib Eluf e Wandenkolk Moreira, para elaborar o Anteprojeto de Lei de Reforma da Parte Especial do Código Penal.

A Comissão, por questão metodológica, foi dividida em três Subcomissões, uma com base em Brasília, outra em São Paulo e outra no Rio de Janeiro. A Subcomissão do Rio de Janeiro, composta por João Marcello de Araujo Junior, Juarez Tavares, René Ariel Dotti e Wandenkolk Moreira tinha por objetivo trabalhar com a legislação extravagante. Nessa Subcomissão coube a João Marcello de Araujo Junior redigir a proposta do Título relativo ao Direito Penal Econômico.

Após dois anos de intensa atividade e sacrifícios, a Comissão concluiu seu trabalho, sob a denominação de Esboço de Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial, e o entregou, em final de 1994. O então Ministro da Justiça, Alexandre Dupreyat, não mandou publicar o Esboço e, logo em seguida, deixou o Ministério, em face da sucessão presidencial. Novamente foi interrompida a obra de reforma.

O Esboço padeceu dos males das soluções rápidas e das divergências pessoais de opinião. Essa história nunca ficou bem esclarecida, pois a elegância do Ministro Evandro Lins não permitiu que ela fosse revelada, até mesmo aos membros da Comissão não envolvidos, dentre os quais nos encontramos. A versão oficial, constante do expediente que encaminhou o Esboço ao Ministério da Justiça, foi a seguinte: "Não houve consenso para concluir trabalho de tal vulto nos prazos desejados. Havia muitos pontos polêmicos. Como sabe V. Exa., a elaboração de um Código é tarefa política, por excelência, e deve corresponder ao estágio social do povo. Rui Barbosa já observava: 'Uma codificação não pode ser expressão absoluta de um sistema, vitória exclusiva de uma escola. Toda obra de legislação, em grande escala, há de ser obra de transação'. Com o tempo, a necessária transigência será encontrada, mormente com os estudos já realizados, de irrecusável valor".[1]

O Ministro Evandro Lins, em seu ofício, esclareceu que "as três subcomissões apresentaram os seus trabalhos e começaram a surgir profundas divergências doutrinárias e invencíveis posições de princípio. Coube-nos, numa primeira etapa, por designação da Comissão, coordenar e procurar dar unidade às propostas das três subcomissões. Daí surgiu um "esboço", que reproduzia o valioso trabalho das subcomissões, com ligeiras alterações dos textos originais, e, assim, submetido ao exame, à crítica e às sugestões dos eminentes companheiros...

"As divergências teóricas pareciam tornar-se superáveis. Daí adveio a reunião da Comissão com V. Exa., no dia 19 de outubro último (1994), quando nos comprometemos a um esforço extraordinário para apresentar o anteprojeto até o dia 30 do corrente mês de novembro. Durante a reunião houve objeções explícitas do ilustre Prof. René Ariel Dotti, de quem recebi carta, datada de 1.º do corrente mês, opondo-se ao envio de um anteprojeto, mas, sim, de um *documento de trabalho*, 'para divulgação no Diário Oficial, a fim de proporcionar o mais amplo debate pelos estudiosos e profissionais do sistema criminal, pelos órgãos e instituições de classe e pela sociedade em geral'...

"Diante desse documento, e das ponderáveis razões apresentadas, o presidente da Comissão não encontrou outra alternativa senão convocá-la para definir os rumos definitivos de sua atuação, ouvindo a opinião dos seus componentes. Saiu vencedora a proposta do Prof. René Dotti. Diante disso era necessário abreviar a conclusão do segundo esboço, com as emendas, sugestões e opiniões manifestadas pelos colegas de Comissão.

"O *esboço* que ora encaminho a V. Exa., embora calcado nos trabalhos da subcomissões, é de minha exclusiva responsabilidade. As pequenas supressões, acréscimos ou alterações porventura feitos nos textos originais não vinculam os integrantes de cada uma das subcomissões".

À semelhança do Anteprojeto de 1984/87, o Esboço de 1994 continha um Título, o XII, destinados aos "Crimes contra Ordem Econômica e Financeira", que reuniu os bens jurídicos enumerados em nossa Constituição. Esta fundamenta

[1] Item 9 do expediente firmado pelo Ministro Evandro Lins e Silva, com o qual encaminhou ao Sr. Ministro da Justiça o Esboço.

a ordem econômica nos valores do trabalho humano e da iniciativa privada (artigo 170), e estabelece mandamentos explícitos para a legislação ordinária em matéria econômica, a fim de, por exemplo, reprimir o abuso do poder econômico e submeter as pessoas jurídicas "às punições compatíveis com a sua natureza".[2] Daí, ter sido o Título subdividido nos seguintes capítulos e seções:

"I – Dos crimes contra a dignidade, a liberdade, a segurança e a higiene do trabalho;

II – Dos crimes de abuso do poder econômico e contra a livre concorrência, a economia popular e as relações de consumo:

I – Do crime de abuso do poder econômico e contra a livre concorrência;

II – Dos crimes contra a economia popular;

III – Dos crimes contra as relações de consumo:

III – Dos crimes falimentares;

IV – Dos crimes contra o ordenamento urbano;

V – Dos crimes contra o sistema de tratamento automático de dados;

VI – Dos crimes contra o sistema financeiro:

I – Dos crimes contra a organização do sistema financeiro;

II – Dos crimes contra a regularidade dos instrumentos financeiros;

III – Dos crimes contra a confiança no sistema financeiro;

IV – Dos crimes contra a segurança dos negócios financeiros.

VII – Dos crimes contra o sistema tributário;

VIII – Dos crimes cambiais e aduaneiros".

O Esboço, pelos motivos já mencionados, era imperfeito, porém muito orgânico, sistemático, abrangente e técnico. Pela primeira vez na história jurídica do Brasil, o bem jurídico trabalho foi incluído na ordem econômica e não tratado, apenas, do ponto de vista fascista de sua organização. Também, por vez primeira, o legislador cuidou dos crimes informáticos, dos cambiais, dos aduaneiros e do ordenamento urbano. Os crimes falimentares deixaram de ser considerados crimes contra os credores, para serem vistos como crimes contra o crédito. Os crimes contra a ordem financeira receberam tratamento primoroso e neles já se definia a "lavagem de dinheiro". Havia inovações importantes na regulação da concorrência e do abuso do poder econômico. Os velhos crimes contra a economia popular se transformaram, quase todos, em crimes contra as relações de consumo.

O título dos Crimes contra a Ordem Econômica, no Esboço, estava atualizado em relação à ciência penal do seu tempo e inspirado no que de mais moderno existia em termos de legislação comparada, ajustada, obviamente, à realidade brasileira. Todos os especialistas da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), em 64 países, por nosso intermédio, colaboraram, de alguma maneira, para a sua elaboração. Também enviaram contribuições e sugestões os nossos amigos do Istituto Superiore Internazionale di Science Criminali (Siracusa), do Centro Internazionale Richerce Giuridiche Iniziative Scientifiche (Milão) e do International Center of Economic Penal

(2) Klaus Tiedemann. Estudo apresentado durante o XV Congresso Internacional de Direito Penal, Rio de Janeiro, 4 a 10.09.1994 (mesa redonda: A reforma da Parte Especial dos Códigos Penais).

Studies (Miami). Um Congresso Internacional, ao qual compareceram mais de duas mil pessoas e contou com a participação de seiscentos professores estrangeiros, reuniu-se no Rio de Janeiro em 1994 (XV Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP) para tratar de temas ligados à reforma. O mundo jurídico-penal mobilizou-se para colaborar com a elaboração do Direito Penal Econômico brasileiro. De todo esse esforço resultou um Esboço de Projeto que na parte relativa aos crimes econômicos mereceu de Tiedemann, o maior especialista mundial no assunto, o seguinte comentário: "Anteprojeto digno do interesse dos juristas e de discussão mundial"[3] e arrematou: "Trata-se de um corpo normativo muito completo e atual, entretanto, no que se refere à técnica legislativa destinada a facilitar a sua futura aplicabilidade prática é recomendável maior reflexão e, talvez, certa melhora".[4]

Uma boa semente havia sido lançada em nosso solo jurídico. Necessitava dos cuidados necessários para sua germinação e transformação numa árvore de bons frutos... mas tudo foi por água abaixo.

Os trabalhos da reforma somente reiniciaram em final de 1997, quando o então Ministro da Justiça, Iris Rezende, pela Portaria 1.265, de 16.12.1997, nomeou nova Comissão, sob a presidência do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Essa nova Comissão de Reforma "trabalhou durante meses sobre o denominado Projeto Lins e Silva".[5] O Anteprojeto elaborado foi publicado no *DO*, para receber sugestões, no dia 25.03.1998, tendo sido fixado o dia 31 de setembro como data limite delas. Tal data marcou o início das atividades de uma outra Comissão, a Comissão Revisora, instituída pela Portaria 232, de 24.03.1998 (*DO* de 25.03.1998) composta pelos seguintes membros: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro; Desembargador Dirceu de Mello; Doutor Luiz Alberto Machado; Doutor Antonio Nabor Areias Bulhões; Desembargador João de Deus Lacerda Menna Barreto; Prof. Ney Moura Teles; Subprocurador Geral da República Ela Wiecko Volkmer de Castilho; Doutor Licínio Leal Barbosa, Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Doutor Damásio Evangelista de Jesus; Procurador de Justiça Doutor Sérgio de Oliveira Médici. Foi designado Consultor da Comissão o Ministro Evandro Lins e Silva.

O Anteprojeto de 1998, por circunstâncias que não vêm ao caso discutir, até porque já surtiram os suficientes efeitos perversos, teve elaboração muito rápida, pois os trabalhos teriam começado no dia 03.02.1998 [6] e terminaram, um mês depois, em março de 1998... O Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Presidente da Comissão, rebatendo a crítica da fixação de um prazo diminuto para a conclusão do trabalho, esclareceu: "Na primeira (reunião da Comissão) definiu-se a metodologia de trabalho. Tomou-se como referência o Esboço do Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial, concluído em 1994... O texto, por sua vez, reexaminara o anteprojeto de 1984... Dessa forma, dar-se-ia, como se deu, seqüência a dois trabalhos. Não era inadequado, portanto, em ritmo de tempo integral e dedicação exclusiva, concluir o estudo".[7]

(3) Klaus Tiedemann. Apresentação Crítica, in João Marcello de Araujo Junior: *Dos crimes contra a ordem econômica*, São Paulo, Ed. RT, São Paulo, 1995, p. 18.

(4) Idem, p. 24.

(5) Damásio E. de Jesus. Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal. *Boletim do IBCCrim*, n. 70, Edição Especial, setembro de 1998, p. 11.

(6) René Ariel Dotti. "Reforma Penal"; *Boletim do IBCCrim*, n. 64, março de 1988, p. 2.

(7) Luiz Vicente Cernicchiaro. "Reforma Penal", carta-resposta publicada no *Boletim*

Segundo Damásio E. de Jesus, um dos membros da Comissão, "o perfil do anteprojeto é moderno",[8] porém preferiu remeter "à legislação especial a disciplina de ilícitos correspondentes a institutos ainda em formulação (*como os crimes contra a ordem econômica e financeira, contra o meio ambiente*, o patrimônio genético, os *delitos relacionados à informática e a lavagem de dinheiro*)".

A opção da Comissão de deixar os crimes contra a ordem econômica para a legislação especial, por tratar-se de "instituto ainda em formulação", não parece ter sido a melhor. A realidade brasileira de hoje, quando nos descobrimos reféns da globalização especulativa, está à vista de todos para provar o contrário. Bastou um "espirro" em Moscou, para que a nossa economia contraísse moléstia gravíssima, cujo remédio "heróico" foi a elevação dos juros para 50% ... ou quase isso.

Quais teriam sido as perplexidades sentidas pelo legislador para relegar a segundo plano, à legislação extravagante, a regulação do Direito Penal Econômico? Essa pergunta nos inquieta, até porque, em verdade, alguns aspectos dos Crimes Econômicos foram abordados no Anteprojeto, embora assistematicamente. Vejamos:

Há um Título prevendo crimes contra a organização do trabalho; outro punindo crimes contra o ordenamento urbano e um outro tratando dos crimes contra o sistema tributário, cambial e aduaneiro.

Além disso, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, que é membro da Comissão Revisora, em festejado e recente livro,[9] em diversos pontos deixa entrever o entendimento de que tais crimes deveriam estar previstos no Código Penal. Vejamos:

Na página 49, quando trata do processo de criminalização primária, que imuniza os criminosos econômicos, afirma "o Código Penal brasileiro, por exemplo, reflete sobretudo o universo moral próprio da cultura burguês-individualista, que privilegia a proteção do patrimônio privado e a repressão das condutas desviadas típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados". Mais adiante, à página 55, ao responder a pergunta: "Por que a cifra oculta da criminalidade econômica é tão alta?" acolhe a resposta dada por Lola Aniyar de Castro: "*Perplexidade das leis especiais* que, às vezes procuram regular estes fatos, as quais podem ser manipuladas por hábeis advogados e contabilistas...". Na página 114, a autora é mais explícita, quando concluí: "Até hoje não ocorreu a necessária revisão sistemática da parte especial, carecendo o Código Penal de uma classificação dos tipos penais adequada aos bens e interesses jurídicos emergentes do contexto social do pós-guerra. A adequação tem sido feita através das leis especiais...". A oportunidade para que fosse feita essa revisão sistemática surgiu, mas, infelizmente, não foi aproveitada... Esperamos que na revisão, a nova oportunidade não seja perdida.

Esta, em resumo muito ligeiro, a evolução histórica do nosso Direito Penal Econômico projetado, que, como dissemos, reflete as mudanças conceituais que tem sofrido o Direito Penal e o seu rebento, o Direito Penal Econômico, em razão das turbulências políticas e econômicas pelas quais vem passando o mundo e o Brasil.

3. A questão da necessidade

Esta turbulência gera uma crise entre liberdade e segurança, que vai se fazer

do IBCCrim n. 65, abril de 1998, p. 2.

(8) Damásio E. de Jesus. Ob. cit., p. 11.

(9) Ela Wiecko V. de Castilho. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Del Rey, Belo Horizonte, 1998.

sentir na primeira questão fundamental do Direito Penal Econômico. Ele é necessário ou não?

Em 1977, o nosso querido amigo e conhecido de todos, Prof. Klaus Tiedemann, em discurso pronunciado no Palácio Federal de Berna, afirmou que: "A criminalidade econômica é um problema político. Esta frase não está pensada para alegria dos progressistas, nem irritação dos conservadores".[10] Esta frase refletia as primeiras notas dessa tensão existente entre segurança e garantias e importava numa reação a uma tendência da época, ainda hoje repetida, segundo a qual o Direito Penal Econômico não existe, porque desnecessário, uma vez que a proteção jurídico-penal aos processos econômicos deve ser reduzida aos meros interesses patrimoniais daqueles que, de maneira individual, tomarem parte no tráfico econômico e nestes prevalece a idéia de segurança, expressa pelos tipos constantes dos Códigos Penais tradicionais.

Essa tendência vem sendo por nós combatida desde 1982, quando, pela primeira vez, tratamos do assunto, perante o Colóquio Preparatória do XII Congresso Internacional de Direito Penal. Mais tarde, em 1985, nossa luta foi corporificada no substitutivo que elaboramos, em nome da OAB/RJ, ao Projeto apresentado pela Comissão nomeada pelo Dec. 91.159/85.[11] Nossos argumentos tornaram-se mais maduros, quando, dez anos mais tarde, participamos da Comissão que elaborou o Projeto de Parte Especial do Código Penal de 1994, na qual nos coube a elaboração do Título dos Crimes contra a Ordem Econômica.[12]

A nosso juízo, o entendimento segundo o qual o crime econômico não passa de uma infração ao patrimônio individual, e como tal deve ser tratado, é falso, porque nem toda perturbação da vida econômica importa necessariamente em violação do patrimônio individual.[13]

Tiedemann, na apresentação de nosso livro *Dos Crimes contra a Ordem Econômica*, afirma que "a proteção penal da ordem econômica é indispensável uma sociedade moderna. Esta caracteriza-se pela fragilidade de seus subsistemas de produção e distribuição, por suas enormes necessidades de força de trabalho e de capital, e pela multiplicidade de suas interdependências e conflitos de interesses sociais".[14]

Diante disso, podemos afirmar que existe um ramo do Direito Penal, que ainda denominamos de Direito Penal Econômico, que, embora esteja, em sua origem, vinculada ao Direito Econômico, é Direito Penal, sujeito aos princípios liberais e garantistas deste, a despeito de possuir, por se tratar de um Direito prático, destinado a garantir e fazer funcionar a política econômica, algumas características próprias, que hoje já influenciam o Direito Penal comum e,

(10) Klaus Tiedemann. *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in dem USA und in der Bundesrepublik Deutschland*. Tubingen, 1978.

(11) O Substitutivo está publicado em João Marcello de Araujo Junior e Marino Barbero Santos. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

(12) O Projeto de Nova Parte Especial de 1994 nunca foi publicado, porém, o Título a que se refere o texto e a Exposição de Motivos que o acompanhou estão publicados em João Marcello de Araujo Junior. *Dos crimes contra a ordem econômica*, São Paulo, Ed. RT, 1995.

(13) Nesse sentido é também a opinião de Klaus Tiedemann. "Presente y futuro del derecho penal económico". *Hacia un derecho penal económico europeo*, Boletin oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 32.

(14) Klaus Tiedemann. Apresentação crítica in João Marcello de Araujo Junior, ob. cit., p. 17.

no futuro, certamente, serão o grande motor de suas transformações.

Numa economia de mercado frágil como a nossa, é indispensável a regulação jurídica dos abusos violadores da ordem econômica, de molde a que fique garantida a proteção social do mercado e de todos os que participem dele, especialmente os mais débeis.

A economia de mercado parte da presunção de igualdade entre os concorrentes, que devem jogar limpo e desfrutar das mesmas oportunidades, para vantagem deles próprios e dos consumidores, graças ao aumento da produção e redução de custos. Daí ser indispensável que o Direito Penal seja chamado a intervir, para fazer funcionar honestamente este mercado.

Nessas condições, entendemos que o Direito Penal Econômico, tal qual o concebemos, independentemente das orientações jurídicas estabelecidas, destina-se tanto a regular o comportamento daqueles que participam do mercado, quanto a proteger a estrutura e o funcionamento do próprio mercado, como também, a política econômica estatal, sob o manto garantista, sem preocupação de segurança.

4. O bem ou interesse jurídico protegido

A questão da existência e necessidade do Direito Penal Econômico nos conduz necessariamente a uma outra indagação. Qual o bem ou interesse jurídico a ser protegido pela lei penal econômica?

O bem jurídico, como afirma Marinucci, lembrando Pedrazzi e Paulitanò, é como uma faca de dois gumes, pois ao mesmo tempo em que exerce uma função de garantia contra os abusos do Estado, atua como instrumento de organização repressiva.[15]

Embora, ainda hoje nos falte estabelecer definitivamente a teoria do bem jurídico,[16] entendemos com Welzel, que o bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social merece ser protegido juridicamente, isto é, "todo estado social desejável que o direito quer resguardar".[17] Entendemos, também, que o surgimento do Estado Democrático de Direito determinou modificações profundas no ordenamento dos bens jurídicos consagrados na Parte Especial dos Códigos Penais.

Nos Estados Democráticos de Direito os abismos sociais devem ser eliminados e as desigualdades corrigidas. Nesse tipo de Estado proclama-se o dever dos poderes públicos de promover as condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas. No Estado Democrático de Direito, a imagem abstrata do homem livre e igual é substituída pela do homem condicionado e desigual. A imagem do homem própria do Estado Democrático de Direito é a do homem situado, do homem nas suas condições concretas: do homem em seu posto de trabalho, como trabalhador dependente; do homem como participante da ordem econômica, afeta a fins sociais;[18] do homem como consumidor; do homem em seu ambiente. Este é

(15) Giorgio Marinucci. "Relazione di Sintesi". Alfonso Stille (a cura), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene Editore, Napoli, 1985, p. 329.

(16) Claus Roxin. "L'evoluzione della politica criminal a partire dai progetti alternativi". *AA.AA... metodologia e problemi fondamentali della riforma del Codice Penale*, 1981, p. 34.

(17) Hans Welzel. *Derecho penal alemán*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 15. No mesmo sentido, Stelle Maris Martínez. *Manipulação genética e direito penal*; *IBCCrim* e Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998, p. 70.

(18) Marino Barbero Santos. *Política y derecho penal en España*; Tucar Ediciones, Madrid, 1977, p. 133.

o motor normativo da transformação do catálogo de bens jurídicos, que experimentam os Códigos Penais.

Assim sendo, os bens jurídicos a serem selecionados pela lei penal não se limitam mais aos "naturais" e ao patrimônio individual. A inserção social do homem é muito mais ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica. Daí um novo bem jurídico: *a ordem econômica*, que possui caráter supra-individual e se destina a garantir a política econômica do Estado, além de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais. Esse bem jurídico, entretanto, não é arbitrário,[19] pois decorre do tipo de Estado definido nas Constituições.[20] Na lição de Marinucci, a política criminal consubstanciada na lei penal econômica, para se legitimar, deve ter como ponto de apoio a Constituição.[21]

No Brasil, também, a lei penal econômica deverá estar solidamente ancorada na Lei Maior, pois o bem jurídico que estamos analisando está especificamente previsto nela, bastando para que se comprove isso, que se atente para o seu capítulo sobre a Ordem Econômica. Em conseqüência, as epígrafes dos Capítulos que deverão compor o Título do Código Penal referente aos "Crimes contra a Ordem Econômica" devem expressar as diversas manifestações desse bem tutelado, descrevendo-as com precisão, estabelecendo aquela "analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos" a que se refere Figueiredo Dias.

5. A questão da denominação

Esta era uma questão que, até há pouco tempo, parecia definitivamente superada. Hoje, entretanto, renasce, com excepcional vigor. Vejamos:

Dissemos, linhas atrás, que o Direito Penal Econômico, embora seja Direito Penal, em sua origem inspirou-se no Direito Econômico. Hoje, porém, existe uma quase irresistível tendência, que se sente em todo o mundo, de aproximá-lo do chamado Direito Empresarial.

Isso parece-nos correto, pois uma economia de mercado pressupõe, fundamentalmente, uma atividade empresarial, daí a tendência a que o Direito Penal Econômico no futuro venha a denominar-se de Direito Penal da Empresa.

A realidade da vida econômica mostra hoje, com clareza, que os verdadeiros crimes econômicos são cometidos pelas empresas e não pelos indivíduos. Existem casos na jurisprudência do Tribunal Europeu de Luxemburgo, em matéria admi-

(19) Hans Welzel: ob. cit., p. 15. Na América do sul no mesmo sentido Felipe Villavicencio T. *Lecciones de derecho penal, Parte General*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 48.

(20) Marino Barbero Santos. "El Sistema punitivo Español". *Cahiers de Défénse Sociale*, 1990/1991, p. 131.

(21) Giorgio Marinucci. "Politica Criminal e Riforma del Diritto Penale". Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini: *Studi di diritto penale*; Giufrè Editore, Milano, 1991, p. 69. No mesmo sentido são as lições de Claus Roxin. "Sentido e Limites da Pena Estatal". *Problemas básicos do direito penal*, Vega Universidade, Lisboa, 1986, p. 21; Hans Joachin Rodolphi. "Los diferentes aspectos del concepto del bien jurídico". *NPP*, ano IV, n. 7, 1975, p. 332; Ignacio Berdugo Gomez de la Torre. "Revisión del Contenido del Bien Jurídico Honor". *ADPCP*, tomo XXXVI, fasc. 11, p. 308; Cesare Pedrazzi. "El Bien Jurídico de los delitos Económicos". Barbero Santos, ed.: La Reforma Penal: Delitos socio-económicos, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1985, p. 281, entende que a noção de bem jurídico estende uma ponte entre a lei penal e a Constituição, em cujos preceitos o catálogo de bens jurídicos penalmente protegidos encontram sua legitimação.

nistrativa, é verdade, em que se reconheceu expressamente que a responsabilidade é da própria empresa e tal responsabilidade não decorre da imputação individual. Em outras palavras, a responsabilidade da empresa não é conseqüencia da responsabilidade individual de seus agentes, mas sim da sua própria natureza e, mais do que isso, essa responsabilidade da empresa é que gera e fundamenta a responsabilidade individual.

Assim, a passagem dessa moderna concepção, oriunda do Direito Administrativo Penal, para o Direito Penal comum será uma conseqüência natural e uma questão de tempo.

6. Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Assim como a questão da existência nos levou a discutir a questão da denominação, esta, pelas conclusões a que chegamos, nos leva ao tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

O tema é extremamente polêmico e nós, que durante muito tempo fomos o único no Brasil a defender tal forma de responsabilidade penal nos crimes econômicos, estamos cansados de ser crucificados por nossas idéias despidas de "dogmatiquices". Por isso, não pretendemos aqui retornar ao debate minucioso do assunto, espacialmente porque os cravos que nos pregaram, depois de nossa participação na Comissão que elaborou a Lei de Crimes contra o Meio Ambiente, na parte relativa à responsabilidade penal da pessoa jurídica, que foi desfigurada pelo Congresso Nacional, ainda estão doendo muito.

Por isso, desejamos trazer ao conhecimento deste plenário e à inteligência de todos um único argumento, aliás um argumento novo. Vejamos:

As posições contrárias à responsabilidade penal da pessoa jurídica se prendem, de regra, à idéia de incapacidade de culpa e à incapacidade de as corporações sentirem o sofrimento da pena.

Entendo que essa é, *data venia*, uma visão que se prende a uma política criminal de caráter retributivo, hoje inteiramente superada. Como veremos mais adiante, hoje não há mais que se falar em expiação ou em compensação da culpa pela pena, em geração de sofrimento, ou em expectativas psicológicas da pena. Estas são coisas do passado. Isso ou é metafísica ou utopia. Anabela Rodrigues, Figueiredo Dias, Silva Sánchez, Zaffaroni, já há muito tempo dizem isso.

Hoje vivemos a era de uma Política Criminal garantista que vê na pena um instrumento de prevenção positiva. Essa necessidade preventiva exige a punição da pessoa jurídica, como já deixamos antever por uma necessidade ontológica. Mas, além disso, também, por uma necessidade formal de garantia, qual seja, a de livrar as pessoas jurídicas das garras do poder administrativo, uma vez que não possuímos um Direito Administrativo Penal, um Direito de Contraordenações.

A empresa hoje, no Brasil, está refém do poder discricionário da administração. Esta, sem qualquer controle, aplica às empresas até a pena de morte, sem qualquer das garantias oferecidas pelo sistema de justiça penal. Hoje as pessoas jurídicas, em matéria de criminalidade econômica, padecem verdadeiras penas de caráter retributivo, impostas pela autoridade administrativa. A administração acaba por impor sanções muitos mais graves do que aquelas que seriam impostas pelo juiz e isso sem as garantias próprias da atuação jurisdicional. O Banco Central do Brasil liquida extrajudicialmente entidades financeiras a seu bel prazer. Nós que, durante muito anos, fomos curadores de liquidações extrajudiciais no Rio de Janeiro, sabemos muito bem disso.

7. O Direito Penal Econômico na topografia do ordenamento jurídico

As normas jurídicas, segundo Bobbio, não existem isoladamente, mas sempre estão inseridas em um contexto de normas com relações particulares entre si. Esse contexto de normas costuma ser chamado de "ordenamento".[22] Assim, as normas de Direito Penal Econômico devem estar inseridas dentro do ordenamento jurídico penal. A dúvida surge sobre se tais normas devem estar prevista em uma lei especial ou em um Título do Código Penal.

Em 1982, no Colóquio já mencionado, sustentamos que melhor seria que tivéssemos uma lei especial regulando a matéria, isto porque, àquele tempo, nossa experiência legislativa em matéria penal econômica não ia muito além, de alguns crimes previstos no Código Penal, na lei da economia popular, na lei de usura e numa ou noutra lei semidesconhecida.

Hoje, entretanto, a situação é outra, pois já possuímos uma intrincada rede de normas penais econômicas dispersas em uma multidão de leis extravagantes, que em final de 1994 somavam a "bagatela" de 96 leis especiais. É portanto chegada a hora de sistematizar e incluir tudo isso no Código Penal.

Esta, aliás, parecia ser a tendência dos nossos legisladores, pois tanto o Projeto de nova Parte Especial de 1984, republicado em 1987, quanto o Projeto de 1994, previam um Título específico para a matéria. Infelizmente, o Projeto publicado em março de 1998 não seguiu o mesmo padrão, embora tenha feito pequenas e tímidas abordagens como já vimos.

No que se refere à questão topográfica, a última dúvida reside em sabermos se tais crimes devem ser tratados conjuntamente com os tradicionais crimes contra o patrimônio, como fez o atual Código Espanhol ou separadamente deles, como se vê do Código Penal Peruano e da Proposta de Anteprojeto de Lei Delegada italiana para a elaboração de Princípios e Critérios Diretivos de um Futuro Código Penal.

Já deixamos claro, em outra parte desta nossa conversa, que os crimes econômicos merecem punição não pelos danos que possam causar aos indivíduos, mas à coletividade como um todo, em razão da violação da ordem econômica estabelecida.

Assim, os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal Econômico possuem características diferentes dos protegidos nos crimes patrimoniais.[23] Para acentuá-las, especialmente em face do caráter pedagógico da lei penal, a criminalização deve efetuar-se em Títulos diferentes, dentro do Código Penal.

8. A legitimação político-criminal do Direito Penal Econômico

Nesta última parte de nossa exposição, queremos nos redimir de uma posição adotada anteriormente.

Em nosso livro *Dos crimes contra a ordem econômica*[24] sustentamos que a melhor política penal a ser aplicada aos crimes econômicos seria a dos "3 S" – *Sharp, Short, Shock*.

Hoje verificamos que esse sistema está fulcrado inteiramente numa visão

(22) Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*, 10. ed., Brasília, UnB, 1997, p. 19.

(23) René Ariel Dotti. "A criminalidade econômica". Texto elaborado para as reuniões em São Luiz do Maranhão e Curitiba do Seminário sobre Mercado de Capitais para a Magistratura e o Ministério Público, promovido pela Comissão Nacional de Bolsa de Valores, 1985.

(24) João Marcello de Araujo Junior. ob. cit.

retribucionista do Direito Penal e, como se sabe, o esquema retributivo foi definitivamente abandonado nos anos setenta. Nós estávamos errados.

O esquema tradicional retributivo, segundo Pagliaro, procurava orientar a conduta humana por meio da intimidação e da emenda.[25]

O tradicional esquema retributivo pretendia legitimar-se por si mesmo, uma vez que tinha como objetivo *fazer justiça*, compensando a culpa do autor com a pena. Essa idéia de justiça através da compensação entre a culpa e a pena é racionalmente indemonstrável, assumindo, por tal motivo, caráter puramente metafísico. O Direito Penal de um Estado Democrático de Direito laico, como ensina Anabela Rodrigues, desvincula-se de qualquer finalidade teleológica ou metafísica.[26]

O pensamento retributivo pressupõe um Estado Absoluto. Daí a lúcida observação de Figueiredo Dias, segundo a qual não se pode hoje, em verdade, deixar de reconhecer a incompatibilidade entre a idéia de Estado Social e Democrático de Direito e a imposição de penas em nome de exigências de retribuição e expiação, de caráter metafísico.[27]

O Direito Penal retribucionista gerou uma dogmática clássica, dedutivo-ontológica, absoluta, a-histórica, alheia às realidades socioculturais do crime. A ciência dogmática via o delito de maneira abstrata e com uma vocação quase "artística", para usarmos a expressão de Gimbernat.[28] Com a ruptura do esquema retribucionista, também a dogmática entrou em crise, dando espaço a novas construções, dentre as quais sobressai a moderna teoria da imputação. Daí, questões como: a) *imputação objetiva*, que deu nascimento a uma nova teoria da conduta típica, cuja preocupação jurídica fundamental consiste em estabelecer os critérios segundo os quais queremos imputar determinados resultados a uma pessoa, ou seja, o ajustamento axiológico dos dados empíricos (relação de causalidade); b) *imputação subjetiva*, na qual o dolo não é mais visto como alguma coisa de natureza psíquica, naturalista. Tanto isso é assim, que será possível a imputação de pena ao autor que, desconhecendo que estava praticando uma conduta antijurídica, pratica um crime por erro, quando esse erro de conhecimento poderia ter sido evitado; c) *legitimação dos crimes de perigo abstrato*, por estarem compreendidos no conjunto dos elementos sociais que determinam a sua identidade, desde que com eles não se pretenda punir meros caos de preparação. Mas este não é o lugar, nem o momento de tratarmos da crise do dogmática. Por isso deveremos retornar à exposição relativa ao que aconteceu em nossa ciência após a ruptura do modelo retribucionista.

Hoje, a concepção teórica do Direito Penal mudou. Às vésperas do terceiro milênio, o Direito Penal não tem mais por finalidade fazer justiça, mas sim *fazer funcionar a sociedade*.

A essa conclusão já havia chegado, desde 1966, o célebre Projeto Alternativo alemão, que, em seu preâmbulo, afirma que o fenômeno punitivo se constitui de "uma amarga necessidade da comunidade de seres imperfeitos que são os homens". A necessidade da manutenção

(25) Antonio Pagliaro. *Principi di diritto penale, parte generale*, 5. ed., Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996, p. 3 e mais amplamente p. 675 *et seq.*

(26) Anabela Miranda Rodrigues. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra, Coimbra, 1995, p. 316.

(27) Jorge de Figueiredo Dias. *Direito penal português. As conseqüências jurídicas do crime*. Aequitas, Lisboa, 1993, p. 61.

(28) Gimbernart Ordeig. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?" *Estudios de derecho penal*, 3. ed. Madrid, 1990, p. 140.

da convivência é que exige a atividade punitiva.

Os anos oitenta e os primeiros dos anos noventa foram marcados por três grandes movimentos de política criminal, dois deles que se substituíam ao retribucionismo e um terceiro que o fazia sobreviver. Eram os movimentos da Novíssima Defesa Social, da Política Criminal Alternativa e os movimentos da Lei e Ordem.

Na aula magna que ministramos na UERJ em 1983, fizemos o primeiro balanço desses movimentos. Mais tarde, em 1986, esse balanço foi corrigido e atualizado no estudo denominado "Os Grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo", publicado em folheto pelas Faculdades Integradas Bennet. A versão definitiva foi publicada em Madrid, no ano seguinte, no Boletim do Ministério da Justiça.

Hoje, aqueles movimentos evoluíram e adquiriram roupagem e substrato novo. Contemporaneamente, o pensamento político criminal divide-se, também, em três vertentes, denominadas "ressocializadora", "abolicionista" e "garantista".

A despeito de possuírem características próprias, cada uma dessas correntes tem por objetivo garantir a convivência, fazendo com que a Sociedade funcione.

Por economia de tempo, não trataremos nem da corrente ressocializadora, nem da abolicionista, limitando-nos ao exame do garantismo.

O sistema garantista parte da aceitação de que o que legitima a atuação do Direito Penal é, basicamente, a prevenção geral do delito, sempre que esta tenha lugar respeitando as garantias oferecidas pelo Estado Democrático de Direito, como afirma Jesús María Silva Sánchez.[29]

O garantismo entende que o Direito Penal somente se legitima para atuar sobre o estado de liberdade do indivíduo, se agir sob um rigoroso controle do poder do Estado, atuação essa que deverá respeitar estritamente os princípios de previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade.

A atuação do Direito Penal deve produzir nos destinatários da norma um duplo sentimento de proteção. Os cidadãos devem sentir-se garantidos contra ação criminosa do delinqüente e contra ação desproporcionada e ilegítima do Estado. Um Direito Penal assim concebido legitima-se por si mesmo, por ser um instrumento de minimização da violência no seio da sociedade. Além de não permitir a banalização da violência, nem a "normalização da chacina", para usarmos a expressão de Adair Rocha.[30]

Nos dias atuais o Direito Penal não mais atua através da prevenção geral negativa ou seja, em uma expressão, não dá mais valor à crença na eficácia da intimidação de potenciais criminosos, pela ameaça da pena.

Hoje, o sentido da prevenção inverteu-se. Nos dias que correm, obtém-se melhor efeito preventivo através da "tutela das expectativas da comunidade em relação à manutenção da validade da norma infringida". Essa mudança de sinal da prevenção que passa de negativo para positivo, deixa de ter em vista os potenciais criminosos para dirigir-se a todos os cidadãos.[31]

Com a punição fundada numa idéia de prevenção geral positiva, o que se

(29) Jesús María Silva Sánches. *Aproximación al derecho penal contemporaneo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 13.

(30) Adair Leonardo Rocha. "Exclusão Social e 'Nornalização' da Chacina!" *Revista da Faculdade de Direito de Valença*, ano I, n. 1, maio de 1998, p. 99.

(31) Jorge de Figueiredo Dias. ob cit., na nota n. 27, p. 228.

pretende assegurar é o restabelecimento e a manutenção da paz pública perturbada pelo cometimento do crime, através do fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, no respeito aos comandos jurídico-penais, ou, nas palavras de Jacoks, o que se busca é a estabilização das expectativas comunitárias de validade e vigência da norma violada.[32]

A prevenção positiva, além de caracterizar-se como uma força moralizadora, importa também na confirmação da *fidelidade ao Direito* e se transforma em um novo modelo para a Política Criminal.

Assim, no futuro, a idéia de fortalecer a consciência jurídica da comunidade poderá nos conduzir a um Direito Penal em que a própria punição venha a ser desnecessária, bastando, para tal fortalecimento, a declaração constante da sentença condenatória.

Pelo mesmo fundamento, outras formas de composição do conflito surgirão, como a reparação do dano e outras na mesma natureza, pois o que interessa não é punir, mas sim restabelecer o império da norma.

Assim, o Direito Penal Econômico poderá, no futuro, ou já agora, apropriar-se desses conceitos e atuar com muito mais eficiência do que hoje, pois não é a quantidade de castigo que faz nascer no cidadão a consciência do dever de fazer cumprir a lei, que garante o funcionamento da sociedade, mas sim a convicção de que a lei é necessária, é útil e está vigente.

Sem o amor ao cumprimento da lei não há liberdade e isso não é positivismo.

(32) Günther Jakobs. "Schuld und Prävention", p. 30 e 31, apud Anabela Rodrigues, ob. cit., p. 321.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.5

DIREITO PENAL NO MERCOSUL – UMA VISÃO HUMANÍSTICA *

MARCO AURÉLIO DE MELLO

Vivemos numa época de grande preocupação com os aspectos econômicos do cotidiano. É que, após um período de ventos favoráveis por quase todo o mundo, com países despontando em franco desenvolvimento, surgiram, nesta década, crises que não se mostraram setorizadas, mas de repercussão global. Os últimos acontecimentos revelam o definitivo entrelaçamento da economia, a ponto de não se poder mais raciocinar sobre tais questões de regiões geográficas delimitadas. Dificuldades enfrentadas neste ou naqueles país repercutem de maneiras linear, solapando o aparente equilíbrio notado em certa localidade ou mesmo em determinadas instituições de sólidas bases na comunidade internacional. O fato é que, atualmente, de uma hora para outra, economias durante muito tempo consideradas estáveis e de confiabilidade inabalada desmoronam, com conseqüências que extravasam o campo em que surgem os problemas, refletindo, na prática, de forma simultânea e uniforme, em outras áreas que não as estritamente econômico-financeiras.

Hoje, as nações que se limitam a cuidar somente dos próprios interesses governamentais mostram-se cada vez mais desatualizadas. O individualismo nacional, vindo à balha a toda força com o capitalismo europeu, desde o nascedouro, cede agora a idéias voltadas à coletivização dos povos, minimizando o papel das balizas territoriais. Materializa-se, como nunca, a máxima de estarmos vivendo em uma aldeia global, de modo a merecer tratamento comum a vasta gama dos aspectos ligados à vida em sociedade. Não surpreende, portanto, a circunstância de que as transformações iniciadas há mais de uma década fazem-se cada vez mais abrangentes, ditando formas especiais de convivência, com o surgimento de implicações a extravasarem o universo limitado de uma nação, cujos interesses de modo algum se circunscrevem, hoje em dia, ao próprio povo. Se de um lado urge aos países, por menores e mais frágeis que sejam, a necessidade de procederem, com firmeza, a atos consentâneos com o predicado soberania, de outro impõe-se-lhes o enfrentamento dos obstáculos comuns, a partir de um trabalho conjunto, tomando-se a existência das linhas fronteiriças como simples meio voltado à preservação de uma organicidade cultural, ou, em última análise, à racionalização de esforços dirigidos, acima, de tudo, à realização, ao bem-estar do homem, porquanto é sabido, desde tempos imemoriais: infrutífera será qualquer iniciativa que não vise ao aprimoramento da própria vida de modo a torná-la uma fonte perene de alegria e realização. Não obstante, a tudo isso ainda se opõem visões distorcidas, conservadoras, alicerçadas, na maioria das vezes em alegadas

(*) Palestra proferida no III Congresso de Magistrado do Mercosul.

singularidades culturais ou nas diferenças resultantes do estágio de desenvolvimento de cada nação.

Nesse contexto, surge com um exacerbado tom de novidade essa palavra-chave que é a *globalização*, nela sendo depositadas as esperanças de uma vida planetária mais equilibrada, em que os homens possam estar sempre irmanados pela presença constante de valor dos mais caros, mas lamentavelmente hoje em desuso, ou seja, a solidariedade. À mercê de técnicas modernas ligadas especialmente ao mundo das informações e comunicações, fenômeno a viabilizar, de forma inédita, assaz aproveitamento do tempo, fator nunca antes tão valorizado, busca-se materializar a transnacionalização de mercados, surgindo, nesse passo, a flutuação de capitais, sempre guiada pela descoberta de espaços férteis a lucros imediatos: recursos passam a ser canalizados apenas de acordo com a oportunidade de retorno proveitoso no menor tempo possível, pouco importando, nessa visão míope, os nefastos efeitos sociais de uma retirada brusca. Infelizmente, não há, em tal área, planejamento norteado pelo fim de proporcionar, aos habitantes da localidade na qual feito o investimento, um grau maior de crescimento como seres humanos que são, predominado, na maior parte das vezes, e por que não dizer na quase totalidade, a procura do lucro fácil, a poucos preocupando as conseqüências que advierem para aqueles estranhos, em termos de domínio, à migração de capitais. Sugase, a mais não poder, o filão norteador do investimento, desprezando-se comezinhas noções ligadas à finalidade última da criação, como se o homem pudesse ser tomado como uma simples ferramenta, um verdadeiro robô que, ao cabo de um tarefa, já desgastada, tem o destino próprio das coisas inúteis. Eis os desafios do momento e que não são equacionados, ao menos com a atenção exigida, ante esse fenômeno da modernidade que é a *globalização*. Potencializam-se os enfoques voltados ao êxito econômico-empresarial, olvidando-se a verdadeira extensão dos problemas atuais, como se as únicas questões estivessem limitadas à área financeira. Ao contrário, são elas multidimensionais, alcançando as searas do social, da cultura, da política e, acima de tudo, a jurídica, no que não se coaduna com as características próprias de um Estado Democrático de Direito o trato de qualquer matéria com o esquecimento, a colocação em plano secundário, da dignidade do homem, com a qual são incompatíveis a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais. Absolutamente tudo há de fazer-se a fim de que não venham a se confirmar as palavras de Zaffaroni, para quem a globalização não passa de um instrumento de dominação, própria da revolução "tecnológica", para a sobrevivência e fortalecimento dos mais poderosos em detrimento dos mais débeis. Há pouco mesmo, tivemos ocasião de perceber a ênfase emprestada a interesses claramente balizados sob o ângulo subjetivo: em vista à América Latina, o Presidente Bill Clinton pleiteou, com ardor, a adesão das Américas ao Alca, a um mercado de livre comércio. O pano de fundo fez-se de imediato conhecido e outro não foi senão o afastamento das barreiras de proteção aos interesses latinos, impostas, por absoluta necessidade de sobrevivência, pelos assim chamados países em desenvolvimento. É inescusável que tais restrições são condenáveis; entrementes, há de se indagar sobre a equação existente, as peculiaridades reinantes e a preservação de quadro que não torne o país aderente um coadjuvante de categoria inferior, e o mais grave, em prejuízo de seu próprio povo, no que condenado de vez a um precipício, sem retorno efetivo que proporcione melhores condições de vida. Deve-se ter cuidado maior na caminhada que se inicia. Creio-a inafastável e por isso mesmo merecedora de atenção ímpar por aque-

les comprometidos com interesses maiores, com o conforto espiritual e material dos seus semelhantes. As críticas à forma ora predominante devem ser consideradas com seriedade, não se deixando contaminar os formadores de opinião, os responsáveis pela preservação da ordem jurídica e social – acadêmicos, advogados, membros do Ministério Público e magistrados, alfim, os cidadãos em geral – com o clima de euforia que permeia os dias de hoje. Atentem todos para as conseqüências um tanto sombrias apontadas por Zaffaroni, tomando-as não como algo definitivo, inexorável, mas como um alerta, uma advertência aos açodados, àqueles cuja visão está impregnada por falsa modernidade:

"a – o domínio através de medidas e imposições econômicas (pagamentos de dívidas externas consideráveis);

b – redução da violência bélica entre as potências líderes e o fomento de conflitos entre algumas das subalternas;

c – a privação de poder dos estados nacionais (perda do primado das políticas nacionais);

d – a concentração do poder planetário em corporações transnacionais;

e – a produção de desemprego estrutural;

f – o deslocamento de população marginalizada da periferia ao centro e entre as próprias periferias;

g – a produção de sérios riscos de catástrofe ecológica (a exportação da produção suja para as zonas dependentes apenas atrasa seus efeitos), de revoltas sociais violentas (porque exclui do sistema produtivo amplos setores, sem perspectiva de incorporação) ou de crises financeiras (por efeito de uma acumulação, que, em boa parte, se assenta na especulação e no encarecimento de coisas e serviços)".

Indagarão os senhores, a esta altura, o que tem tudo isso a ver com este Encontro, destinado que foi à reflexação da Ciência do Direito no âmbito do Mercosul. Digo-lhes que em muito se relacionam. O intercâmbio entre as nações multiplica, de forma impensável, a possibilidade de conflitos. A atenção maior voltada para o mercado, com o afastamento de empecilhos burocráticos à formalização de negócios jurídicos, faz-se com o esquecimento de valores universais, avolumando-se o contingente de excluídos e, assim, vindo-se a ter antagonismos não só no campo civil, como também no penal, aumentando a delinqüência, os crimes rotulados como internacionais. Nota-se nos dias de hoje uma tendência ao elastecimento dos tipos penais e de definições em que não se leva em conta a origem, em si, das ocorrências, os aspectos negativos ditados pela própria sociedade na qual vivemos, a desvirarem o homem de seu destino natural. As agruras do mercado, o desequilíbrio impiedoso entre oferta de mão-de-obra e escassez de empregos, a falta de perspectiva quanto a uma vida útil e retributiva, a exclusão de uma parcela considerável da população de um ambiente saudável e confortador, o crescimento das desigualdades, tudo isso faz com que o indivíduo acabe por claudicar na arte de proceder, abandonando a postura inerente ao homem médio. Aí, corre-se, mediante o toque pernicioso da própria mídia, para a introdução, no cenário jurídico, de um arcabouço persecutório penal exacerbado, olvidando-se, até mesmo, princípios constitucionais de importância basilar, como é o da individualização da pena. E tudo acontece sob o pretexto de dar-se resposta ao que se coloca como "exigências da sociedade". Sob o ângulo estritamente formal, procede-se ao enquadramento de certos crimes como hediondos, acrescentando-se outros, ao sabor dos acontecimentos potencializados pelos meios de comunicação, como se fosse possível fazê-lo a partir de sentimentos momentâneos e sem buscar-se a devida

correção de rumo relativamente aos fatos que os motivaram.

A ampliação do caráter repressivo das normas penais, apanhando-se procedimentos que até então não mereceram tal tratamento e exacerbando-se penas e regimes de cumprimento, não é o meio adequado à correção das mazelas vividas. Acima de tudo, cumpre ao Estado assumir a responsabilidade e perscrutar, com desassombro, as causas do aumento da criminalidade, combatendo-as e dando, em conseqüência, a oportunidade de uma vida digna àqueles menos afortunados.

É esse o modo de pensar que deve prevalecer nestes tempos de globalização, de intercâmbio incomum não apenas na área do comércio, mas também na da cultura dos povos. A multiplicidade de conflitos que certamente surgirá com a abertura dos mercados, com o aumento dos contatos das populações dos países do Mercosul – por ora Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai – não deve ensejar o recrudescimento de medidas punitivas, muito menos com atropelo a normas instrumentais viabilizadoras do exercício do direito de defesa, mas minimizar as desigualdades existentes, as exclusões que tanto nos envergonham, almejando-se, portanto, equações equilibradas sem predomínio do econômico sobre o social. Os artífices da ansiada justiça, os estudiosos do Direito devem debruçar-se sobre as mesas de trabalho com tal finalidade, refreando impulsos próprios à fragilidade humana, evitando a transformação do Direito Penal em arma protetora dos garimpeiros do lucro fácil, que de forma alguma podem ser tidos como únicos a usufruir a proteção estatal. Dir-se-á que tudo isso não passa de um sonho, de uma utopia. Talvez o seja nos dias atuais, em que predomina a cegueira da racionalidade. Impõe-se, no entanto, a resistência, a aversão ao comodismo, ao misoneísmo, o olhar direcionado à realidade e à harmonia, ao invés de simplesmente viabilizar-se legislação penal voltada à persecução, à punição inflexível daqueles que, sem possibilidades palpáveis no horizonte, acabaram por falhar, por sucumbir às vicissitudes da vida econômica, de resto impiedosa.

Os novos ares não devem servir de palco e motivação ao retorno a épocas nada saudosas, nas quais os envolvidos em prática criminosa mereciam a excomunhão maior. Se o tempo é de entendimento, que este se faça com a amplitude esperada, voltada ao bem-estar do cidadão e não apenas à abertura de novos mercados a especuladores.

A marcha no sentido da interdependência dos povos, sobrepujadas noções ligadas ao fator territorial, à soberania dos Estados, afirma-se irrefreável. Entretanto, há de acontecer de maneira organizada, sem a colocação, em segundo plano, de valores consagrados não apenas nacionalmente, mas no âmbito mundial, em que pese o vezo de fecharem-se os olhos a certos acontecimentos. A ideologia vencedora não deve ser a da predominância dos mais fortes sobre os mais fracos, mas aquela na qual se colocam em primeiro plano os direitos naturais do homem, visto aqui como criatura com sede infindável de realização plena. Há de ousar-se, visando a tornar prevalecente o social, o bem-estar dos cidadãos, servindo a globalização como instrumento, como meio econômico e não como fachada de domínio por uns poucos, em detrimento da grande maioria. É preocupante a tendência ora notada. O número de excluídos do processo de crescimento está no limite e este é um dado extremamente delicado para aqueles que têm compromissos maiores, entre os quais incluo, de imediato, os interlocutores do Direito. A pena não pode perder o caráter humanitário, como se os homens fossem feitos para a lei e não esta para eles. Impõe-se um controle sócio-penal, mas os contornos predomi-

nantes não podem extravasar a barreira do razoável, do proporcional, do necessário à preservação da segurança jurídica, devendo contar-se, sempre, com os princípios viabilizadores da plena defesa. Nesse campo, jamais se poderá abrir mão de formalidades rituais, porque são elas, em última análise, os freios dos que se arvoram em arautos da purificação dos povos, conforme revela a história da humanidade.

No particular, não se pense numa codificação unitária. Conforme ressaltado por Renê Ariel Dotti, inigualável mestre do Direito Penal, a idéia de um Código Penal para América Latina não passa de mera retórica. Tentativa nesse sentido, nos anos sessenta, mostrou-se imprópria, em que pese o envolvimento de notáveis penalistas. Jamais saiu do papel. Nem por isso é dado desprezar a necessidade de ter-se um sistema penal abrangente, a padronização de certas regras, considerada a ordem jurídica dos países envolvidos, e aí hão de merecer atenção, conforme ressaltado pelo citado penalista, aspectos processuais da maior relevância, como são:

a – o devido processo legal;

b – a publicidade do processo e do julgamento;

c – a fundamentação das decisões;

d – regras de cooperação internacional (colheita de prova, medidas cautelares de busca e apreensão, de prisão provisória, cumprimento de ordens de prisão, e outros);

e – o aprimoramento do instituto da extradição, incluindo-se a cláusula indispensável do devido processo legal;

f – a troca de presos condenados em definitivo, com as cautelas necessárias e a exigência de reciprocidade.

As adaptações legislativo-constitucionais dos países componentes do Mercosul – e o que formalizado até aqui no campo econômico é uma pequena porção do muito que se tem a realizar – hão de ser implementadas ante a premissa de que tudo deve ser feito em proveito comum, em prol dos povos envolvidos, com especial atenção para o afastamento das desigualdades existentes, dos núcleos de pobreza quase que absoluta, inclusive criando-se foro especial e supranacional para a resolução de conflitos cíveis e penais que resultem desse novo estágio de convivência, observando-se, no tocante ao Direito instrumental e penal, a homogeneidade do sistema.

Quanto a uma Corte supranacional, que não haja, até mesmo em virtude do pequeno numero de países envolvidos, as mesmas dificuldades notadas em relação à tentativa de criar um tribunal internacional para processar os envolvidos em crimes contra a humanidade. Na conferência de Roma, realizada em julho de 1998, notou-se oposição dos Estados Unidos e da França quanto à iniciativa automática da Corte a ser constituída, o que talvez acabasse por criar embaraços.

Vê-se nessa oposição o peso dos interesses das grandes nações, a sobrepor-se ao objetivos visados. Impõe-se um tribunal internacional criminal para julgar atrocidades como as notadas na antiga Iugoslávia e em Ruanda. Diante das circunstâncias reinantes e da envergadura do tema a ser tratado, tudo recomenda seja tal Corte dotada do poder de desencadear o processo. O Tribunal de Nuremberg, instituído antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que já completou cinqüenta anos de existência, bem revela o efeito da vontade do homem. A necessidade é imperiosa, porquanto, após a Segunda Guerra Mundial, mais de duas centenas de conflitos eclodiram, fazendo cerca de cem milhões de vítimas. Que a criação desse tribunal sirva de exemplo ao Mercosul, sendo de notar-se a adesão do Brasil a tal mister.

Há de haver simetria entre crimes e procedimentos, fato de grande importância colocado em plano secundário no Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, de junho de 1996. Apenas para exemplificar a falta de atenção para com os parâmetros constitucionais assegurados de direitos do cidadão, previu-se, já no artigo 1.º, a assistência, a alcançar uma série de atos de intervenção no campo da liberdade, "mesmo quando as condutas não constituírem delitos no Estado requerido...". Evidentemente, possíveis interessados poderão insurgir-se contra ato de autoridade nacional discrepante da ordem jurídico-constitucional em vigor, e caberá ao Judiciário a atuação sempre independente que dele é aguardada. De qualquer forma, esse protocolo consubstancia um considerável passo no sentido da reflexão sobre o tema – a cooperação entre os países do Mercosul no campo penal – muito embora seja dado notar preocupação maior com a persecução, deixando-se em segundo plano os aspectos ligados à vida daqueles submetidos à custódia do Estado, como, por exemplo, a questão sobre o local do cumprimento da pena.

Nota-se também, no protocolo em tela, o cuidado com o deslocamento de preso do Estado requerido para o requerente, vinculado à concordância do Estado requerido e do próprio preso – artigo 19. Complementando esta regra, tem-se a providência cautelar de expedição de salvo-conduto pelo Estado requerente, assegurando-se o retorno de pessoa que haja consentido declarar ou dar testemunho – artigo 20.

Para finalizar, valho-me de síntese elaborada por um dos maiores pensadores humanistas do Direito Penal, cuja mestria já esteve a serviço do Judiciário e que hoje, porque integrado na vida acadêmica ativa, volta-se para setor sem divisas, que é o da humanidade como um todo. Refiro-me a Alberto Silva Franco, artífice insuplantável do Direito, enquanto ciência preocupada com o ser humano. Assim resumiu o pensamento formado em trabalho elaborado com o título "Um Prognóstico Ousado – As perspectivas do Direito Penal por volta de 2010":

"a – a globalização, para alguns autores, significa a subestima do direito em face da atuação dos conglomerados econômicos transnacionais. A capacidade de intervenção do direito minimiza-se na medida em que se vê na contingência de adotar padrões pragmáticos, de origens anglo-saxônicas, de evitar a formalização acolhida por anteriores modelos e de ter um grau mínimo de coercibilidade. A partir desses pressupostos, o Direito tenderia à reprivatização à margem do Estado, a uma flexibilização dos direitos trabalhistas, a um retrocesso na área dos direitos fundamentais e dos direitos sociais e um expressivo alargamento do campo repressivo;

b – a globalização, apesar de provocar as crises da legalidade, do estado social e da soberania do Estado-Nação, não pode gerar, também, a crise na perda de confiança na artificial *rason*, que é a razão jurídica moderna que erigiu, a duras penas, o paradigma teórico e normativo do Estado de direito, nem pode, por via de conseqüência, atingir a própria democracia, que é, em verdade, conquista irrenunciável da modernidade;

c – cabe a ciência jurídica, que interage com a política, usar o seu poder criativo para reagir contra pessimismo que toma conta dos analistas da crise atual e lutar pelo direito e pelos direitos fundamentais, máxime pelos dos excluídos no processo de globalização. Não se trata de uma postura voluntarista, nem de alimentar uma confiança desmedida e insensata no paradigma garantista, mas, sim, de demonstrar que, para a crise da razão jurídica, não há outras opções válidas".

O renomado autor, tendo em vista especialmente o Direito Penal, alerta para os seguintes pontos:

"a – a funcionalização e a desformalização são duas tendências explicitamente reveladas pelo Direito Penal atual. A primeira decorre de uma deformação da corrente funcionalista que vincula o Direito à política criminal. Num processo distorcido, tem-se atrelado o Direito a um determinado movimento político-criminal: o da lei e da ordem. Por outro lado, aumenta, a olhos vistos, o apoio à corrente funcionalista de Jacobs – que se mostra ajustável ao próprio sistema da globalização –, não obstante os perigos que representa para o paradigma garantista. A segunda está inserida no bojo da primeira: é o melhor caminho para o Direito Penal, perversamente funcionalizado, pois, na medida em que se suprimem ou se reduzem as barreiras processuais penais conquistadas a tanto custo, torna-se possível o uso de um instrumento repressivo, com caráter político;

b – o Direito Penal funcionalizado e desformalizado vai acabar num eficientismo que objetiva, final, a busca da eficácia do controle repressivo, sem nenhum limite ético, ao preço de garantias penais e processuais penais já incorporadas, há muito tempo, no patrimônio dos cidadãos".

Os dias atuais são mais desafiadores do que os passados. Suplantá-los requer apego a certos princípios. A globalização não pode ser tomada apenas como meio para o fortalecimento da economia, mas como mecanismo eficaz para chegar-se a uma solidariedade maior, compreendendo cada qual estar a própria segurança, o respectivo bem-estar intimamente relacionado com o combate aos bolsões de pobreza, de miséria, de condições de vida muito aquém dos níveis primários de sobrevivência. A responsabilidade não é somente dos governantes, dos detentores de mandatos, mas de todos aqueles que, beneficiados pela sorte, contam com a atenção de uma platéia, de um segmento da sociedade, por menor que seja. Podemos e devemos influir nos destinos dessa iniciativa que é o Mercosul, estendendo-a a campos outros que estão a reclamar de há muito nossa atenção. Estou certo que este Encontro frutificará, servindo as idéias aqui externadas de inspiração a dias melhores.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

ALGUMAS NOTAS SOBRE A ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A natureza da norma contida no artigo 14, da Lei 6.368/76 – 3. A Lei 8.072/90 e o art. 8.º – 4. Posições doutrinárias e jurisprudenciais – 5. Análise crítica da questão.

1. Introdução

A perspectiva deste estudo é renovar o debate sobre importante tema que vem se mostrando bastante atual e freqüente, a saber, a ab-rogação, a derrogação ou a manutenção da norma que trata do crime previsto no art. 14 da Lei 6.368, de 21.10.1976, diante do que dispõe o art. 8.º da Lei 8.072, de 25.07.1990. Trata-se de questão discutida na doutrina, mas que repercutiu junto aos tribunais brasileiros, culminando com o julgamento do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Min. Moreira Alves,[1] cuja orientação vem sendo observada de forma predominante na jurisprudência. A respeito do assunto a doutrina ainda apresenta posições divergentes adotando argumentos variados.

O ponto central da discussão diz respeito à extirpação do ordenamento jurídico brasileiro do tipo penal da associação para fins de tráfico,[2] tratado na Lei 6.368/76, por força da redação do art. 8.º da Lei 8.072/90.[3] Vicente Greco Filho observa que a Lei 55.267, de 29.10.1971, ao alterar a redação do § 5.º do art. 281 do Código Penal, veio a atender recomendação contida na Convenção Única sobre Entorpecente, consignando que: "O § 5.º do art. 281 na redação da Lei 5.726/71 não foi feliz, contudo, na escolha dos termos. Usou a mesma denominação do art. 288 do Código Penal, 'quadrilha ou bando', mas reduziu o número necessário de partícipes para dois, de modo que tínhamos 'quadrilha' composta de duas pessoas".[4] Realmente, a Convenção Única sobre Entorpecentes,

(1) Trata-se do julgamento do HC 68.793-RJ, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que será no curso do trabalho comentado.

(2) De acordo com a Lei 6.368/76, em seu art. 14, "associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta Lei: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa".

(3) Assim foi redigido o art. 8.º, *caput*: "Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

(4) Vicente Greco Filho, *Tóxicos*, 7. ed. ampl. e atual., São Paulo : Saraiva, 1991. p. 109.

de 1961, promulgada pelo Decreto 54.216, de 27.08.1964, contém a seguinte disposição, em seu art. 36, 2, a), ii): "Serão considerados delitos puníveis, na forma estabelecida no § 1.º, a participação deliberada, a confabulação destinada à consumação de qualquer dos referidos crimes, bem como a tentativa de consumá-los, os atos preparatórios e as operações financeiras em conexão com os mesmos". Assim, o Direito positivo brasileiro criou figura típica autônoma e especial para reprimir o delito de associação para fins de tráfico, tendo a Lei 6.368/76, no seu art. 14, cuidado do assunto de forma mais aprimorada.

2. A natureza da norma contida no artigo 14 da Lei 6.368/76

Se com o advento da Lei 5.726/71 o art. 288 do Código Penal foi derrogado no pertinente a associação para fins de tráfico, com maior razão ainda o art. 14 da Lei 6.368/76 deve ser considerado norma que cuida exclusivamente de preceito relativo ao delito de associação com finalidade de realização do tráfico de entorpecentes. Trata-se de conflito aparente de normas que é solucionado não apenas com a aplicação do princípio *Lex posterior derogat priori*, mas, também, e principalmente, com o princípio da especialidade, atendendo justamente às recomendações contidas na Convenção Única sobre Entorpecentes de reprimir, autonomamente, os crimes de associação para fins de tráfico, com tratamento diferenciado de outras associações delinqüenciais.

Ao cuidar do princípio da especialidade, Damásio de Jesus leciona: "Diz-se que uma norma penal incriminadora é especial em relação a outra, geral, quando possui em sua definição legal todos os elementos típicos desta, e mais alguns, de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes, apresentando, por isso, um *minus* ou um *plus* de severidade. A norma especial, ou seja, a que acresce elemento próprio à descrição legal do crime previsto na geral, prefere a esta: *lex specialis derogat generali; semper specialia generalibus insunt; generi per speciem derogantur*".[5]

Os elementos especializantes do tipo do crime de associação para fins de tráfico de entorpecentes são: a) a finalidade de realizar qualquer uma das figuras típicas previstas nos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76; b) a existência de pelo menos duas pessoas com vínculo associativo e acordo de vontades. Assim, no confronto entre as normas dos arts. 288 e 14, o primeiro do Código Penal e o segundo da Lei de Tóxicos, é perfeitamente aplicável o princípio da especialidade diante da antinomia aparente, porquanto a ordem jurídica é constituída de diversas disposições que se harmonizam e se complementam, havendo regras para resolver o aparente conflito existente.

"É importante observar que a especialidade do crime de associação para fins de tráfico decorre da própria adesão da República Federativa do Brasil a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, documento que insere regra explícita quanto a necessidade de se reprimir, com autonomia, a conduta delituosa, mormente a confabulação, sem se referir ao mínimo de quatro pessoas, buscando fornecer tratamento mais rigoroso voltado para a repressão do narcotráfico.

3. A Lei 8.072/90 e o artigo 8.º

Assim que iniciada a vigência da Lei 8.072/90, conhecida como lei dos crimes hediondos, várias vozes doutrinárias se

[5] *Direito penal*. 12. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 1988. v. I, p. 94-95.

levantaram para tecer severas críticas ao conteúdo do texto legal, não apenas sobre o aspecto material, como também relativamente às questões formais.[6] "O processo de elaboração desse diploma legal não é muito conhecido. Não se sabe se foi precedido de qualquer discussão ou consultas a entidades da sociedade civil, como, p. ex., a Ordem dos Advogados do Brasil, e a sua aprovação foi a 'toque de caixa', mediante o recurso regimental denominado como 'acordos de liderança.'"[7] Não há dúvida acerca do objetivo da lei em questão: reprimir com maior severidade condutas consideradas crimes de maior gravidade, como os hediondos e os a eles equiparados, buscando implementar o comando constitucional contido no art. 5.°, inc. XLIII. "O que principalmente visou a nova lei foi, sem dúvida, punir mais gravemente as infrações penais nela arroladas, evitando que, durante o processo, fique solto o agente preso em flagrante."[8] Os dispositivos da Lei 8.072/90, portanto, buscaram recrudescer o combate à criminalidade, de acordo com o contexto histórico e social existente na época da sua promulgação. A *mens legis* foi a de dotar mais eficácia e gravidade aos mecanismos de repressão criminal, com o objetivo de diminuir a criminalidade e portanto não se trata de uma lei abolicionista ou liberal.

Com tal raciocínio, o legislador instituiu a norma contida no art. 8.° da Lei 8.072/90, segundo a qual passou a ser cominada pena de reclusão de três a seis anos na hipótese de bando ou quadrilha (art. 288 do Código Penal), quando se tratar de crimes hediondos ou equiparados, incluindo o *tráfico ilícito de entorpecentes*. Nota-se, claramente, que o legislador de 1990, ao aprovar a lei dos crimes hediondos, buscou, através do art. 288 do Código Penal, instituir pena privativa de liberdade mais grave para aqueles que se associam, em quadrilha ou bando, para cometer crimes hediondos ou equiparados, simplesmente esquecendo que o crime de associação para fins de tráfico já estava tratado no art. 14 da Lei 6.368/76, com pena mais grave, na

(6) Veja o comentário de Júlio Fabbrini Mirabete: "São diversas, também, as imperfeições da Lei 8.072, o que deve gerar discussões doutrinárias e divergências jurisprudenciais quando de sua aplicação" (Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei, *RT*, 663, São Paulo : Ed. RT, jan./1991, p. 269). O mesmo autor observa o descuido do legislador: "Omissões e imperfeições da Lei 8.072 demonstram que foi ela elaborada com afoiteza e sem os cuidados necessários, exigíveis do legislador, especialmente, em matéria penal" (p. 270). O Magistrado Paulo Maurício Pereira se manifestou no mesmo sentido: "A Lei dos Crimes Hediondos, ainda no berço, já vem apresentando defeitos flagrantes, resultado não só do período em que foi gerada e nasceu, de muita violência, mas também e principalmente da volúpia legiferante e da vocação populista dos nossos políticos, que tudo fazem para aparecer, até leis, apesar de saberem que apenas com elas não irão resolver o problema do País, em especial os sociais, raízes da violência" (A Lei dos Crimes Hediondos e a liberdade provisória *RT*, 671, São Paulo : Ed. RT, set./1991, p. 285). Do mesmo modo, o Procurador de Justiça Jaques de Camargo Penteado, ao comentar a lei: "Maquiado, o grupo do 'prendo e arrebento' legisla com o nome de 'movimento da lei e ordem'. A sofisticação mal encobre a falta de estudo científico sobre as causas da criminalidade. Importam-lhe os efeitos. Sobreleva a discurso intimidativo. Não se realiza um só ato efetivo de política penitenciária" (Pena hedionda, *RT*, 674, São Paulo : Ed. RT, dez./1991, p. 286).

(7) Márcio Bártoli. Crimes hediondos *RT*, 684, São Paulo : Ed. RT, out./1992, p. 295.

(8) Antônio Scarance Fernandes. Considerações sobre a Lei 8.072, de 25.07.1990 – crime hediondos. *RT*, 660, São Paulo : Ed. RT, out./1990, p. 261.

cominação máxima do que a prevista no próprio art. 8.º da Lei 8.072/90.

Colocadas tais premissas, é oportuno traçar o desenvolvimento do assunto nas obras doutrinárias e julgados, desde o advento da Lei 8.072/90, possibilitando a análise mais detida acerca dos argumentos apresentados, visando alcançar conclusão sobre tema deveras interessante e atual.

4. Posições doutrinárias e jurisprudenciais

Após tratar do crime de quadrilha ou bando para a prática de crimes indeterminados (art. 288, *caput*, do Código Penal), Damásio de Jesus anota que se a finalidade da quadrilha se projeta aos delitos mencionados no art. 8.º da Lei 8.072/90, incidirá o disposto no art. 288 do diploma penal, como preceito primário, com o preceito secundário da lei dos crimes hediondos. Ao comentar o art. 8.º, quando se refere ao crime de tráfico de entorpecente, o festejado penalista observa: "O art. 8.º da Lei 8.072/90, também, faz referência ao crime de 'tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins', mencionando o art. 288 do Código Penal e parecendo se esquecer de que o art. 14 da Lei 6.368/76 define o delito de quadrilha ou bando. Há três opções: 1.ª) o art. 14 da Lei 6.368/76 não foi revogado, quer quanto à definição, quer quanto à pena; 2.ª) o art. 14 foi inteiramente revogado, quer quanto ao tipo incriminador, quer quanto à pena, aplicando-se o art. 288 do Código Penal no tocante à definição típica e a pena do art. 8.º da Lei 8.072; 3.ª) o art. 14 foi derrogado: quanto ao tipo aplica-se o art. 14; quanto à pena, o art. 8.º da Lei 8.072. (...) Das três possíveis orientações, a menos pior é a terceira, que adotamos. Tratando-se de quadrilha formada para o fim de tráfico de drogas (somente os crimes descritos nos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76), não se aplica o art. 288 do Código Penal (que exige quatro participantes, no mínimo), mas sim o art. 14 da lei especial (que se contenta, no mínimo, com duas pessoas), com a pena do art. 8.º da Lei 8.072: reclusão, de três a seis anos. Entendemos que o art. 14 não foi revogado em sua definição típica pelo art. 8.º, tanto que o art. 10 da Lei 8.072 acrescenta um parágrafo único ao art. 35 da Lei 6.368, com a seguinte redação: 'Os prazos procedimentais deste capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes dos arts. 12, 13 e 14" (grifo nosso). Como se vê, a lei manteve o art. 14, que descreve o delito de quadrilha para fins de drogas. Foi derrogado e não revogado. E se está em vigor, só pode impor a pena do art. 8.º da Lei 8.072: reclusão, de três a seis anos. Isso porque é essa a pena cominada, segundo o art. 8.º, para o crime de quadrilha para fins de tráfico de drogas".[9]

A mesma conclusão foi alcançada por Júlio Fabbrini Mirabete: "... a lei prevê, no art. 8.º, que a formação de quadrilha ou bando para esse fim é sancionada com uma pena de três a seis anos de reclusão. Ora, o art. 14 da Lei Antitóxicos previa para o crime de associação criminosa de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de entorpecentes uma pena de três a dez anos de reclusão, além de multa de 50 a 360 dias-multa. Assim, quando se clama por mais rigor na repressão ao tráfico, especialmente quanto ao crime organizado, a lei acabou por diminuir a pena para o crime de quadrilha ou bando destinado a esse fim. Além disso, como efeito da Lei 8.072, o crime de associação criminosa para o tráfico de entorpecentes, que se configura com a

[9] *Código Penal anotado* 5. ed. ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 764.

existência de, no mínimo, duas pessoas, continua descrito no art. 14 da Lei Antitóxicos, mas sua sanção é prevista agora no seu art. 8.°, que faz referência ao art. 288 do CP".[10]

É válida a observação que o mesmo aparente conflito de normas também surge no tocante ao crime de associação delinqüencial para a prática do crime de genocídio (art. 2.° da Lei 2.889, de 1.°.10.1956), atualmente um dos crimes hediondos.[11] Ocorre que, na solução de tal conflito, inexiste distinção quanto ao preceito primário entre a quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal) e a associação para fins de prática de crimes de genocídio (art. 2.° da Lei 2.889/56), salvo a especialidade da finalidade da associação (para fins de cometimento de crimes de genocídio). Quanto ao número mínimo de integrantes da associação, o art. 2.°, referido, exige também quatro pessoas. Daí por que o conflito se resolve pelo princípio *lex posterior derogat priori*, razão pela qual houve derrogação do art. 2.° apenas quanto ao preceito secundário, ou seja, a sanção passou a ser reclusão, de três a seis anos.

Valdir Sznick, por sua vez, defende a orientação segundo a qual o art. 8.°, da Lei 8.072/90 não modificou a norma do art. 14 da Lei 6.368/76, nem mesmo quanto à sanção penal: "Há aqui uma impropriedade. A Lei de Entorpecentes prevê a associação no art. 14, a pena é de 3 a 10 anos; o art. 8.° dispõe de 3 a 6 anos. Qual prevalece? A lei especial, que é a mais severa, a de Entorpecentes".[12]

Adotando posição diametralmente oposta, Alberto Silva Franco sustenta a ab-rogação do art. 14 da Lei 6.368/76, tecendo os seguintes comentários: "O art. 8.° da Lei 8.072/90, criou, em verdade, uma segunda modalidade do tipo denominado 'quadrilha ou bando'. Recorrendo aos elementos estruturais do art. 288 do Código Penal, o legislador de 90 efetuou a montagem oblíqua de uma outra figura criminosa, com igual denominação jurídica. (...)

Em linhas gerais, o comando primário contido, de modo implícito, no art. 8.° da Lei 8.072/90 reiterou os termos do art. 288 do Código Penal. Inovou, contudo, na explicitação da finalidade que deve mover os agentes para a associação criminosa. (...) O elemento situado do tipo, representado pelo impulso psicológico para um fim, que está subjetivo além da conduta objetivamente exigida, é diverso no art. 288 do Código Penal e no art. 8.° da Lei 8.072/90: no primeiro caso, a associação criminosa tem por fim o cometimento indiscriminado de crimes (finalidade ampla) ao passo que tal conduta associativa objetiva, no segundo caso, o fim da prática de crimes específicos (finalidade estrita)".[13]

Alberto Silva Franco apresenta os argumentos para sustentar a conclusão acerca da ab-rogação do art. 14: "... o texto do art. 8.° da Lei 8.072/90 é explícito demais para que se possa admitir a subsistência do art. 14 da Lei 6.368/76. Se a lei mais recente aborda a questão da associação criminosa organizada para o fim do tráfico ilícito de entorpecentes e

(10) Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei. cit. p. 271-272.

(11) Antônio Scarance Fernandes observou, com propriedade, que além do conflito entre as normas do art. 8.° da Lei 8.072/90 e do art. 14 da Lei 6.368/76, o conflito aparente de normas entre o art. 8.° da Lei 8.072/90 e o art. 2.° da Lei 2.889/56 também passou a existir (Considerações sobre a Lei 8.072, de 25.07.1990 – crimes hediondos, cit., p. 264).

(12) *Comentários à Lei dos Crimes Hediondos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Leud, 1993. p. 361.

(13) *Crimes hediondos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo : Ed. RT, 1992. p. 227-228.

drogas afins, é óbvio que uma figura criminosa anterior, que versa sobre a mesma matéria, foi, logicamente, revogada. Depois, porque a equivocada referência ao art. 14 da Lei 6.368/76, feita no art. 10 da Lei 8.072/90, não basta para garantir-lhe sobrevida. A regra do art. 10 do novo diploma legal refere-se, com exclusividade, à questão de prazos procedimentais e não é suficiente para ressuscitar, em nível penal, um tipo que o art. 8.º da mesma lei deu por morto. Por fim, porque não tem cabimento a adoção de uma interpretação atentatória à regra de que não podem existir, sobre o mesmo objeto, disposições penais incompatíveis entre si".[14]

A posição sustentada por Vicente Greco Filho, também no sentido da abrogação do art. 14 da Lei de Entorpecentes, apresenta outros fundamentos: "Como não se pode, em termos interpretativos, combinar leis para fazer uma terceira, as penas do art. 288 do Código Penal, com os limites da Lei 8.072/90, só poderão ser aplicadas se se entender revogado o artigo comentado. E essa revogação, que em nosso entender ocorreu, se aplica integralmente, inclusive quanto aos elementos do tipo. É estranho, porém, que a mesma Lei 8.072/90, pelo art. 10, ao introduzir parágrafo único ao art. 35 da lei comentada, duplicando os prazos, refere o art. 14, que entendemos tacitamente revogado pelo seu art. 8.º".[15]

Ao analisar a Lei 8.072/90, João José Leal expõe que a partir da nova lei o direito brasileiro passou a ter duas espécies de crimes de quadrilha ou bando: aquela prevista no art. 288, *caput*, do Código Penal, e a prevista na combinação entre os arts. 8.º, da citada lei, e 288, *caput*, do Código Penal, sendo que houve aumento da sanção: "A majoração da pena aqui consubstanciada revela mais uma face dessa cruzada da intolerância institucional, marcada pela exasperação punitiva em todos os sentidos e que, analisada com a necessária acuidade, apresenta-se como uma autêntica opção anti-histórica e como medida legal inócua, quanto a suas conseqüências práticas de prevenção à delinqüência".[16] E, mais adiante, o mesmo jurista arremata: "A melhor interpretação jurídica está com a corrente doutrinária que defende a revogação do art. 14 pelo art. 8.º da LCH. Este dispositivo legal, embora não tenho instituído um novo tipo penal, estabelece claramente que será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do CP, 'quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo'. Mais claro não é preciso. O novo dispositivo refere-se e se encarna ao tipo penal do art. 288 do CP, cominando pena mais grave no caso de crime hediondo, aí incluido expressamente o de tráfico de substâncias entorpecentes".[17]

O Supremo Tribunal Federal, através das duas Turmas, decidiu no sentido de que a tipificação prevista no art. 14 da Lei 6.368/76 não foi ab-rogada, tendo o dispositivo sido revogado, apenas, quanto ao preceito secundário. Em voto da lavra do Min. Moreira Alves, após ser feita a análise dos métodos de interpretação no conflito entre dispositivos de uma mesma Lei (8.072/90), chegou-se à conclusão: "No caso, a interpretação

(14) *Crimes hediondos*. cit. p. 232-233, com citação de trecho de Francisco de Assis Toledo (Crime hediondos – alguns aspectos importantes. *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, 1991, p. 211).

(15) *Tóxicos*. cit. p. 108-109. A despeito da conclusão de Vicente Greco Filho, o próprio autor ressalvou que conservou os comentários feitos a respeito do art. 14 da Lei 6.368/76, muito embora o considerasse revogado.

(16) *Crimes hediondos*. São Paulo : Atlas, 1996. p. 139.

(17) *Crimes hediondos*. cit. p. 141.

corretiva é perfeitamente aplicável. Com efeito, atendendo-se a que o art. 8.º da Lei 8.072/90 se dirige à pena e a que o art. 10 dessa mesma Lei tem inequivocamente como um vigor o tipo delituoso previsto no art. 14 da Lei 6.368/76, a forma de afastar-se a interpretação abrogante – que só deve ser utilizada no caso extremo de inconciabilidade absoluta – será a da conciliação sistemática, mediante a interpretação restritiva de ambos os dispositivos, deixando ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha que se forma para a prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade".[18]

O Superior Tribunal de Justiça, do mesmo modo, vem se orientando no sentido da convivência entre o art. 14 da Lei 6.368/76 e o art. 8.º da Lei 8.072/90, com revogação tão-somente do preceito secundário do tipo cuidado na Lei Antitóxicos. O Min. Luiz Vicente Cernicchiaro proferiu voto em caso relacionado ao tema, com os seguintes dizeres: "Meu entendimento, seguindo longo voto do Min. Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, é no sentido da convivência do art. 14 da Lei de Tóxicos e do art. 8.º da Lei 8.072 que acrescentou um parágrafo ao art. 288. Há compatibilidade, porque o art. 12 (*sic*, art. 14) fala em associarem-se duas ou mais pessoas e o 288 em associarem-se três ou mais no caso para o tráfico de entorpecentes. Acrescentou-se também à conclusão daquele acórdão do Supremo Tribunal Federal, buscando coexistência das normas jurídicas – são certos pormenores esse acórdão que reputo, talvez o mais importante do Supremo Tribunal Federal foi capitaneado por um civilista que é o Min. Moreira Alves –, no sentido de que o crime mais grave tem que ter pena mais grave do que o menos grave e que o crime menos grave tem que ter pena menos grave em relação à infração mais grave. É evidente, reunião de três ou mais pessoas é mais grave que a de duas ou mais pessoas, dando a possibilidade, pelo menos em tese, de maior sucesso, relativamente à consumação. Ora, ocorreu que o art. 14, originariamente, a pena cominada, reclusão de três a dez anos, e o art. 288, de acordo com a Lei 8.072, de três a seis anos, ou seja, com aquela orientação do Supremo Tribunal Federal, que considero escorreita, foram unificados".[19]

5. Análise crítica da questão

De acordo com as posições doutrinárias e jurisprudenciais acima expostas, a permanência, ou não, da vigência da norma contida no art. 14 da Lei 6.368/76 se baseia em dois aspectos distintos: a) a aparente antinomia entre os arts. 8.º e 10 da Lei 8.072/90; b) a criação de uma

(18) Acórdão proferido no julgamento do HC 68.793-RJ, publicado no *DJ* de 13.02.1992.

(19) Conforme voto do Relator, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, no julgamento do Recurso Especial 85.965-SP (96.0002582-7), da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, datado de 24.06.1996. No mesmo sentido: Recurso Especial 30.319-PA, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Adhemar Maciel, acórdão publicado no *DJ* de 28.06.1993. O Tribunal Regional Federal da 1.ª Região também vem se orientando no mesmo sentido: Apelação Criminal 0122139-TO, da Terceira Turma, Relator Juiz Tourinho Neto, acórdão publicado no *DJ* de 26.04.1996. No mesmo sentido a orientação do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região: HC 3016118, da Primeira Turma, Relator Sinval Antunes, acórdão publicado no *DJ* de 08.07.1997. Ainda: Tribunal de Justiça de São Paulo (Ag 150.791-3/0, Relator Djalma Lofrano, *RT* 716/417), Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Ap 694106790, Relator Egon Wilde, *RJTJRS* 168/114).

figura típica híbrida, que conjuga o disposto no art. 288 do Código Penal, com a previsão do art. 8.° da Lei 8.072/90, que é incompatível com a continuidade do art. 14 da Lei Antitóxicos. Respeitadas as posições acima elencadas, com argumentos jurídicos bastantes defensáveis, deve-se considerar, no entanto, que os reais fundamentos para a solução da questão não foram abordados, conforme ora se buscará expor.

Inicialmente, deve ser destacado que a Lei 8.072/90 não pode ser considerada um modelo de legislação diante das diversas omissões, incongruências, falhas e equívocos apontados pela doutrina. No entanto, é pacífico o entendimento segundo o qual a finalidade da lei foi a de incrementar mecanismos de recrudescimento ao combate à criminalidade violenta e perigosa. Desse modo, o objetivo da lei não foi o de descriminalizar certas condutas relacionadas aos crimes hediondos e equiparados; muito pelo contrário. Assim, qualquer orientação no sentido oposto estaria na contramão da *mens legis*, porquanto o sistema introduzido pelo texto legal de 1990 se mostrou claro, qual seja, o de agravar sanções, impor regime único de cumprimento de pena, dentre outras medidas de caráter intimidatório e repressivo. É certo que diante da forma como a Lei 8.072/90 foi introduzida no ordenamento jurídico, a despeito do contexto histórico e social, o texto acabou sendo mais benéfico do que o Direito anterior em alguns casos (mas esse, efetivamente, não foi o objetivo da lei), podendo ser citado justamente o novo preceito secundário do art. 14 da Lei 6.368/76, que passou a ser de três a seis anos, de reclusão, suprimindo a cominação anterior de três a dez anos, de reclusão, além de pena pecuniária.[20]

Assim, em vez invés de ser uma lei descriminalizante, a Lei 8.072/90 se insere em contexto oposto, aí incluído o art. 8.° do texto em questão. É de se lamentar que o legislador tenha omitido a referência ao art. 14 da Lei Antitóxicos, na redação do art. 8.°, lembrando de mencioná-lo quando redigiu a regra contida no art. 10 da mesma lei. Contudo, ainda que não houvesse o art. 10 da Lei 8.072/90, o raciocínio seria o mesmo, não se podendo admitir que tão-somente por uma questão gramatical (ou literal) se resolva a discussão sobre a permanência do crime de associação para fins de tráfico, formado por apenas duas ou três pessoas.

"O processo hermenêutico, em que sobressai a figura do juiz, não se pode realizar sem ampla valorização de todos os dados em questão. A busca do significado, que visa, não se restringe às leis, mas abrange os fatos e as leis."[21] O art. 8.° da Lei 8.072/90, de forma coerente com o tratamento que a lei proporcionou, teve o objetivo de tornar mais grave a associação para fins dos crimes hediondos e equiparados (tortura, terrorismo etc.) em relação a associação delituosa para a prática de quaisquer espécies de crimes. Assim, evidentemente, não foi objetivo do dispositivo citado descriminalizar a conduta prevista no art. 14 da

(20) A respeito, confira o art. Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei, de Júlio Fabbrini Mirabete, *RT* 663, cit., p. 271-272.

(21) Plauto Faraco de Azevedo. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica.* Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 67. O mesmo autor acentua: "O trabalho do jurista percorre um longo caminho, situando-se entre a criação (momento inicial) e a aplicação das normas jurídicas (momento final). (...) o trabalho do jurista não consiste (dir-se-ia melhor – não pode consistir) simplesmente em um trabalho de análise formal das normas, visto que reconduz a uma compreensão de fundo dessa mesma realidade social a que o direito vai aplicar-se, bem como à análise das vias de comunicação que se estabelecem entre a norma e a realidade social através dessa aplicação" (p. 30).

Lei 6.368/76. A melhor redação do dispositivo, sem sombra de dúvidas, seria a de se referir não somente ao art. 288 do Código Penal, mas também ao art. 14 da Lei 6.368/76. De qualquer modo, diante da falta de técnica legislativa, não se mostra razoável que a interpretação do dispositivo se dê de forma literal, isolada, assistêmica, enfim, fora do contexto histórico-jurídico-social no qual a lei foi elaborada, aprovada e promulgada. Deve-se, pois, entender que, apesar de não expressamente incluída do art. 8.º do texto, o preceito implicitamente se refere ao art. 14 da Lei 6.368/76, e não apenas ao art. 288 do Código Penal.

Assim, a norma do art. 10 da Lei 8.072/90 serve tão-somente como reforço para a conclusão acima, e, ainda que não tivesse sido redigida, não conduziria a outro entendimento que não o acima exposto. Ou seja, a questão não se refere à aparente antinomia entre os preceitos dos arts. 8.º e 10 da Lei 8.072/90, mas sim deve ser visualizada sob outro prisma, o da verdadeira *mens legis*.

Aliás, vale notar que o art. 14 da Lei 6.368/76, diante do princípio da especialidade, não se confunde com o art. 288 do Código Penal, sendo aquele norma especial em relação a este, que é norma geral. O art. 288 citado foi derrogado antes da própria edição da Lei 6.368/76, ainda na época da Lei 5.726/71, que deu nova redação ao art. 281 do Código Penal, atendendo às recomendações da Convenção Única sobre Entorpecentes. Portanto, pelo menos desde 1971 o art. 288 do Código Penal deixou de ser aplicável para as associações delituosas dotadas dos requisitos legais e voltadas para o tráfico de entorpecentes. Assim, não é possível a repristinação dos efeitos do referido art. 288 para o tráfico de entorpecentes, mormente diante da Convenção Única sobre Entorpecentes que recomendou tratamento específico sobre o assunto. Mais uma razão, pois, para considerar que o preceito primário do art. 14 da Lei 6.368/76 não foi revogado.

A norma contida no art. 8.º da Lei dos Crimes Hediondos não pode ser compreendida fora do contexto histórico-social em que ela se insere. "Nas palavras transcritas já está caracterizada a *Occasio legis*: complexo de circunstâncias específicas atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanação do texto; causas mediatas e imediatas, razão política e jurídica, fundamento dos dispositivos, necessidades que levaram a promulgá-los; fatos contemporâneos da elaboração; momento histórico, ambiente social, condições culturais e psicológicas sob as quais a lei surgiu e que diretamente contribuíram para a promulgação; conjunto de motivos ocasionais que serviram de justificação ou pretexto para regular a hipótese; enfim, o mal que se pretendeu corrigir e o modo pelo qual se projetou remediá-lo, ou, melhor, as relações de fato que o legislador quis organizar juridicamente."[22] Diante do aumento da criminalidade violenta e organizada, o citado dispositivo teve como escopo apenas agravar o preceito secundário dos crimes de associação para a prática de crimes hediondos e equiparados, daí a previsão expressa da sanção privativa de liberdade consistente na reclusão, de três a seis anos. Diante da equiparação feita entre os crimes hediondos e o tráfico de entorpecentes, buscou-se a uniformização da sanção penal no pertinente a pena privativa de liberdade, ainda que para tanto a norma tenha sido mais benéfica do que a prevista no art. 14 da Lei 6.368/76, que previa cominação máxima em dez anos de reclusão.

Não há incompatibilidade entre os preceitos primários em questão, mor-

(22) Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994. p. 148-149.

mente diante da circunstância que desde 1971 a associação para fins de tráfico passou a ser possível com duas pessoas, enquanto a quadrilha ou bando sempre exigiram o mínimo de quatro agentes.

Além de não ter ocorrido a ab-rogação do art. 14 da Lei Antitóxicos, com o advento do art. 8.º da Lei 8.072/90, deve ser considerado, ainda, que o preceito secundário do art. 14 somente foi derrogado, permanecendo a cominação de sanção pecuniária de cinqüenta a trezentos e sessenta dias-multa, considerando que inexiste incompatibilidade entre a multa cominada na Lei 6.368/76 e a nova pena privativa de liberdade cominada na lei dos crimes hediondos. Tal conclusão decorre da circunstância de que todos os tipos penais tratados na Lei 6.368/76 têm a sanção pecuniária prevista cumulativamente ou alternativamente com a pena privativa de liberdade, devendo, assim, ser preservado o sistema instituído pela legislação em comento.

Finalizando a abordagem do assunto, faço minhas as palavras de Plauto Faraco de Azevedo: "A consideração do contexto histórico-social, em que se insere e se realiza o processo interpretativo, é indispensável para perceber-se (e eventualmente para modificar-se) o substrato teórico a orientar o raciocínio na aplicação das normas jurídicas, o papel ideológico da formação jurídica, e os efeitos satisfatórios ou insatisfatórios desse processo".[23]

(23) *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica.* cit. p. 15-16.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.2

CRIMES DE TRÂNSITO: INTERPRETAÇÃO E CRÍTICA

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS

SUMÁRIO: 1. Introdução: crimes de perigo: 1.1 Perigo comum; 1.2 Dolo de perigo; 1.3 Perigo abstrato e perigo concreto – 2. Crimes de trânsito: 2.1 Observações preliminares; 2.2 Crimes culposos de dano: 2.2.1 homicídio culposo; 2.2.2 Lesão corporal culposa; 2.3 Principais crimes de perigo; 2.3.1 Anotações básicas; 2.3.2 Anarquia exegética – 3. A importância do intérprete – Bibliografia.

1. Introdução: crimes de perigo

O Código de Trânsito Brasileiro ao definir como crimes, ao lado de outras figuras delituosas, condutas até então reputadas como contravenções ou infrações de ordem administrativa, reativou o exame de questões clássicas de direito penal. Dentre elas, as que dizem respeito à tipicidade e natureza do bem jurídico tutelado. Convém, pois, rever a matéria sucintamente, a título de introdução geral, sobretudo em relação aos crimes de perigo.

1.1 Perigo individual e perigo comum

No Código Penal estão previstos os crimes de perigo individual (arts. 130 a 136, dentre outros) e de perigo comum (ou coletivo). Estes últimos, segundo opinião generalizada, ofendem o interesse jurídico relativo a um número indeterminado de vítimas. Exemplos corriqueiros: incêndio, explosão, inundação, perigo de desastre ferroviário, corrupção ou poluição de água potável, charlatanismo, curandeirismo. Está em jogo nestas hipóteses a *incolumidade pública*, na expressão do Código (Parte Especial, Título VIII), ou seja, a vida, a saúde, a integridade física ou mesmo o patrimônio de um número indefinido de membros da comunidade, representada por pessoas que, nas circunstâncias, correriam o risco que se quer evitar. O "acento tônico" do conceito de perigo comum "passou a ser a indeterminação das pessoas ou coisas sobre as quais pende a ameaça de dano (...) É a *indeterminação do alvo* a nota característica do perigo comum, que assim pode ser definido: é o perigo dirigido contra um círculo, previamente incalculável na sua extensão, de pessoas ou coisas não individualmente determinadas" (Nélson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1958. v. 9, p. 9-10).

Característico dos crimes contra a incolumidade pública, como lembra Magalhães Noronha, "é que ultrapassam a ofensa a determinada pessoa para se propagarem, ou, pelo menos, poderem estender-se a indeterminado número de indivíduos, prejudicando ou ameaçando a segurança da convivência social" (*Direito penal*. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 1986. v. 3, p. 350).

Isto não significa que o legislador dispense, como regra, a ocorrência de

perigo concreto. Mesmo que se trate de crime contra a incolumidade pública, nada impede que se exija, no tipo legal, uma situação de risco vivenciada, pelo menos, por uma pessoa. É o que se passa, por exemplo, com os crimes de desabamento ou desmoramento (art. 256), perigo de inundação (art. 255), inundação (art. 254), uso de gás tóxico ou asfixiante (art. 252), explosão (art. 251) e incêndio (art. 250), dentre outros. Explica Heleno Fragoso, reportando-se ao delito do art. 252: "Ainda aqui estamos diante de crime de perigo concreto, sendo necessário que se demonstre, para a consumação do delito, a superveniência de perigo efetivo e real para indeterminado número de pessoas e coisas" (*Lições de direito penal: parte especial – arts. 213 a 259, CP.* 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981. p. 166).

Forma-se, em minha opinião, uma espécie de figura delituosa híbrida, desde que se requer, como sinal ou prova desse perigo comum, a presença de alguém (outrem) a sofrer os riscos da conduta típica. Novamente Heleno Fragoso: "Quando se fala, na definição legal do crime, em exposição a perigo da vida, integridade física ou patrimônio *de outrem*, expressa-se uma fórmula de perigo comum concreto, que deve atingir, pelo menos, alguém, isto é, qualquer pessoa, de forma indiscriminada e indeterminada" (ibidem).

E os crimes de perigo individual? Esses crimes exigem uma vítima certa e determinada, à semelhança do que se passa com o homicídio ou lesões corporais. Quer dizer, o perigo se circunscreve, em regra, a uma única pessoa ou algumas pessoas individualizadas, de conformidade, aliás, com o subjetivismo ou dolo do agente. Não está em jogo o interesse propriamente comum ou coletivo. Mas o critério diferenciador, na expressão de Magalhães Drummond, "não é de exatidão matemática" (*Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro : Forense, 1944. v. 9, p. 25). Com efeito, até recentemente várias condutas de perigo no trânsito, quando não eram enquadradas como contravenção (Leis das Contravenções Penais, arts. 32 e 34), se amoldavam ao tipo do art. 132 do Código Penal de 1940, de perigo *individual.* Essas mesmas condutas são hoje situadas, preferencialmente, apesar de seu caráter híbrido, no âmbito dos crimes contra a incolumidade pública. Dentre outras: *velocidade incompatível; embriaguez ao volante; participação em competição não autorizada.*

A falta de clareza do Código de 1940, no que tange aos crimes de perigo individual, decorre da vagueza da própria expressão *perigo* – mesmo que circunscrito à vida ou à saúde de outrem – e também da enorme confusão que acarreta o legislador ao introduzir no sistema o dolo de dano, como ocorre por exemplo com as figuras dos arts. 130, § 1.°, e 131. É claro que os problemas se estendem aos crimes contra a incolumidade pública e, agora, a todos os delitos de trânsito. Em síntese, os dispositivos de ambos os Códigos, Penal e de Trânsito, como seria de imaginar-se, conservam as imprecisões e ambigüidades inerentes a qualquer proposta normativa redigida em linguagem natural.

1.2 Dolo de perigo

A mais grave das divergências reside, a meu ver, na dificuldade que eminentes penalistas enfrentam para identificar e distinguir, na estrutura jurídica de cada crime, o dolo de perigo e o dolo eventual de dano. Não me refiro a uma simples e comum dificuldade de ordem prática, que se resolveria com a adoção da hipótese favorável ao acusado. Infelizmente, ela existiu e persiste no terreno hermenêutico-dogmático, o que contribui para tumultuar ainda mais as esperanças de justiça formal e igualitária no foro criminal.

Para Fabbrini Mirabete, por exemplo, quando da análise do tipo subjetivo do crime do art. 132: "Querer o perigo ou aceitar o risco de sua ocorrência equivale a consentir no risco do resultado (morte ou lesão corporal)" (*Manual de direito penal*. 9. ed. São Paulo : Atlas, 1995. v. 2, p. 127). E Waldyr de Abreu: "Não logramos entender que alguém possa querer um perigo, ou mesmo assumir o risco de causar um perigo, sem conseqüentemente não assumir o risco do dano de que se trate" (*Direito penal do trânsito*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988. p. 147). Por outro lado, a dificuldade de ocorrência do dolo direto de perigo e, com mais nitidez, de sua prova, extensiva ao dolo eventual, tem obrigado os intérpretes, na informação de Damásio E. de Jesus, a explicar que "o sujeito, no dolo direto de perigo, não quer submeter o sujeito passivo a um perigo real, *bastando a consciência* [grifos meus] de que, com sua conduta, poderá levá-lo a essa situação" (*Crimes de trânsito*. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 2). Essa constatação, repetida mais adiante (p. 18), vem acompanhada de censura parcimoniosa do ilustre penalista: "Tal explicação contraria o art. 18, I, 1.ª parte, do CP, que conceitua o dolo direto" (p. 2).

Aprofundo a crítica. Dá-se uma imperdoável confusão de conceitos. Não é concebível que, no Brasil, diante do enunciado do Código Penal em vigor, façam os especialistas alguma confusão *teórica* entre dolo direto e culpa consciente, de dano ou de perigo. A simples consciência do perigo jamais se mostrou bastante para o reconhecimento do dolo eventual e, muito menos, do dolo direto. E dificuldades de ordem prática não justificam, em absoluto, o abandono da coerência lógica.

De minha parte, acompanho o ponto de vista majoritário. Entendo que todo crime se compõe de conduta e resultado, pouco importando se o resultado coincide ou não, no tempo, com a ação ou omissão. E mais: pouco importando se esse resultado corresponde a um dano efetivo ou meramente potencial, concreto ou presumido. Há, no Código Penal, suficiente clareza dogmática em termos de exigência de ação ou omissão de que resulte uma situação de dano ou de perigo a determinado bem jurídico, e dolosamente procurada, em regra, pelo autor do delito (art. 13 c/c art. 18 e parágrafo). Assim, na hipótese do art. 132, reputado como modelo ou paradigma de crime de perigo individual, o agente precisa querer o perigo (dolo direto) ou assumir o risco de produção do perigo (dolo eventual). Nem mais, nem menos. Neste último caso, de *menos*, não haveria delito algum exatamente porque não basta a consciência do perigo ou a possibilidade dessa consciência (forma culposa). E quanto ao *mais*: no momento em que o sujeito *assume* o risco de matar, ou de ofender a saúde, já se encontra em patamar distinto e mais alto da escala de gravidade de sua conduta antijurídica, no campo subjetivo.

Indagações sobre acerto ou desacerto do legislador fogem do âmbito da questão principal. Deslocam-se para outro sistema, de inteira responsabilidade do intérprete ou operador jurídico. Querer o perigo (dolo direto de perigo) não é o mesmo que assumir o risco do dano (dolo eventual de dano). Querer o perigo à vida (somente o perigo: art. 132) não é o mesmo que *assumir* o risco de matar. Tanto que se tem como resposta, em havendo morte, homicídio culposo, na primeira hipótese; e homicídio doloso, na segunda.

Em outras palavras, permanecem idênticas, no plano formal, as estruturas jurídicas inerentes às duas categorias de crime: de dano e de perigo. Tudo o que vale para os delitos de dano (tipicidade, ilicitude, culpabilidade) vale igualmente para os delitos de perigo. Trata-se de prévia imposição dogmática do sistema

do Código (Parte Geral). O que pode ocorrer – e já está ocorrendo – é uma luta ideológica na doutrina para que sejam extirpados do ordenamento jurídico os delitos de perigo por presunção legal, utilizando-se para tanto velhos e novos recursos retóricos: princípios gerais de direito, hegemonia da Constituição etc.

1.3 Perigo abstrato e perigo concreto

Pode-se perguntar se o legislador presume o perigo, que decorreria implícita e obrigatoriamente da conduta incriminada (perigo abstrato), ou condiciona o delito à constatação empírica desse evento (perigo concreto). Em alguns casos o texto não deixa dúvida, o resultado de perigo é incluído expressamente na descrição do crime, como se nota pela leitura dos arts. 132 (expor a vida ou a saúde de outrem a *perigo* direto e iminente) e 136 (expor a *perigo* a vida ou a saúde de pessoa etc.). Em outros, não. A omissão de socorro à criança abandonada ou extraviada (CP, art. 135) enseja controvérsias. Há quem dispense a prova de que a vítima sofreu efetivamente perigo em sua vida ou saúde, considerando que toda criança, pelo fato do abandono ou extravio, já se encontra em tal situação de perigo. Trata-se de perigo presumido por lei. Se o omitente tem plena consciência das circunstâncias (criança abandonada ou extraviada), e deixa dolosamente de prestar-lhe assistência, incide nas penas do art. 135. Da mesma forma haveria crime na participação em rixa (art. 137) ou na exposição a contágio de moléstia venérea, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso (art. 130). Os comportamentos mencionados traduziriam em si mesmos, por presunção legal, os riscos ou perigos vivenciados pela vítima.

É o que se passaria também, desta vez em termos de *incolumidade pública*, dentre outros, com os crimes de fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico ou asfixiante (art. 253); de arremesso de projétil (art. 264); de atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública (art. 265); de interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico (art. 266); e com os crimes contra a saúde pública, de um modo geral (arts. 267 a 285). "A distinção, para nós – esclarece Magalhães Noronha –, existe apenas no terreno normativo. Realmente, há delitos, para os quais a lei não impõe a demonstração do perigo; outros, entretanto, exigem se demonstre sua existência. Nesse sentido é que se poderia falar em perigo abstrato, no primeiro caso, e concreto, no segundo" (*Direito penal.* cit. v. 3, p. 350).

É mais fácil, hoje, sobretudo em matéria de crime ou delito de perigo individual, exigir a presença de perigo concreto. Além do apoio retórico do próprio Capítulo III (Da periclitação da vida e da saúde), a tendência dos novos tempos, segundo os doutrinadores, é a de limitar o campo de atuação do direito penal, que já se mostra pernicioso e inoperante, na prática, em relação a tantos outros delitos de maior gravidade ou repercussão ético-social. Na observação de Luiz Regis Prado, "a ingerência penal deve ficar adstrita aos bens de maior relevo, sendo as infrações de menor teor ofensivo sancionadas, por exemplo, administrativamente. A lei penal, advirta-se, atua não como *limite* da liberdade, mas sim como seu garante" (*Bem jurídico-penal e constituição.* São Paulo : Ed. RT, 1996. p. 83). Daí a referência a princípios nem sempre tão modernos: presunção de inocência, *nullum crimen sine injuria,* concurso aparente de normas, minimalismo penal, princípio da insignificância, *nullum crimen sine culpa.* Com eles, ou através deles, e até pelo recurso a uma eventual alegação de inconstitucionalidade da norma recalcitrante, pretende-se a implantação de um direito criminal rigidamente apegado a

eventos de dano ou, no máximo, de perigo, desde que concreto e socialmente relevante. Quaisquer outras condutas consideradas ou presumidas perigosas ficariam melhor situadas no domínio do direito civil ou administrativo, que não afeta, propriamente, a dignidade do ser humano, mesmo que acarrete encargos ou sanções de vulto, quase sempre de natureza patrimonial.

A propósito, nessa ótica seria descartada a possibilidade jurídica de tentativa de crime de perigo individual, porque incondizente com o conteúdo mínimo de gravidade que se espera de uma conduta de natureza criminosa, em termos de prejuízo ou alarme social (perigo de perigo). Nada obstante, há sinais evidentes de que o sistema comporta a figura da tentativa (Código Penal, arts. 13, 14 e 18). Damásio E. de Jesus, reportando-se aos crimes descritos no Código de Trânsito que "portam o risco de dano como elementar", pondera com precisão técnica: a admissibilidade da tentativa "depende de poder o *iter* ser fracionado. Além disso, há delitos que, chamados de perigo, pela sua natureza não permitem a figura tentada. É o que ocorre com a omissão de socorro (CT, art. 304), por ser omissivo próprio ou puro" (ob. cit., p. 9).

Com estas observações, passo ao exame perfunctório da estrutura jurídica de alguns crimes de trânsito, definidos na Lei 9.503, de 23.09.1997, em vigor desde 22.01.1998 (Luiz Flávio Gomes, "CTB: Primeiras notas interpretativas", *Boletim IBCCrim* n. 61, São Paulo, dez./1997, p. 4; Damásio E. de Jesus, op. cit., p. 34).

2. Crimes de trânsito

2.1 Observações preliminares

Homicídio e lesão corporal culposos, quando praticados na direção de veículo automotor, assim como a grande maioria das condutas perigosas no trânsito – enquadradas até recentemente no art. 132 do Código Penal ou nos arts. 32 ou 34 da Lei das Contravenções Penais – se resolvem agora com legislação própria: Lei 9.503, de 23.09.1997 (Código de Trânsito Brasileiro).

Também o disparo de arma de fogo em lugar habitado ou em suas adjacências, ou em via pública ou em direção a ela, passou a constituir delito específico, com penas de detenção de um a dois anos e multa (Lei 9.437, de 20.02.1997, art. 10, III) ou de reclusão de dois anos a quatro e multa (art. 10, § 2.º). Esse tipo específico prevalece com exclusividade sobre o crime do art. 132, que descarta expressamente a hipótese de crime mais grave (concurso aparente de normas).

Diga-se o mesmo, nos termos da Lei 9.503/97, da "embriaguez ao volante" (art. 306); da "participação em corrida não autorizada" (art. 308); da "direção sem habilitação" (art. 309); e da "velocidade incompatível" (art. 311).

Em todos eles se exige o dolo, que é de perigo, e um resultado igualmente de perigo. Trata-se de perigo concreto, descrito no entanto de várias maneiras, o que não me parece de boa técnica legislativa: "expondo a dano potencial a incolumidade de outrem" (art. 306); "dano potencial à incolumidade pública ou privada" (art. 308); "perigo de dano" (art. 309); "perigo de dano" (art. 311).

O legislador, em sua fome legiferante, vai criando aqui e ali novos delitos, sem perceber que ao mesmo tempo pode estar abrindo lacunas jurídicas não raro nocivas ao grupo social. Curiosamente, escapou da previsão legislativa a hipótese do motorista habilitado e sóbrio que, numa rodovia, com ou sem passageiros a bordo, dirige em velocidade bastante superior ao máximo permitido (a 160 km/h, por exemplo), mesmo que, no trajeto, faça ultrapassagens proibidíssimas e *qua-*

se provoque um ou mais acidentes de graves proporções com outros veículos em movimento. O trânsito de qualquer natureza, nas vias terrestres do território nacional abertas à circulação – lê-se no art. 1.º –, "rege-se por este Código". E como "este Código" já tratou exaustivamente dos crimes de trânsito (Capítulo XIX), a que se aplicam as normas *gerais* do Código Penal (art. 291), não caberia ao intérprete acrescentar à lista, mediante analogia, qualquer outra conduta.

De acordo com o § 1.º do art. 256, "a aplicação das penalidades previstas neste Código não elide as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito, conforme disposições de lei". Essa delimitação concernente apenas aos "crimes de *trânsito*, conforme disposições de lei", parece afastar a supletividade do art. 132, que tem caráter visivelmente genérico, bem mais amplo. E agora? Impunidade do motorista?

Paulo José da Costa Jr. e Maria Elizabeth Queijo tenderiam, quem sabe, a enquadrar o fato no art. 308, uma vez que atribuem à própria Lei 9.503/97 a distinção entre *corrida* (*um só* motorista), *disputa* ou *"racha"* (*dois* motoristas) e *competição*, concernente a *três* ou *mais* motoristas. "A corrida é unilateral, isolada. É uma corrida contra o relógio. Trata-se do motorista que, em plena via pública, dirige em desabalada carreira, para provar a potência do veículo ou para exibir-se" (*Comentários aos crimes do novo código de trânsito*, São Paulo : Saraiva, 1998. p. 77).

Acontece que a velocidade incompatível, de natureza criminosa, ficou reservada, em detalhes, para o art. 311. E se é verdade, como assevera Fernando Fukassawa, que corrida, a princípio, pode ser realizada por uma só pessoa, também é verdade que "o núcleo do tipo 'participar' impõe forma de realização de conduta em concurso necessário" (*Crimes de trânsito*, São Paulo : Oliveira Mendes, 1998, p. 166). Também para Damásio E. de Jesus o crime é de concurso necessário e, como tal, "não pode ser cometido por uma só pessoa. Ninguém pratica 'racha' sozinho. O tipo exige a participação de dois ou mais motoristas" (op. cit., p. 173).

Destarte, na falta de tipo legal explícito no Código de Trânsito, entendo que persiste, para enquadramento da hipótese mencionada, a subsidiariedade inerente àquele dispositivo (CP, art. 132), a que corresponde – sem nenhuma razão aparente – punição de menor severidade. Pedestres e ciclistas, que não receberam carta branca em termos de imunidade penal, incidem nas penas do art. 132 caso exponham, no trânsito, a perigo direto e iminente, a vida ou a saúde de outrem. É claro então que os motoristas de veículos automotores não foram absurdamente liberados de idêntica responsabilidade criminal, assim como não foram liberados do art. 132 os que deflagram perigosos tiros de revólver em local desabitado ou suas adjacências, longe das vias públicas.

Estou trabalhando com a "lógica do razoável", que imagino compartilhar com o legislador, embora reconheça que este não se tenha mostrado pródigo ou preciso em suas instruções normativas. De passagem, aliás, esclareço que continuo preferindo a *descriminalização* de condutas meramente de perigo desde que, em contrapartida, sejam previstas penalidades e medidas administrativas de relevo. E como elas me parecem razoáveis e suficientes, no sistema do Código de Trânsito em vigor, não insisto na tese da *duplicação* dos valores de multa, sustentada em artigo doutrinário de 1996. Mas os delitos de perigo, meramente de perigo, e ainda mais na forma em que foram redigidos, mereceriam ser sumariamente descartados daquele diploma legal ("Prevenção de acidentes de trânsito", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 16,

São Paulo : Ed. RT, out./dez./1996, p. 231-237). Neste caso, por se tratar de condutas de maior gravidade ético-jurídica, faria sentido algum acréscimo ou recrudescimento no âmbito das penalidades e medidas administrativas.

2.2 Crimes culposos de dano

2.2.1 Homicídio culposo

"*Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:*

Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:

I – não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;

II – praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;

III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;

IV – no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros".

Mais importante do que a crítica da técnica legislativa ("praticar" homicídio culposo) é indagar sobre o âmbito de incidência do dispositivo. Trata-se de questão básica, haja vista que se está diante de norma especial, de punição bem mais severa, e que prevalece sobre a regra do art. 121, §§ 3.º e 4.º. Como lembra João José Leal – que lamenta, com razão, a disparidade de critérios, inclusive quanto às formas qualificadas – "a proposta punitiva de maior severidade não se limitou em aumentar as quantidades mínima e máxima da pena detentiva, para o homicídio culposo de trânsito. Cominou também, de forma cumulativa, a imposição da pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, com duração de dois meses a cinco anos" ("O CTB e o homicídio culposo de trânsito: duas penas e duas medidas", *Boletim IBCCrim* n. 65, São Paulo, abr./1998, p. 4).

Pois bem, diferentemente do que se prevê para outras espécies delituosas (por exemplo: embriaguez ao volante e participação em competição não autorizada), não se exige que o fato aconteça em via pública. Concordo com Fernando Fukassawa: a conduta, que é comissiva, pode ocorrer "em via pública ou não, tais como estacionamentos, garagens etc." (*Crimes de trânsito*, cit., p. 118). Entretanto, não constitui heresia jurídica advogar uma exegese restritiva, tomando-se por base o próprio art. 1.º, que se atém ao "trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação", assim como o parágrafo único do art. 2.º, *in verbis*: "Para efeitos deste Código, são consideradas as praias abertas à circulação pública e as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas". As vias privadas (por exemplo, pátio de fábrica, estrada do interior de uma fazenda particular) justificariam a aplicação do Código Penal, exclusivamente.

A única exigência específica da lei se prende ao sujeito ativo, que há de estar na direção de veículo automotor, com ou sem autorização legal. E veículo automotor, nos termos do Anexo I, é "todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico)". Automóveis,

caminhões, ônibus e motocicletas se encaixam no conceito. O mesmo não se diga de carroça ou bicicleta. Quem dirige carroça ou bicicleta e, na seqüência, por culpa, provoca a morte de outrem, incide somente nas penas do Código Penal, escapando do âmbito de subsunção da norma de trânsito.

O homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, sem prejuízo do reconhecimento de formas qualificadas (parágrafo único do art. 302), absorve todo e qualquer crime de perigo com ele relacionado, ainda que alusivo à incolumidade pública. Ficou implícita a subsidiariedade de todos os crimes de perigo. Vale para o Código de Trânsito o que vale para o Código Penal. Neste, o homicídio culposo afasta a figura delituosa do art. 132, onde se lê: "Se o fato não constitui crime mais grave" (subsidiariedade explícita).

Registro a discordância de Paulo José da Costa Jr. e Maria Elizabeth Queijo: "Se do racha [art. 308] resultar a morte de alguns dos participantes ou de um transeunte, os agentes responderão pelo crime, em concurso material com o homicídio culposo" (Ob. cit., p. 78). A ausência no Código de Trânsito de regra explícita de subsidiariedade lhes permitiu optar pelo concurso material de crimes.

De qualquer modo, a indicação da figura do homicídio culposo e, não, doloso, nos remete ao exame atualizado da figura delituosa concernente às mortes no trânsito. Quem dirige embriagado ou participa de "racha" (mesmo quando perde o comando do volante e, subindo na calçada, mata um ou mais pedestres) não age, em princípio, com dolo eventual de dano. É evidente que este, o dolo eventual, pode existir no caso concreto. Na direção de um automóvel é possível, inclusive, agir com *dolo direto* de homicídio. O que não é permitido, isto sim, e para tanto cabe invocar a própria Constituição Federal (art. 5.°, XXXIX, LVII e LXXVII, §§ 1.° e 2.°), é trabalhar com presunções em abstrato e deduzir a responsabilidade criminal a título de dolo.

Pondera, com acerto, Edmundo José de Bastos Júnior: "Quando a atitude psíquica do agente não se revelar inequívoca, ou se há inafastável dúvida sobre se houve, ou não, aceitação do risco do resultado, a solução deve ser baseada no princípio *in dubio pro reo*, vale dizer, pelo reconhecimento da culpa consciente". E continua: "Nos delitos de trânsito, há um decisivo elemento de referência para o deslinde da dúvida entre dolo eventual e culpa consciente: o risco para o próprio agente. Com efeito, é difícil aceitar que um condutor de veículo, na plenitude de sua sanidade mental, seja indiferente à perda de sua própria vida – e, eventualmente, de pessoas que lhe são caras – em desastre que prevê como possível conseqüência de manobra arriscada que leva a efeito, como, por exemplo, uma ultrapassagem forçada ou sem visibilidade" (*Código penal em exemplos práticos*, Florianópolis, Terceiro Milênio e OAB/SC Editora, 1998, p. 58).

Agora ficou mais claro: os dois delitos se apresentam com estrutura e dolo de perigo, por expressa determinação legal. Edmundo José de Bastos Júnior, que menciona o art. 308 ("racha") como "crime de perigo", encontra nesse detalhe um reforço para sua posição: "É que, se de crime doloso de perigo ocorre resultado danoso, por este só pode responder o agente a título de culpa" (ob. cit., p. 60). O argumento me parece definitivo, em termos de objetividade dogmática do sistema legal em vigor.

Repito, no entanto: no caso concreto, com ou sem influência de embriaguez, ou no contexto de um "racha", e até sob a inocente aparência de tráfego permitido (sinal verde, via preferencial etc.), nada impede que se cometa homicídio com dolo eventual e, mesmo, com dolo direto.

2.2.2 Lesão corporal culposa

"Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo único do artigo anterior."

Servem para a lesão corporal culposa as observações referentes ao delito anterior no que concerne ao local dos fatos (via pública ou via privada) e sujeito ativo, que deve estar na direção de veículo automotor.

E se a lesão corporal estiver vinculada a precedente conduta típica de perigo? Ora, em se cogitando de forma qualificada (parágrafo único do art. 303), esta é que prevalece, no concurso de normas. A lesão corporal simples, no entanto, cede a vez para os delitos de perigo sujeitos a uma punição mais severa, qualitativa ou quantitativamente. É o caso, por exemplo, de *embriaguez ao volante* do art. 306 (detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor) e da *participação em competição não autorizada* do art. 308 (detenção de seis meses a dois anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor). Tudo isso por força da mesma regra de aplicação de normas: o princípio da subsidiariedade (no caso, implícita).

É de lamentar-se que as penas da lesão corporal culposa, de pequeno porte, por descuido ou desatenção do legislador, se mostrem mais severas do que as penas da lesão corporal dolosa de natureza leve, cometida ou não na direção de veículo automotor (Sérgio Salomão Shecaira, "Primeiras perplexidades sobre a nova lei de trânsito", *Boletim IBCCrim* n. 61, São Paulo, dez./1997, p. 3; José Carlos G. Xavier de Aquino, "Falta clareza em tipos penais", *Tribuna do Direito: Suplemento Especial*, n. 20, mar./1998, p. 3). Por outro lado, o "tratamento igualitário a situações desiguais", tendo em vista o nivelamento das penas mínimas dos delitos, se mostrou visível no confronto entre a própria lesão corporal culposa, que pode ser gravíssima, e a conduta menos grave de quem, por exemplo, "omitiu socorro ou apenas afastou-se do local do acidente para fugir à responsabilidade (art. 305)" (Rui Stoco, "Código de trânsito brasileiro: disposições penais e suas incongruências", *Boletim IBCCrim* n. 61, São Paulo, dez./1997, p. 9).

2.3 Principais crimes de perigo

Embriaguez ao volante: *"Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas – detenção, de seis meses a três anos, multas e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor" (art. 306).*

Participação em competição não autorizada: *"Participar, na direção de veículo automotor, na via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada: Penas – detenção, de seis meses a dois anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor" (art. 306).*

Direção de veículo sem habilitação: *"Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas – detenção de seis meses a um ano, ou multa" (art. 309).*

Direção perigosa: "*Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano: Penas – detenção, de seis meses a um caso, ou multa" (art. 311).*

2.3.1 Anotações básicas

Por sua especificidade, sujeitos portanto à jurisdição castrense, nos termos da própria Constituição Federal (arts. 124 e 125, § 4.°), permanecem em vigor os delitos análogos do Código Penal Militar: *embriaguez ao volante* (art. 279) e *perigo resultante de violação de regra de trânsito* (art. 280), além do crime de *fuga após acidente de trânsito* (art. 281), que teria de ser analisado em confronto com os crimes dos arts. 304 e 305 do CTB. Diga-se o mesmo, no que concerne à preponderância da legislação especial, do homicídio e lesão corporal culposos (CPM, arts. 206 e 210).

Os três primeiros delitos (CTB, arts. 306, 308 e 309) só podem ser praticados na via pública, ou seja, "nas vias terrestres abertas à circulação (CTB, art. 1.°) explicitadas no art. 2.° ou como tal consideradas no respectivo parágrafo único.

Mas o *texto* do art. 311, de seu turno, permite maior alcance ou extensão. Por exemplo, o delito é possível nas proximidades de escolas situadas no interior de fazendas particulares; ou em qualquer local, público ou privado, onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas: estádios de futebol, apresentações artísticas etc. É claro, porém, que os fatos descritos ocorrerão na grande maioria das vezes em plena via pública.

Também não se exige a direção de veículo automotor, sendo suficiente, nas circunstâncias, a condução perigosa de qualquer veículo: charrete, carroça ou bicicleta, por exemplo. Mesmo assim, a natureza do veículo haveria de exigir maior cautela do operador jurídico quanto à efetiva ocorrência de crime, nos planos objetivo e subjetivo. Não é à toa que boa parte dos comentaristas, possivelmente a grande maioria, prefere uma exegese restritiva, voltada para a direção de *veículo automotor* (Walter Martins Muller e Altair Ramos Leon, "Comentários ao novo Código de Trânsito brasileiro", *Boletim IBCCrim* n. 63, São Paulo, fev./1998, p. 6; Paulo José da Costa Jr. e Maria Elizabeth Queijo, op. cit., p. 87; Ismar Estulano Garcia, *Crimes de trânsito*, 2. ed., Goiânia, 1997, p. 91; Fernando Fukassawa, op. cit., p. 177). Não duvido que eu próprio me convença, mais tarde, da consistência deste último entendimento.

A propósito, antecipando-me ao capítulo final, esclareço que a possibilidade técnica de exegese extensiva, declarativa ou restritiva de qualquer texto de lei torna insolúvel o deslinde da questão. A sorte do réu acaba dependendo, em última instância, do grau de vontade e liberdade opinativa ou decisória do operador jurídico. Em outras palavras, o problema não é apenas de ciência mas de ciência e consciência.

Continuando. Já vimos que, estranhamente, não se tipificou o perigo concreto associado à velocidade excessiva sem conotação com certos locais, embriaguez ou "racha". Subsistiria, em contrapartida, o art. 34 da Leis das Contravenções Penais, ou o próprio delito do art. 132 do Código Penal em vigor.

Vimos também que de todas as figuras citadas se exige o dolo, que é de perigo, e um resultado igualmente de perigo. Mas é preciso deixar bem claro que se está diante, *em regra*, de crimes de perigo comum. Sua autonomia em face das contravenções penais não lhes retira (ao contrário, confirma) essa condição ou qualidade de crimes contra a

incolumidade pública, igualmente visível no Código Penal Militar de 1969 (arts. 279 e 280). Isto significa que o agente, no plano subjetivo, não direciona sua conduta (de simples perigo) contra esta ou aquela pessoa determinada, e sim, contra qualquer pessoa que, nas circunstâncias, representando o grupo social, sofra ou venha a sofrer o risco de lesão.

Daí se falar, com mais propriedade, em dolo eventual de perigo, na grande maioria dos delitos de trânsito. O sujeito manifesta *previamente* sua indiferença quanto à probabilidade de perigo, que não há de confundir-se com o próprio dano ou lesão. Essa *indiferença* caracteriza o dolo eventual de perigo. No caso, perigo a um número indefinido e generalizado de pessoas. Quer dizer, o sujeito assume o risco de produzir o resultado de *perigo* em relação a *qualquer pessoa que esteja em seu caminho.*

E se esse perigo não ocorre concretamente: por exemplo, quando a rua se encontra totalmente vazia? Ora, neste caso, inexistindo mais ninguém no veículo, não há o que punir, por falta de um dos requisitos do tipo. *Nullum crimen, nulla poena sine lege.* Da mesma forma, sendo impossível a consumação, fica impróprio cogitar de tentativa.

Sobre o tema, contudo, há divergências, inclusive no plano da consumação (tipicidade plena). Indagações: trata-se *mesmo* de crime de perigo? Nesta última hipótese: perigo concreto ou perigo abstrato? E mais: crime contra a pessoa (perigo individual) ou contra a incolumidade pública (perigo coletivo)?

Não faço essas perguntas em vão, gratuitamente, ou por mero deleite intelectual. Em função das respostas é que se poderá construir, caso a caso, ainda que de modo diversificado ou contraditório, o direito penal correspondente, projetado pelo legislador.

Veja-se a *nova lição* de Damásio E. de Jesus. Desmentindo a dogmática tradicional e, corajosamente, a si próprio (*Código Penal anotado*, 7. ed., São Paulo : Saraiva, 1997. p. 399; 410; 412; 419; 745; 757 etc.), ele considera que os crimes de perigo abstrato, ou presumido, "já não existem em nosso ordenamento jurídico, fulminados pela Reforma Penal de 1984 e pela CF de 1988" (*Crimes de trânsito*, cit., p. 26). Daí que os delitos de trânsito, tais como os dos arts. 306, 308, 309 e 311 do CTB, "são crimes de lesão e de mera conduta (ou de simples atividade)". Não se reputam nem mesmo de perigo concreto, pois, dentre outros motivos, "a entender-se que são infrações de perigo concreto e que este constitui o resultado naturalístico do tipo, transformando-as em crimes materiais, ficará difícil explicar o dolo direto" (*idem, ibidem*).

O que é dolo direto? Prossegue Damásio: é a vontade de produzir o resultado, nos termos do Código Penal, art. 18, I, 1.ª parte. Ainda consoante o ilustre penalista, "nos crimes de perigo o dolo é de perigo. Corresponderia, então, à vontade firme e decidida de expor o objeto jurídico a perigo de dano. Como a objetividade jurídica desses crimes é a incolumidade pública no que concerne à segurança nas relações de trânsito, o dolo equivaleria à vontade, firme e direta, de expor a segurança da coletividade a perigo de dano. Ora, essa é uma doutrina surrealista. Nunca foi visto no banco dos réus, a não ser que sofra das faculdades mentais ou seja terrorista, alguém que, na direção de veículo automotor, o estivesse conduzindo com vontade de expor a coletividade a perigo de dano" (p. 26-27).

Damásio, nota-se facilmente, deixa de lado uma das espécies de dolo (o dolo eventual: CP, art. 18, segunda parte). Preocupado com "a essência dos delitos automobilísticos" (p. 21), não se impressiona com os vários textos normativos que reclamam dano potencial ou perigo

de dano. Essa parte final dos dispositivos "apenas reflete a descrição típica inicial, seu espelho" (p. 23). Conforme anunciado em outra obra, "o sujeito passivo é a coletividade e não a pessoa. Em face disso, a conduta delituosa é dirigida contra o objeto jurídico 'segurança coletiva', não sendo preciso que um dos membros do corpo social seja exposto a uma situação de real perigo" (*Natureza jurídica dos crimes de trânsito*, São Paulo : Edições Paloma, 1998. p. 31; igualmente em *Crimes de trânsito*, cit., p. 159).

Descoberta a "essência" ou "natureza" dos crimes em estudo, fica fácil exemplificar com a conduta de "subir com o veículo na calçada", "passar com o sinal vermelho", "dirigir sem habilidade", "dirigir na contramão de direção" (*Crimes de trânsito*, cit., p. 27), independentemente da ocorrência de perigo concreto. Todos, em síntese, "são delitos de lesão porque o condutor, com sua direção anormal, realizando condutas perigosas ou imprudentes, reduz o nível de segurança do trânsito exigido pelo legislador, atingindo a objetividade jurídica concernente à incolumidade pública" (*idem, ibidem*).

Também Luiz Flávio Gomes entende que "a presunção legal de perigo viola o Direito Penal da culpa e conflita radicalmente com a presunção constitucional de inocência" ("A contravenção do art. 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto?", *RBCCrim* n. 8, São Paulo : Ed. RT, out./dez./1994, p. 83). Em se tratando de perigo à incolumidade pública, prefere falar em *perigo concreto indeterminado*. Diante do atual Código de Trânsito, aponta como de *perigo concreto indeterminado* os tipos delituosos dos arts. 306, 308, 309, 310 e 311. É pouco, por exemplo, dirigir em estado de embriaguez. É preciso demonstrar que concretamente a conduta do motorista "trouxe perigo para 'outrem' (pessoas indeterminadas que nem sequer, em geral, serão ouvidas, mas que passavam pelo local, estavam no local ou moravam no local)" ("CTB: primeiras notas interpretativas", *Boletim IBCCrim* n. 61, cit., p. 5).

Alternativa exegética, em direção oposta: na hipótese do art. 306, aduz José Geraldo da Silva, o perigo correspondente, sendo abstrato ou presumido, "não precisa ser provado, uma vez que resulta da própria ação do sujeito em colocar-se ao volante de um veículo, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos" (*Código de Trânsito brasileiro anotado*, Campinas, Bookseller, 1998, p. 252). E, de seu turno, Fernando Fukassawa: "Desnecessário o perigo concreto, vale dizer, que o agente tenha realizado qualquer manobra perigosa que pudesse causar dano a uma ou várias pessoas" (op. cit., p. 156).

Discorda, com nitidez, Ismar Estulano Garcia: para a configuração do tipo "é necessário que se exponha a dano potencial a 'incolumidade de outrem', que significa a segurança de outra pessoa" (op. cit., p. 83).

2.3.2 Anarquia exegética

Na atualidade, portanto, e sem nenhuma surpresa para os que têm um mínimo de visão crítica, institucionalizou-se a anarquia exegética. Concorre para tanto, de um lado, o próprio legislador, que não sopesou a contento a maior ou menor gravidade das condutas e, pior ainda, desinteressou-se da clareza e qualidade técnica do texto legal. De outro lado, é visível a interferência ideológica do intérprete, que se afasta do sistema normativo para impor ou tentar impor, com ou sem ajuda de supostas verdades ontológicas, suas concepções pessoais sobre a matéria, mais ou menos compartilhadas por este ou aquele tribunal ou jurisconsulto, nacional ou estrangeiro.

Conforme já exposto, seria preferível que *inexistissem* crimes de perigo no

trânsito. Multas elevadas e severas medidas de ordem administrativa me pareciam e me parecem bastantes, no âmbito normativo. A introdução dos novos tipos cumprirá, tão-somente, o papel histórico de desmoralizar, ainda mais, a eficiência e equanimidade do sistema jurídico-penal brasileiro.

Entretanto, se a lei foi publicada, se está em vigor, não me cabe, em princípio, ignorá-la. E o Código de Trânsito Brasileiro, apesar das lacunas e imprecisões, conseguiu ser claro em muitas passagens, sobretudo no que concerne à exigência de resultado de perigo para a integração das condutas. Pouco importa se não manteve um certo padrão terminológico. O que importa é que sempre *exigiu*, nos delitos sob análise, algum *resultado*: "dano potencial à incolumidade de outrem" (art. 306); "Dano potencial à incolumidade pública ou privada" (art. 308); "perigo de dano" (arts. 309 e 311).

Se descartasse, na exegese, qualquer um desses resultados, me afastaria do princípio da *reserva legal*, de notório significado político no campo das liberdades individuais. Não os dispenso, portanto. Além disso, essas condutas também receberam, no Código, o carimbo de infrações administrativas de relevo. Está então assegurada, em tese, a sanção correspondente.

O crime, por ser crime, representa um *plus*, alguma coisa de maior gravidade ético-social. O legislador apontou esse *algo mais*. Não me cabe desconhecê-lo ou substituí-lo por minha própria intuição, por minhas convicções, por verdades "ontológicas" que prejudiquem os interesses do réu. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Além disso, na observação de Luiz Flávio Gomes, a fundamental diferença entre a descrição típica das infrações administrativas e as penais "reside exatamente na exigência de comprovação de um perigo concreto para os delitos" ("CTB: primeiras notas interpretativas", *Boletim IBCCrim* n. 61, cit., p. 5).

Todavia, tentando pôr um pouco de ordem (não há interpretação sem subjetividade) na lista de *resultados* das várias condutas apontadas pelo legislador, entendo que "perigo de dano" (arts. 309 e 311) significa (ou deveria significar) o mesmo que "dano potencial à incolumidade de outrem" (art. 306), que nada mais é do que "dano potencial à incolumidade pública ou privada" (art. 308). Quer dizer, em todos esses casos está em jogo, em regra, a incolumidade pública, desde que concretamente representada por alguém que sofra, nas circunstâncias, perigo em sua *vida, saúde* ou *integridade corporal*. Pode-se, porém, cogitar da incolumidade privada, em termos de preponderância. Numa avenida totalmente deserta, o motorista, sob a influência do álcool, em excesso de velocidade, não coloca em risco a incolumidade *pública*, e sim, a incolumidade *privada* do passageiro do veículo. Incide, assim mesmo, nas penas do art. 306.

Há, no fundo, na maioria dessas figuras delituosas, um misto de perigo à incolumidade pública e privada. Basta lembrar o art. 132. Conquanto de perigo individual, ele se aplica supletivamente a certas condutas indicativas de perigo concreto indeterminado (incolumidade pública).

Conclusão: todos os delitos analisados têm como objetividade jurídica a incolumidade pública (em regra) ou privada e se reputam consumados se pessoa diversa do sujeito ativo sofrer efetivamente algum risco em sua vida, saúde ou integridade física. Não vejo relevância típica no perigo de dano patrimonial, que pode no entanto funcionar como circunstância agravante genérica, nos termos do art. 298, I, segunda parte.

Que ninguém se iluda: estou interpretando a lei e, por isso mesmo, aportando

algo de pessoal, subjetivo, na escolha das várias facetas com que se apresenta, em regra, um sistema normativo redigido em linguagem natural. De permeio, além disso, subentende-se uma certa ideologia coletiva, ora em harmonia, ora em desacordo com a mensagem do texto. Isto nos remete ao derradeiro capítulo, concernente à visão crítico-metodológica do direito penal.

3. A importância do intérprete

Advertiu Geraldo de Faria Lemos Pinheiro: "Algumas expressões do legislador, tais como 'expondo a dano potencial a incolumidade de outrem' (art. 305), 'desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada' (art. 308), e 'gerando perigo de dano' (arts. 309 e 311), podem causar polêmica de interpretação, quanto ao verdadeiro sentido do texto, para distinguir o dano concreto do dano abstrato" ("Enfim, o Código: Lei 9.503, de 23.09.1997", *Boletim IBCCrim* n. 60, São Paulo, nov./1997, p. 15). Era pouco. A par de tantos tropeços, o Código de Trânsito, no capítulo dos crimes, acabaria se constituindo em "outro tormento para os aplicadores do Direito" (Autor citado, "Breves anotações sobre o Código de Trânsito brasileiro", *Boletim IBCCrim* n. 61, São Paulo, dez./1997. p. 11).

Mesmo fora do âmbito do Código de Trânsito – e em qualquer campo jurídico – todas as expressões do legislador comportam, em regra, polêmica exegética. E algumas delas, quando incomodam, são sumariamente esquecidas, se não é possível apregoar sua inconstitucionalidade. O direito depende do grau de vontade e liberdade do intérprete com poder decisório. Para perceber essa realidade basta um pouco de espírito crítico. Mas o espírito crítico, infelizmente, ainda não faz parte da ideologia predominante do ensino e dogmática do direito penal, em solo brasileiro.

Há sinais de mudança? Se não houver, que se recomece a caminhada ao lado de Nélson Hungria ("Os pandetistas do direito penal", apêndice de *Comentários ao Código Penal*, v. I, Rio de Janeiro : Forense, 1949). Estudantes e bacharéis haveriam de colher os melhores frutos. E acabariam descobrindo, com o imortal penalista, que "o crime não é apenas uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível, e o criminoso não é um impessoal 'modelo de fábrica', mas um trecho flagrante da humanidade. A ciência que estuda e sistematiza o direito penal não, pode fazer-se cega à realidade, sob pena de degradar-se num formalismo vazio, numa platitude obsedante de mapa mural de geometria. Ao invés de librar-se aos pináculos da dogmática, tem que vir para o chão do átrio onde ecoa o rumor das ruas, o vozeio da multidão, o estrépito da vida, o fragor do mundo, o bramido da tragédia humana" (op. cit., p. 592).

Como quer que seja, não há como desconhecer a importância do intérprete no processo de sedimentação fática do direito penal. Mais do que sua inteligência, vale sua vontade, vale o grau de liberdade de que desfruta para sugerir ou impor, se necessário ou conveniente, suas próprias concepções ideológicas. Quer dizer, nem mesmo a clareza ou objetividade das leis consegue impedir a impetuosidade de juristas comprometidos com outros valores normativos. Valores que reputam prevalentes e modernos, como que derivados da natureza evolutiva das coisas. Em outras palavras, conforme já registrado e demonstrado em livro recente (*Curso crítico de direito penal*, Florianópolis, Obra Jurídica, 1998), o intérprete se transforma, na prática, em partícipe do direito, já que depende de si mesmo, e de mais ninguém, para o modo e maneira de percepção das regras normativas que supõe – ou finge supor – encontrar previamente delimitadas (p. 84).

Para alguns pode ser chocante esta última assertiva. O fato é que na grande maioria das vezes se trata de um fingimen-

to (ficção jurídica) pleno de boas intenções, diante da necessidade retórica de aparência de legalidade a uma doutrina ou decisão que se considere mais humana, mais adequada, mais justa. Em contrapartida, o preço ou tributo pode ser elevado, como se nota efetivamente nos tempos atuais, no campo da dogmática jurídico-penal. São tantas as sofisticações, e apresentadas com tamanha insistência e cumplicidade, que se corre o risco de negar às novas gerações o sagrado direito de pensar criticamente; e, pois, de eventualmente contestar, divergir, opinar e decidir de modo diverso, à luz de novos e velhos paradigmas, comprometidos com a verdade objetiva das coisas.

Bibliografia

ABREU, Waldyr de. *Direito penal de trânsito*, 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1988.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. "Falta clareza em tipos penais", *Tribuna do Direito: Suplemento Especial*, n. 20, mar./1998.

BASTOS JR., Edmundo José de. *Código Penal em exemplos práticos*. Florianópolis : Terceiro Milênio e OAB/SC Editora, 1998.

CALDEIRA BASTOS, João José. "Prevenção de acidentes de trânsito", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 16, São Paulo : Ed. RT, out./dez./ 1996.

——.*Curso crítico de direito penal*, Florianópolis, Obra jurídica, 1998.

COSTA JR., Paulo José da e QUEIJO, Maria Elizabeth. *Comentários aos crimes do novo Código de Trânsito*. São Paulo : Saraiva, 1998.

DRUMMONDI, J. de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*. v. 9, Rio de Janeiro : Forense, 1944.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial – arts. 213 a 259 do CP*, 3. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1981.

FUKASSAWA, Fernando Y. *Crimes de trânsito*. São Paulo : Oliveira Mendes, 1998.

GARCIA, Ismar Estulano. *Crimes de trânsito*, 2. ed., Goiânia, AB Editora, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. "A contravenção do art. 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto?", *RBCCrim* n. 8, São Paulo : Ed. RT, out./dez./1994.

——. "CTB: Primeiras notas interpretativas", *Boletim IBCCrim* n. 61, São Paulo : dez./ 1997.

HUNGRIA, Nélson. "Os pandetistas do direito penal", apêndice de *Comentários ao Código Penal*, v. 1, Rio de Janeiro : Forense, 1949.

——. *Comentários ao Código Penal*, v. 9, Rio de Janeiro : Forense, 1958.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. 7. ed., São Paulo : Saraiva, 1997.

——. *Natureza jurídica dos crimes de trânsito*. São Paulo, Edições Paloma, 1998.

——. *Crimes de trânsito*. São Paulo, Saraiva, 1998.

LEAL, João José. "O CTB e o homicídio culposo de trânsito: duas penas e duas medidas", *Boletim IBCCrim* n. 65, São Paulo, abr./1998.

LEMOS, Geraldo de Faria. "Enfim, o Código: Lei 9.503, de 23.09.1997", *Boletim IBCCrim* n. 60, São Paulo, nov./1997.

——. "Breves anotações sobre o Código de Trânsito brasileiro", *Boletim IBCCrim* n. 61, São Paulo, dez./1997.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*, v. 3, 18. ed., São Paulo : Saraiva, 1986.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 2, 9. ed., São Paulo : Atlas, 1995.

MULLER, Walter Martins e LEON, Altair Ramos. "Comentários ao novo Código de Trânsito brasileiro", *Boletim IBCCrim* n. 63, São Paulo, fev./1998.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo : Ed. RT, 1996.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. "Primeiras perplexidades sobre a nova lei de trânsito", *Boletim IBCCrim* n. 61, São Paulo, dez./ 1997.

SILVA, José Geraldo da. *Código de Trânsito brasileiro anotado*, Campinas : Bookseller, 1998.

STOCO, Rui. "Código de Trânsito brasileiro: disposições penais e suas incongruências", *Boletim IBCCrim* n. 61, São Paulo, dez./ 1997.

4. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

4.1

PERÍCIAS CRIMINALÍSTICAS PREVISTAS NO CPP: ASPECTOS TÉCNICOS E JURÍDICOS

JOSÉ LOPES ZARZUELA

SUMÁRIO: 1. Preliminares – 2. Modalidades de perícias criminalísticas em espécie: 2.1 Reconstituição ou reprodução simulada dos fatos; 2.2 Perícias perinecroscópicas; 2.3 Perícias criminalísticas de laboratório; 2.4 Perícias em locais de crimes contra o patrimônio; 2.5 Perícias de incêndio; 2.6 Perícias documentoscópicas; 2.7 Perícias em instrumentos de crime; 299 Perícias de vistoria de busca e de apreensão – Sumário da legislação relativa às modalidades de perícias criminalísticas previstas no CP, CPP, CPC, CPM e CPPM vigentes.

1. Preliminares

Em 2 de seus 6 Livros, em 3 de seus 23 tÍtulos, em 2 de seus 73 Capítulos e em 21 de seus 811 Artigos, o CPP vigente apresenta 8 modalidades de perícias criminalísticas, no Livro I e no Livro II, condensadas no quadro sinótico na página seguinte:

2. Modalidades de perícias criminalísticas em espécie

2.1 Reconstituição ou reprodução simulada dos fatos

2.1.1 Conceito

Constitui modalidade de ECDC (Exame de Corpo de Delito Complementar) retrospectivo, facultativo, destinado a verificar a viabilidade de determinados fatos, de interesse judiciário-penal, ter ocorrido, ou não, de acordo com as versões apresentadas:

a) pelos(s) indiciado(s);
b) pela(s) vítima(s);
c) pela(s) testemunha(s).

2.1.2 Previsão legal

a) art. 7.° do CPP;
b) art. 13, parágrafo único, do CPPM;
c) art. 442, III, do CPC.

A Reconstituição ou, na linguagem processual-penal contida no art. 7.° do CPP, Reprodução Simulada dos Fatos, constitui atividade desenvolvida por Peritos em Criminalística a fim de verificar-se a possibilidade de a infração penal ter sido praticada de determinada forma. A autoridade judiciária, a autoridade judiciária militar, a autoridade policial, a autoridade policial militar poderão diretamente requisitar que se proceda à Reprodução Simulada dos Fatos, desde que não contrarie:

a) a moralidade pública;
b) a ordem pública.

O Promotor Público poderá solicitar à autoridade policial que requisite a Reconstituição dos Fatos, podendo, inclusive, acompanhá-la, se o desejar.

Quadro Sinótico 1: MODALIDADES DE PERÍCIAS CRIMINALÍSTICAS

LIVROS	TÍTULOS	CAPÍTULOS	ARTIGOS	MODALIDADES DE PERÍCIAS CRIMINALÍSTICAS
I – DO PROCESSO EM GERAL	II – DO INQUÉRITO POLICIAL	–	7	RECONSTITUIÇÃO OU REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS
	VII – DA PROVA	II – DO EXAME DE CORPO DE DELITO E DAS PERÍCIAS EM GERAL	164, 165	PERÍCIAS PERINECROSCÓPICAS
			170	PERÍCIAS DE LABORATÓRIO: FÍSICO, QUÍMICO, BIOQUÍMICO, BALÍSTICO
			171	PERÍCIA EM LOCAL DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO
			173	PERÍCIA EM LOCAL DE INCÊNDIO
			174	PERÍCIAS DOCUMENTOSCÓPICAS
			175	PERÍCIAS EM "INSTRUMENTOS DE CRIME"
II – DOS PROCESSOS EM ESPÉCIE	II - DOS PROCESSOS ESPECIAIS	IV – DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL	527	PERÍCIA DE BUSCA OU DE APREENSÃO

2.1.3 Comentários do art. 7.º do CPP

A Reconstituição, do verbo reconstituir = restabelecer, constituir novamente, recompor, ato ou efeito de reproduzir, representa modalidade de ECDC retrospectivo, destinado a indicar a viabilidade de a infração penal ter sido tentada ou consumada dentro de determinadas circunstâncias referidas pelo(s) indiciado(s), pela(s) vítima(s) e pela(s) testemunha(s) presencial(is).

Esta modalidade de Perícia deve, sempre que possível, contar com as mesmas pessoas que diretamente – indiciado(s) e vítima(s) – e indiretamente – testemunhas(s) – tenham participado ou intervindo no fato e, inclusive, de preferência pelos mesmos Peritos que originalmente atenderam a ocorrência "ao vivo".

O art. 7.º do CPP e art. 13, parágrafo único, do CPPM, expressam que a Reconstituição poderá (não deverá), ser requisitada por autoridade judiciária, policial, militar ou solicitada pelo órgão do Ministério Público. Poderá ser realizada sempre que remanescerem dúvidas sobre a forma ou as circunstâncias como o fato ocorreu quando houver:

a) confissão espontânea do indiciado, porém falsa, de indivíduo sequioso de publicidade;

b) confissão espontânea que se suspeita constitua auto-imputação falsa;

c) confissão que se supõe viciada por coação física ou psicológica;

d) dúvida do Juiz ou do Promotor Público sobre falso indiciamento.

2.1.4 Importância da reconstituição

A relevância desta modalidade de ECD (Exame de Corpo de Delito) reside nos seguintes aspectos:

a) comprovar, ou não, a viabilidade de como determinada infração penal ocorreu;

b) evitar falsas responsabilidades penais oriundas de confissões espontâneas, para acobertar o verdadeiro infrator;

c) evitar falsas responsabilidades penais oriundas de confissão viciada, por coação física ou psicológica.

2.1.5 O que não deve ser feito na reconstituição

a) realizá-la como mero registro de informações mecanicamente obtidas pelos Peritos, não raro distorcidas pelas partes e testemunhas. Desnecessário enfatizar que esta diretriz não tem nenhum valor instrutório;

b) deixar de confrontar depoimentos apresentados pelas partes durante oitiva na fase policial e na fase instrutória, com oitiva oferecida aos Peritos durante a Reconstituição, com a análise dos fatos conhecidos pelos Peritos e os desenvolvidos durante os trabalhos técnicos.

O objetivo destes procedimentos consiste na comprovação da possibilidade de a infração penal ter, efetivamente, ocorrido segundo as versões apresentadas pelas partes e testemunhas e a expressiva linguagem das evidências do evento na apreciação e interpretação dos vestígios.

2.1.6 Valor técnico da reconstituição na criminalística

Em não raros casos a Reconstituição tem valor probatório decisivo, permitindo formar a convicção do MP e do Juiz de Direito. Quando conduzida segundo normas técnicas adequadas, representa um meio de convicção precioso, sempre que demonstre ao Juízo:

a) que não foi direcionada através do emprego de coação, ameaça ou sevícias;

b) que não houve adulteração nos depoimentos das partes e testemunhas, no sentido de acobertar infração penal cometida por outrem ou na represália da vítima contra o sujeito ativo ou, ainda, da testemunha que oferece depoimento falso ou exacerbado com a finalidade de penalizar o autor;

c) que houve confissão falsa, espontaneamente oferecida por indivíduo sequioso de publicidade.

2.1.7 Características jurídicas da reconstituição

a) a autoridade judiciária ou policial não pode obrigar o acusado a figurar na Reconstituição a fim de verificar suas reações ao apresentar a narrativa dos eventos ou das circunstâncias do delito;

b) em alguns casos a Reconstituição permite formar a convicção do Juiz de Direito, particularmente quando acompanhada de confissão espontânea, tecnicamente comprovada, e o acusado foi assistido pelo membro do MP;

c) são proibidas Reconstituições de ocorrências que ofendem a moralidade e a ordem públicas;

d) o membro do MP goza da faculdade de determinar à autoridade policial providências no sentido de que se realize a Reconstituição e de acompanhá-la, se nela estiver interessado.

2.1.8 Características técnicas da reconstituição

Os Peritos designados pelo diretor do Instituto de Criminalística para presidirem tecnicamente os trabalhos deverão:

a) estudar os autos do Inquérito Policial, Inquérito Policial Militar ou do Processo Penal, Processo Penal Militar, peticionando-os para vistas quando não são expedidos ao diretor do IC juntamente com a requisição de exame;

b) proceder oitiva das partes e de testemunhas, reduzindo os depoimentos a termo;

c) determinar no local do fato a fixação fotográfica das fases do evento de maior relevo, legendando as fotografias e ordenando-as em uma seqüência lógica dos fatos narrados, de acordo com as versões das partes e testemunhas e confrontando-as com os esclarecimentos prestados anteriormente;

d) determinar, sempre que necessário e conveniente, elaboração de desenho esquemático ou de desenho em escala, quando a Reconstituição demandar:

- longos trajetos
- reprodução de locais distintos e distantes
- reprodução da dinâmica de acidentes de veículos automotores, indicando os sentidos de marcha dos veículos acidentados, o sítio da colisão e as posições e situações finais de imobilização dos veículos envolvidos no evento
- reprodução das fases desenroladas em delitos patrimoniais
- fixação de posições e situações de policiais e de meliantes em locais de trocas de tiros
- reprodução das fases desenvolvidas em fugas de presos com a visão dinâmica do trajeto percorrido a partir do local onde se encontravam presos;

e) proceder análise dos fatos que:

- originalmente foram pelos Peritos atendidos, confrontando-os com esclarecimentos que lhes foram prestados pelas partes e pelas testemunhas
- constam nos autos, quando os Peritos não atenderam anteriormente a ocorrência por não ter a autoridade policial ou judiciária requisitado o Instituto de Criminalística, diligenciando o levantamento do local a fim de comprovar a sinceridade dos esclarecimentos prestados pelas partes e pelas testemunhas e, deste modo, revelar ao órgão judicante a verdade ou a mentira contida nos relatos ou versões apresentadas;

f) sugerir ao órgão requisitante que a Reconstituição seja ultimada o mais rapidamente possível, pois, à medida que o tempo distancia o fato, muitas imagens serão apagadas da memória de testemunhas, particularmente, em virtual prejuízo dos interesses da Justiça na apuração de aspectos nebulosos da infração penal.

Quadro Sinótico 2: RECONSTITUIÇÃO OU REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS

- I – CONCEITO
- II – PREVISÃO LEGAL: Art. 7.º do CPP; Art. 13, parágrafo único, do CPPM; Art. 442, III, do CPC
- III – PARTÍCIPES
  - 1. Diretos
    - A) Indiciado(s)
    - B) Vítima(s)
  - 2. Indiretos: Testemunha(s)
- IV – PERITOS
  - 1. Regra: Os mesmos que atenderam a ocorrência
  - 2. Exceção: outros
    - A) Estudo detido dos autos
    - B) Oitiva
      - a) do(s) indiciado(s)
      - b) da(s) vítima(s)
      - c) da(s) testemunha(s)
- V – REQUISITANTES
  - 1. Diretos
    - A) Autoridade Judiciária Comum
    - B) Autoridade Judiciária Militar
    - C) Autoridade Policial
    - D) Oficiais da Polícia Militar
  - 2. Indireto: Promotor Público
- VI – MODALIDADES DE EXAMES DE CORPO DE DELITO
  - 1. Particularidades Processuais
    - A) Perícia Facultativa
    - B) Perícia Retrospectiva
    - C) Perícia Complementar
  - 2. Realização
    - A) Acidentes de Trânsito
    - B) Crimes Patrimoniais
    - C) Crimes contra a pessoa
    - D) Ocorrência de Engenharia Forense
    - E) Fugas de presos.
  - 3. Perícia Proibida
    - A) Crimes contra os costumes
    - B) Crimes contra a ordem pública
- VII – CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS
  1. A Aut. Jud. ou policial não pode coagir o acusado a participar da reconstituição
  2. São proibidas reconstituições de delitos que ofendem a moralidade ou que perturbam a ordem pública
  3. A Aut. Jud. Comum ou Jud. Militar e o Membro do Ministério Público, se quiserem, podem acompanhar os trabalhos no local
- VIII – CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS
  1. Os Peritos devem reduzir a termo os depoimentos prestados pela(s) parte(s) e testemunha(s) no local
  2. Os Peritos no local devem determinar a seqüência de fases do evento, descrevendo-as, fotografando-as e sintetizando-as topograficamente nas ocorrências que envolvem longos trajetos
- IX – IMPORTÂNCIA
  1. Comprovar a viabilidade, ou não, de como o evento se desenvolveu
  2. Evitar falsa responsabilidade penal oriunda de confissão espontânea para acobertar o verdadeiro delinqüente
  3. Comprovar confissão espontânea de delito não perpetrada por indivíduo sequioso de publicidade
  4. Comprovar declarações falsas de partes e testemunhas
  5. Evitar falsa responsabilidade oriunda de confissão viciada por coação física ou psicológica

2.2 Perícias perinecroscópicas

2.2.1 Antecedentes históricos

a) "Si Yuan Lu" – Song Ts'eu – Juiz de Direito chinês – 1248 a.C.;

b) "Levée de corps" – Alexandre Lacassagne – Médico legista e criminalista – 1906;

c) "Constatation sur les lieux" – Camile Simonin – Prof. de medicina legal – 1947.

2.2.2 Conceitos

a) de Victor Balthazard;

b) de Camile Simonin;

c) de Emilio Federico Pablo Bonnet;

d) Doutrinário.

2.2.3 Etimologia

Do grego *Peri* = ao redor de, em volta de; *Nekros* = cadáver; *Scopeo* = observar, analisar; sufixo *ia*.

2.2.4 Diferenças entre perinecroscopia, exame cadavérico e necroscopia

2.2.4.1 O criador da expressão perinecroscopia – O Prof. Flamínio Fávero, na obra *Medicina legal* cita, que esta palavra foi introduzida na linguagem ML e Criminalística pelo médico legista bahiano Manuel Freire dos Santos e consagrada por Oscar Freire de Oliveira, com a concepção de Levantamento do Local do Fato, onde necessariamente está presente o cadáver, tendo o mesmo sentido da expressão "levée de corps", dada por Rabuteau, em 1873, por Lacassagne, em 1906, por Bonnet e por Simonin.

Para Rabuteau, a perinecroscopia é o exame do cadáver no espaço físico, interno ou externo, onde fora o indivíduo vitimado.

Para Lacassagne, a perinecroscopia é o exame do cadáver a fim de os Peritos concluírem se a morte do indivíduo fora resultante de homicídio, suicídio ou acidente e assim permitir que o cadáver seja removido do local pela autoridade pública. Para ele, o "levée de corps" deverá ser desempenhado em 3 etapas:

a) descrição física das características do local;

b) exame minucioso das peças de indumento da vítima;

c) exame externo do cadáver (*in loco mortalis*).

2.2.5 Previsão legal

a) arts. 164 e 165 do CPP, com a alteração introduzida no art. 164 pela Lei 8.862/94;

b) art. 336 do CPPM.

2.2.6 Crítica ao art. 164 da Lei 8.862/94

O art. 164 do CPP textuava: "Os cadáveres serão, sempre que possível, fotografados na posição em que forem encontrados".

O mesmo art., na Lei 8.862/94, textua: "Os cadáveres serão sempre fotografados na posição em que forem encontrados, bem como, na medida do possível, todas as lesões externas e vestígios deixados no local do crime". O legislador da Lei 8.862/94 foi infeliz na nova redação do art. 164, empregando expressão imperativa na 1.ª parte da redação deste artigo: os cadáveres *serão* sempre fotografados. Nem sempre é possível que os Peritos fotografem o(s) cadáver(es) na posição e situação em que originariamente se encontre(m). Por outro lado, a redação deste artigo invadiu o texto do

art. 165, não alterado pela Lei 8.862/94, que se refere à fotografação de LC(s) externa(s). Na 2.ª parte do art. 164 o legislador se valeu da expressão condicional, bem como, na *medida do possível*, onde caberia linguagem imperativa. Na redação final deste art. há outro flagrante cochilo, pois as perícias perinecroscópicas tanto podem referir-se a casos de mortes violentas quanto a ocorrências de mortes naturais. Conseqüentemente nem sempre os Peritos intervirão necessariamente só em locais de crime. Paralelamente, o legislador foi feliz ao analisar o cadáver como coisa, como um vestígio no local do fato, pois este é exatamente o sentido que tem no campo criminalístico. Assim, generalizando os preceitos contidos nos arts. 158 do CPP e 328 do CPPM, quando a infração penal ou o irrelevante penal deixar vestígios e o indiferente penal assume configuração de crime ou de contravenção penal, será indispensável a realização do ECDD (Exame de Corpo de Delito Direto) ou o ECDI (Exame de Corpo de Delito Indireto), não podendo supri-los quaisquer outras provas e não apenas a confissão.

2.2.7 Principais vestígios observáveis nas perícias perinecroscópicas

a) vestígio indispensável: cadáver ou cadáveres no local do fato;
b) arma de fogo;
c) arma branca;
d) agente contundente ativo;
e) manchas de sangue;
f) impressões papilares;
g) peças de indumento;
h) pegadas;
i) projéteis de arma de fogo;
j) estojos vazios de munição;
k) cartuchos íntegros de munição.

Quadro Sinótico 3, 4 e 5: PERÍCIAS PERINECROSCÓPICAS

Quadro Sinótico 3: PERINECROSCOPIA

- I – ANTECEDENTES HISTÓRICOS
  1. "Si Yuan Lu" – Juiz Chinês Song Ts'eu – 1248 a.C.
  2. Alexandre Lacassagne – "Levée de corps" – 1906
  3. Camile Leopold Simonin – "Constatation sur les lieux" – 1947
- II – CONCEITOS
  1. de Victor Balthazard
  2. de Camile L. Simonin
  3. de E. F. P. Bonnet
  4. Doutrinário
- III – ETIMOLOGIA
- IV – DIFERENÇAS ENTRE PERINECROSCOPIA, EXAME CADAVÉRICO E NECROSCOPIA
- V – MODALIDADES DE PERINECROSCOPIA
  1. Mortes Naturais
     - A) Patológicas
     - B) Teratológicas
     - C) Súbitas
  2. Mortes Violentas
     - A) De interesse Jurídico-Penal
       - a) Homicídio
       - b) Ind. Inst. Aux. a Suicídio
       - c) Infanticídio
       - d) Aborto
     - B) Destituído de Int. Jur.-Penal
       - a) Suicídio
       - b) Acidente comum comprovado
       - c) Acidente do Trab. comprovado
- VI – O CRIADOR DA EXPRESSÃO PERINECROSCOPIA
- VII – PREVISÃO LEGAL: Arts. 164 da Lei 8.864 e 165 do CPP
- VIII – PRINCIPAIS VESTÍGIOS OBSERVÁVEIS NAS PERÍCIAS PERINECROSCÓPICAS
  1. Posição e situação do(s) cadáver(es)
  2. Distância do cadáver a pontos de referência do local do fato
  3. Estado das vestes do cadáver: alinhadas, desalinhadas, conservadas, perfuradas, manchadas, rasgadas etc.
  4. Vestígios de luta nas mãos, antebraços, em móveis, piso, paredes
  5. Manchas de sangue, de esperma etc.
  6. Impressões papilares de arrastamento do cadáver

Quadro 4 CONCEPÇÕES DE PERINECROSCOPIA

de *Victor Balthazard* (1926)	de *Camile L. Simonin* (1947)	de *Emilio F. P. Bonnet*	*Doutrinária*
1. Descrição minuciosa das particularidades relativas à posição e situação em que é(são) encontrado(s) o(s) cadáver(es)	1. Exame da posição e situação do cadáver no LF	1. Exame do cadáver no LF (*in loco mortalis*)	1. Constitui uma modalidade de ECDD
2. Disposição de armas e de peças do indumento	2. Exame do local do fato propriamente dito	2. Observações, coleta e posteriores exames de instrumentos de crime e outros vestígios encontrados no LF	2. A perícia é realizada no LF por Peritos Criminais
3. Disposição de manchas de sangue e diferentes impressões observadas no LF	3. Exame dos instrumentos de crime e das impressões em geral		3. A perícia envolve cadáver ou cadáveres no LF (*in loco mortalis*)
4. Fixação do espaço físico onde se desenvolveu o evento através da Fot. Métr.	4. Exame externo do cadáver (*in loco mortalis*)		4. A perícia do cadáver é externa e o *de cujus* constitui um dos elementos do CD
			5. Na realização da perícia poderá haver a co-participação de médicos legistas

Quadro 5

PERINECROSCOPIA	**EXAME CADAVÉRICO**	NECROSCOPIA
Arts. 164 e 165 – CPP	*Art. 162, parágrafo único – CPP*	*Art. 162, caput*
Pode ter etiologia natural ou violenta	A morte só pode ter etiologia violenta	A morte pode ter etiologias violenta ou natural
A morte pode representar uma IP ou um IP	A morte representa irrelevância penal	A morte pode representar uma IP ou um IP
A perícia é da competência de PC	A perícia é da competência de ML	A perícia é da competência de ML
A perícia é realizada no LF	A perícia é realizada no necrotério	A perícia é realizada no necrotério
A perícia é realizada em qualquer dia e em qualquer hora	A perícia é realizada quando o cadáver dá entrada no necrotério	A perícia é em regra feita depois de 6 horas do óbito
Não há abertura do cadáver	Não há abertura do cadáver	Há abertura do cadáver
O cadáver constitui um dos elementos do CD	O cadáver constitui o objeto do ECDD	O cadáver constitui o objeto do ECDD

2.3 Perícias criminalísticas de laboratório

2.3.1 Previsão legal

a) art. 170 do CPP;
b) art. 330, *f*, e 340 do CPPM.

Os arts. 170 do CPP e 340 do CPPM referem-se às Perícias de Laboratório em Geral, recomendando-se aos Peritos que conservem, sob sua guarda, suficiente quantidade do material recebido para exame, na eventualidade de ser necessária a realização de outra Perícia, a fim de ratificar ou retificar conclusões sobre a 1.ª ou para demonstração de resultados a Juiz Singular, Conselho de Sentença ou Tribunal, sempre que possível, pois, em muitos casos, pela aparelhagem empregada e pelo tempo de execução exigida na exposição prática, as demonstrações fora do laboratório não são possíveis.

O objetivo da conservação de parte de material de exame de laboratório reside na prestação de esclarecimentos sobre sua natureza, quando foi posta em dúvida a conclusão emitida pelos Peritos, por advogados, Promotores Públicos e Juízes de Direito.

Este tipo de procedimento é usual no Laboratório de Toxicologia, onde os tóxicos, particularmente os farmacodependentes, são submetidos a um exame prévio, emergencial, de reconhecimento, de caráter opinativo, de modo a ser elaborado Laudo Toxicológico de constatação, que será ratificado por outro Laudo Definitivo, identificatório, onde se registra o princípio ativo contido no material de exame.

2.3.2 Modalidades de perícias dos laboratórios criminalísticos

O Instituto de Criminalística de São Paulo possui os seguintes Laboratórios:

a) Química;
b) Física;
c) Bioquímica;
d) Balística, Instrumentos e Armas;
e) Fotografia;
f) Espectrografia de Som.

Quadros Sinóticos 6, 7, 8 e 9: PERÍCIAS CRIMINALÍSTICAS DE LABORATÓRIO

Quadro 6:

PERÍCIAS QUÍMICAS DE LABORATÓRIO

1. Exames em produtos de origem industrial: combustíveis, tintas etc.
2. Produtos residuais oriundos de projéteis de armas de fogo: análises residuográficas não-metálicas e metálicas em quaisquer suportes
3. Preparação de reagentes químicos e exame de cunhagem de metais e de ligas metálicas a frio, de número de séries de veículos e de armas de fogo
4. Análises químicas de substâncias orgânicas e inorgânicas, a fim de determinar-lhes a estrutura e propriedades, desde que ofereçam interesse criminalístico ao esclarecimento do ilícito penal e comprovação da autoria
5. Através do laboratório de cromatografia em fase gasosa:
   A) Proceder análise de bebidas, a fim de verificar adulteração de seu conteúdo
   B) Proceder análise comparativa de substâncias orgânicas
6. Através do laboratório de espectrofometria:
   A) Proceder análises de tintas, solventes, gases, graxas, óleos etc.
   B) Proceder análises elementares de contaminantes.

Quadro 7:

PERÍCIAS FÍSICAS DE LABORATÓRIO

1. Exames diretos comparativos de dispositivos e materiais envolvendo o emprego de instrumental científico para caracterização da forma, integridade, função, desempenho, atributos, propriedades e estrutura, sempre que:
   A) Sua preparação, desenvolvimento ou interpretação exijam tratamento matemático, técnico experimental e conhecimento específico de campos da física ou correlatos
   B) Seu desenvolvimento seja feito em laboratório ou no local do fato por peritos da área com a utilização de instrumental específico

2. Proceder pesquisas em campos da física e matérias correlatas objetivando aplicações à criminalística

3. Prestar assessoramento técnico e científico às seções e setores do I.C. nas áreas da Física e disciplinas correlatas em casos de:
   A) Exames de alterações, deformações, rupturas e seccionamento de materiais metálicos, plásticos, rochosos, cerâmicos, vítreos, cristalinos, madeira, couro, borracha, resinas etc. para a caracterização do agente provocador, salvo em casos de construção civil
   B) Ensaios de resistência mecânica, elétrica, térmica etc. em materiais, exceto os relativos à construção civil
   C) Exames de superposição de tintas, a fim de caracterizar alteração da cor de veículos
   D) Exames em tecidos para caracterização de agentes materiais ou físicos de danos e alterações ou para comparações de fios e fibras

4. Realização de exames instrumentais empregando equipamentos de alta precisão através do setor de microscopia eletrônica de varredura:
   A) Análises de imagens e composições elementares por emissão de Raios X característicos destinados ao reconhecimento e comparação de microvestígios: autenticidades de jóiais e metais preciosos, análise de solos, metais puros e em ligas, determinação da composição elementar de substâncias desconhecidas e análises por comparação de imagens microscópicas

Quadro 8:

PERÍCIAS BIOQUÍMICAS DE LABORATÓRIO

I – ATRIBUIÇÕES GENÉRICAS:

Perícias para averiguação de materiais biológicos, abaixo arrolados, sob a forma de manchas ou de crostas, encontradas em instrumentos de crimes, instrumentos relacionados com delitos e no local do fato:

1. Sangue
2. Esperma total
3. Urina
4. Fezes
5. Saliva

II – ATRIBUIÇÕES ESPECÍFICAS:

1. Exame químico genérico de orientação e de certeza para sangue, sob a forma de manchas, crostas e coágulos
2. Exame específico de proteína humana em manchas, crostas e coágulos
3. Tipagem sangüínea no sistema ABO em manchas, crostas e coágulos de sangue humano
4. Tipagem sangüínea por eletroforese da PGM
5. Exame genérico de orientação de urina, fezes e saliva
6. Exame genérico de orientação e de certeza para esperma total
7. Exame de averiguação de pêlos e de cabelos, naturais e artificiais
8. Exame de pêlos para verificação da procedência humana

Quadro 9:

PERÍCIAS EM INSTRUMENTOS, ARMAS E BALÍSTICA FORENSE

I – EXAMES EM ARMAS DE FOGO

1. Identificação e classificação
2. Estado e funcionamento
3. Verificação da utilização recente na prática de tiro
4. Aferição do peso do gatilho
5. Análise da trava de segurança
6. Averiguação do funcionamento da arma de fogo relativamente ao diagnóstico de tiro acidental

II – EXAMES EM PEÇAS DE MUNIÇÃO

1. Projéteis
   - A) Identificação e classificação
   - B) Cálculo da velocidade na "boca" do cano
2. Estojos
   - A) Identificação
   - B) Verificação da utilização na prática do tiro
3. Confrontos microbalísticos
   - A) Microcomparação entre o projétil incriminado e o projétil testemunha, na individualização da arma de fogo
   - B) Microcomparação entre o estojo incriminado e o estojo testemunha, na individualização da arma de fogo

2.4 Perícias em locais de crimes contra o patrimônio

2.4.1 Conceito de delitos patrimoniais

Constituem delitos previstos no Título II – Dos Crimes contra o Patrimônio, Capítulos I a VII, Arts. 155 a 180 da Parte Especial do Código Penal vigente, envolvendo o seguinte elenco de figuras:

a) Furto – Capítulo I
b) Roubo e extorsão – Capítulo II
c) Usurpação – Capítulo III
d) Dano – Capítulo IV
e) Apropriação indébita – Capítulo V
f) Estelionato e outras fraudes – Capítulo VI
g) Receptação – Capítulo VII

2.4.2 Previsão legal

a) art. 155, § 4.°, I e II, *in fine*, do CP;
b) art. 240, § 6.°, I e II, do CPM;
c) art. 171 do CPP;
d) art. 341 do CPPM.

2.4.3 Conceito de furto qualificado

É a subtração da coisa alheia móvel para si ou para outrem.

2.4.4 Modalidades de furtos qualificados

a) com rompimento ou destruição de obstáculos à subtração da coisa;
b) com abuso de confiança ou mediante fraude, escalada ou destreza;
c) com emprego de chave falsa;
d) mediante o concurso de 2 ou mais pessoas.

2.4.5 Conceito de coisa em direito penal

É toda substância corpórea, material, suscetível de apreensão e transporte que tenha valor econômico, isto é, valor de troca.

2.4.6 Conceito de coisa alheia móvel

É qualquer objeto que não pertença ao agente que cometeu o delito.

2.4.7 Destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa

Nesta modalidade de FQ, o agente inutiliza, destrói, deteriora um obstáculo (como trincos, cadeados, fechaduras, quebra-ventos, fios de alarme, folha de porta, folha de janela etc.) que se interpõe entre ele e o objeto pretendido.

A remoção de obstáculos, como o desparafusamento da folha de um móvel, a retirada das dobradiças da folha de uma porta, a remoção das telhas de uma cobertura, não caracterizam a qualificadora do inc. I do art. 155 do CP.

Indispensável para o reconhecimento da qualificadora é o exame pericial realizado por Peritos Criminais no LF, conforme textuam os arts. 158 do CPP e 328 do CPPM.

2.4.8 Conceito de escalada

Constitui o emprego de via anormal de penetração em um recinto onde o(s) meliante(s) vai(irão) ultimar a subtração da coisa alheia móvel.

Como no caso de rompimento ou destruição de obstáculo, na escalada é indispensável o ECDD por Peritos Criminais, que deverão descrever minuciosamente o LF onde ocorreu a escalada e esclarecer como o(s) agente(s) penetrou(traram) no recinto. O reconhecimento desta qualificadora exige que o agente se utilize de instrumentos apropriados como escada, cordas etc ou atue com agilidade ou esforço incomum para vencer o obstáculo.

Não caracteriza escalada o emprego de destreza normal, como uma pernada, para transpor obstáculo de pequena altura. Há escalada quando o agente transpõe muro de grande altura ou entra pelo telhado de um imóvel, removendo telhas, como também quando se vale de túnel para chegar ao local ou para deixá-lo.

Quadro 10:

PERÍCIAS EM LOCAIS DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

I – CONCEITO DE DELITOS PATRIMONIAIS

II – ELENCO DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO
1. Capítulo I : Furto
2. Capítulo II : Roubo e Extorção
3. Capítulo III : Usurpação
4. Capítulo IV : Danos
5. Capítulo V : Apropriação Indébita
6. Capítulo VI : Estelionato e outras fraudes
7. Capítulo VII : Receptação

III – PREVISÃO LEGAL
1. Art. 155, § 4.°, I e II, *in fine*, do CP
2. Art. 240, § 6.°, I e II, do CPM
3. Art. 171 do CPP
4. Art. 341 do CPPM

IV – CONCEITO DE FURTO QUALIFICADO

V – MODALIDADES DE F.Q.
1. com destruição ou rompimento de obstáculos à subtração da coisa
2. com abuso de confiança ou mediante fraude, escalada ou destreza
3. com emprego de chave falsa
4. mediante concurso de 2 ou mais pessoas

VI – CONCEITO DE COISA EM DIREITO PENAL

VII – CONCEITOS DE DESTRUIÇÃO E DE REMOÇÃO DE OBSTÁCULOS À SUBTRAÇÃO DA COISA

VIII – CONCEITO DE ESCALADA

IX – MODALIDADES DE ESCALADA

2.5 Perícias de incêndio

2.5.1 Definição contida no art. 250 do CP

Causar incêndio, expondo a perigo de vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Esta concepção está prevista no Título VIII – Dos Crimes contra a Incolumidade Pública, Capítulo I – Dos Crimes de Perigo Comum, Art. 250 do CP.

2.5.2 Previsão legal

a) arts. 250, *caput*, e 250, §§ 1.º e 2.º, do CP;

b) art. 273 do CPP;

c) art. 268 do CPM;

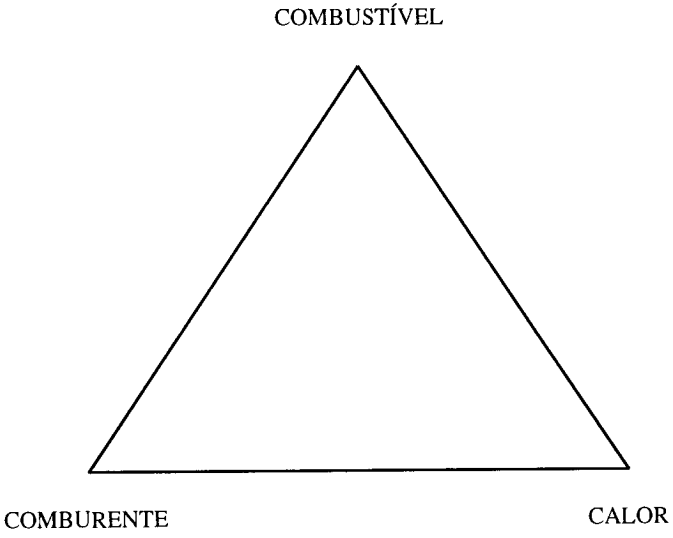
d) art. 343 do CPPM.

O incêndio constitui uma ocorrência que deixa vestígios, razão pela qual as circunstâncias que o provocaram têm de ser determinadas pericialmente, devendo os Peritos comprovar sua causa, se dolosa, culposa, natural ou indeterminada, bem como o sítio onde houver começado, o perigo que provocou à vida ou patrimônio alheios, a extensão do dano e seu valor e demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato.

2.5.3 Conceito de incêndio

Constitui a combustão de substância sólida (madeira), líquida (etanol, gasolina), gasosa (metano, butano), com sua transformação parcial ou total, que, por suas proporções e condições, tende a alastrar-se, expondo a perigo a vida, a integridade corporal e/ou o patrimônio de outrem.

2.5.4 Triângulo do fogo



Quadro Sinótico: PERÍCIAS DE INCÊNDIO

Quadro 11:

PERÍCIAS EM LOCAIS DE CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA

I – CONCEITO DE CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA

II – ELENCO DE CRIMES DE PERIGO COMUM

1. Incêndio
2. Explosão
3. Uso de gás tóxico ou asfixiante
4. Fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivo, gás tóxico ou gás asfixiante
5. Inundação
6. Perigo de inundação
7. Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento
8. Difusão de doença ou praga

III – PREVISÃO LEGAL
1. Art. 250, *caput*, e §§ 1.° e 2.° – CP
2. Art. 268 – CPM
3. Art. 273 – CPP
4. Art. 343 – CPPM

IV – CONCEITO CRIMINALÍSTICO DE INCÊNDIO

1. Causas dos incêndios
2. Modalidades Jurídico-Penais de incêndios
3. Incêndio: crime material – *RT* 525/391; *RTACrSP* 43/351; 54/400; *RF* 254/382
   - A) Arts. 158 do CPP e 328 do CPPM
   - B) Jurisprudência: *RTJ* 65/230; *RT* 200/117, 224/282, 350/366, 405/113, 406/113, 418/256, 419/107, 445/350, 497/316, 508/435, 519/337, 533/331-2, 547/324, 575/351; *RJTJESP* 1/189, 59/391; 69/375

2.6 Perícias documentoscópicas

2.6.1 Conceito de documentoscopia

É o capítulo da Criminalística que estuda os documentos para verificar se são autênticos e, em caso contrário, determinar sua autoria.

A Documentoscopia se distingue de outras disciplinas que também se ocupam com o estudo de documentos porque tem um cunho nitidamente técnico-policial, uma vez que não se satisfaz com a prova da ilegitimidade do documento, procurando também seu autor e os meios empregados na falsidade.

2.6.2 Campos de estudo da documentoscopia

a) Grafotecnia, Grafística, Grafoscopia, Grafocinética, Perícia gráfica ou Escriturações manuais

b) Mecanografia ou Escriturações mecânicas

c) Alterações de documentos

d) Exames de moeda metálica

e) Exames de papel-moeda

f) Exames de papéis

g) Exames de tintas

h) Exames de instrumentos escreventes

i) Exames de selos

2.6.3 Previsão legal

a) art. 174, I, II, III, IV, do CPP;

b) art. 436 do CPC;

c) art. 344, *a*, *b*, *c*, *d*, *e*, do CPPM.

2.6.4 Conceito de grafotecnia

É o ramo da Documentoscopia que estuda as escritas manuscritas com a finalidade de comprovar se são autênticas e, em caso contrário, determinar sua autoria.

2.6.5 Conceito grafotécnico de escrita manuscrita

Constitui um gesto gráfico, psicossomático, que contém um número mínimo de elementos que possibilitam sua individualização.

Quadro 12:

PERÍCIAS DOCUMENTOSCÓPICAS

- I – CONCEITO DE DOCUMENTOSCOPIA
- II – CAMPOS DE ESTUDO DA DOCUMENTOSCOPIA
  1. Grafotecnia, Grafística, Grafoscopia, Grafocinética
  2. Mecanografia ou Escriturações mecânicas
  3. Alterações de documentos
  4. Exames de moeda metálica
  5. Exames de papel-moeda
  6. Exames de papéis
  7. Exames de tintas
  8. Exames de instrumentos escreventes
  9. Exames de selos
- III – PREVISÃO LEGAL
  1. Art. 174, incisos I, II, III, IV, do CPP
  2. Art. 344, alíneas *a*, *b*, *c*, *d*, *e*, do CPPM
  3. Art. 436 do CPC
- IV – CONCEITO DE GRAFOTECNIA OU ESCRITA MANUAL
- V – CONCEITO GRAFOTÉCNICO DE ESCRITA
  1. Análise conceitual grafotécnica da escrita
     - A) A escrita é um gesto humano; os outros animais não escrevem
     - B) A escrita é um gesto aprendido
     - C) A escrita é um gesto gráfico
     - D) A escrita tem conteúdo psicossomático
     - E) A escrita tem caráter individualizador

2.7 Perícias em instrumentos de crime

2.7.1 Conceito de instrumento de crime

Constitui agente mecânico externo de que se vale o indivíduo na prática de infração penal contra a pessoa e/ou contra o patrimônio.

2.7.2 Classificação dos instrumentos de crime

a) Conforme a natureza do delito com que o agente mecânico é empregado:

- delitos contra o patrimônio. Exs.: gazua, pinça monsenhor, coroa, caneta de bomba;
- delitos contra a pessoa física. Exs.: arma de fogo, arma branca, agente contundente ativo.

b) Conforme o número de elementos lesivos:

- instrumentos de crime simples, perfurantes, cortantes e contundentes. Exs.: estilete, navalha, cassetete;
- instrumentos de crime mistos, pérfuro-cortantes, pérfuro-contundentes e corto-contundentes. Exs.: faca de ponta, projétil de arma de fogo, machado.

c) Conforme a utilização específica do instrumento

- instrumentos de crime propriamente ditos. Exs.: pinça monsenhor, estilete, chicote, gazua, caneta de bomba, sica;
- instrumentos relacionáveis com a prática da infração penal. Exs.: navalha, sovela, tesoura.

2.7.3 Previsão legal

a) art. 91, II, *a*, do CP;

b) art. 6.º, II, da Lei 8.862/94;

c) art. 345 do CPPM;

d) Arts. 11; 124; 175; 240, *d*, do CPP.

Quadro 13: PERÍCIAS EM INSTRUMENTOS DE CRIMES

- I – CONCEITO *LATO SENSU* DE INSTRUMENTOS DE CRIME
- II – CLASSIFICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE CRIME
  - 1. Conforme a natureza do delito
    - A) Empregados nos crimes contra a pessoa
      - a) Armas de fogo
      - b) Armas brancas
      - c) Agentes contundentes ativos
    - B) Empregados nos crimes contra o patrimônio
      - a) Caneta de bomba
      - b) Pinça monsenhor
      - c) Gazua
      - d) Coroa
  - 2. Conforme o número de elementos lesivos
    - A) Puros ou Simples
      - a) Perfurantes
      - b) Cortantes
      - c) Contundentes ativos
    - B) Mistos ou Complexos
      - a) Pérfuro-cortantes
      - b) Pérfuro-contundentes
      - c) Corto-contundentes
  - 3. Conforme sua utilização específica
    - A) Instrumentos de crime propriamente ditos
      - a) Estilete
      - b) Cassetete
      - c) Chicote
    - B) Instrumentos eventualmente empregados na prática da infração
      - a) Navalha
      - b) Tesoura
      - c) Bengala
- III – PREVISÃO LEGAL
  1. CP: Art. 91, II, *a*
  2. Lei 8.862/94: Art. 6, II
  3. CPP: Arts. 11, 124, 175 e 240, *d*
  4. CPPM: Art. 345
  5. LCP: Arts. 24 e 25
- IV – LESÕES CORPORAIS PROVOCADAS PELOS INSTRUMENTOS DE CRIME, CONFORME O NÚMERO DE ELEMENTOS LESIVOS
  1. Punctória: penetrante, transfixante, cavitária, não-cavitária
  2. Incisa: simples, com retalho, mutilante
  3. Contusa: com reflexos internos, sem reflexos internos
  4. Pérfuro-incisa: penetrante, transfixante, cavitária, não-cavitária
  5. Pérfuro-contundente: penetrante, transfixante, cavitária, não-cavitária
  6. Corto-contundente: predominantemente mutilante

2.8 Perícias de vistoria de busca e de apreensão

2.8.1 Busca e apreensão no processo cível

2.8.1.1 Conceito – Consiste em ato de constrição judicial preparatório ou preventivo por meio do qual é procurada e apreendida pessoa ou coisa determinadas para a garantia do exercício de um direito.

2.8.1.2 Modalidades

a) pessoal;

b) real.

No primeiro caso (busca e apreensão de pessoa determinada) são passíveis da medida menores e incapazes, porque estas criaturas estão sujeitas à guarda e à autoridade de outra(s) pessoa(s).

No segundo caso (busca e apreensão de coisa determinada) são objetos passíveis da medida bens móveis e semoventes.

2.8.1.3 Procedimento – A petição inicial, além dos requisitos estabelecidos pelo art. 840 do CPC, deverá obedecer às disposições dos arts. 282, 283 e 801 do CPC. Provado o alegado na inicial, o juiz deferirá a medida de *busca* e *apreensão*, determinando a expedição de mandado que conterá os requisitos enumerados pelos incisos I, II e III do art. 841.

2.8.1.4 Hipóteses a serem observadas na busca e apreensão: art. 842, §§ 1.º e 2.º

1.ª O mandado deverá ser cumprido por 2 *oficiais de justiça* em presença de 2 *testemunhas* observando-se o preceito contido no art. 842, §§ 1.º e 2.º. Concluída a diligência, dever-se-á lavrar auto circunstanciado, assinado pelos oficiais de justiça e pelas testemunhas, conforme determina o art. 843.

2.ª No caso da regra contida no § 32.º do art. 842, relativa a *direitos autorais*, o juiz nomeia 2 Peritos louvados para acompanharem 2 oficiais de justiça, cabendo aos Peritos verificar a ocorrência da violação alegada na inicial pelo Autor, antes de ser efetuada a apreensão pelos oficiais de justiça. Caso os Peritos não comprovem a violação referida, os oficiais de justiça devolverão o mandado ao diretor do cartório da vara.

2.8.1.5 Previsão legal – a) Arts. 839 a 843 do CPC.

2.8.2 Busca e apreensão no processo penal

2.8.2.1 Previsão legal

a) art. 6.º, II, do CPP, com redação modificada pela Lei 8.862/94;

b) arts. 240 a 250 do CPP.

2.8.2.2 Significado de busca, apreensão e custódia

a) *busca* significa procura, perquirição, rastreamento de pessoa ou de coisa;

b) *apreensão* significa apossamento formal de pessoa ou de coisa determinada, vinculada a uma lide. A apreensão representa o objetivo da busca;

c) *custódia* significa a manutenção do objeto da apreensão (pessoa ou coisa) sob a proteção de uma autoridade.

2.8.2.3 Modalidades de busca, segundo o art. 240 do CPP

a) domiciliar;

b) pessoal.

A busca domiciliar consiste na procura material feita portas a dentro de qualquer recinto

A busca pessoal é a procedida no indivíduo, consistindo na procura de pessoa determinada através de vestes, móveis, documentos, relógio e outros objetos que estejam com a pessoa revistada.

A busca pessoal independe de mandado judicial nos seguintes casos:

a) na prisão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente;

b) quando há fundada suspeita de posse de arma proibida ou quando o indivíduo está na posse de objetos constitutivos do corpo de delito.

2.8.2.4 Busca e apreensão em matéria de crimes contra a propriedade imaterial – Seguindo o disposto no art. 525 do CPP, o Juiz de Direito não pode receber a queixa ou a denúncia, nos crimes que deixam vestígios, se estiverem desacompanhados de laudo de exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito. Pelo preceito contido no art. 527, a diligência de busca ou de apreensão será realizada por 2 Peritos Louvados, nomeados pelo Juiz que preside o feito. Estes delitos estão previstos no Título III – Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial do CP:

a) Capítulo I – Dos Crimes contra a Propriedade Intelectual (delitos de violação de direito autoral);

b) Capítulo II – Dos Crimes contra o Privilégio de Invenção (delitos de privilégio de invenção ou de descoberta); e

c) Capítulo III – Dos Crimes contra as Marcas de Indústria ou de Comércio (delitos de violação do direito de marca ou de comércio e de patente).

Quadro Sinótico 14: PERÍCIAS DE VISTORIA DE BUSCA E DE APREENSÃO

- PERÍCIA DE BUSCA E APREENSÃO
  - I – NO PROCESSO CIVIL
    1. Conceito
    2. Modalidades
       - A) Pessoal
       - B) Real
    3. Procedimento Jurídico
       - A) Petição inicial
         - a) Conteúdo: Art. 840 do CPC
         - b) Previsão legal: Arts. 282, 283 e 801 do CPC
       - B) Mandado Judicial: Art. 841, I a III, do CPC
       - C) Hipóteses a serem observadas: Art. 842, §§ 1.° e 2.°, do CPC
    4. Direitos Autorais
       - A) 2 Peritos
       - B) 2 Oficiais de Justiça
       - C) Art. 842, § 3.°, do CPC
  - II – NO PROCESSO PENAL
    1. Significado de busca, apreensão e custódia
    2. Previsão legal: art. 6.°, II, modificado pela Lei 8.862/94 e arts. 240 a 250 do CPP
    3. Espécies de busca
       - A) Domiciliar: depende de mandado judicial. Casos: art. 240, § 1.°
       - B) Pessoal: independe de mandado. Casos: art. 244
    4. Busca e apreensão em matéria de crimes contra a propriedade imaterial
       - A) Análise do Art. 525 do CPP
       - B) Análise do Art. 527 do CPP
       - C) Nomeação de 2 Peritos pelo Juiz
       - D) Análise do Art. 529 do CPP
       - E) Medida preparatória cautelar comprobatória da materialidade do delito

Sumário da legislação relativa às modalidades de perícias criminalísticas previstas no CP, CPP, CPC, CPM e CPPM vigentes

1. Reconstituição ou reprodução simulada dos fatos

a) Art. 7.º do CPP
b) Art. 13, parágrafo único, do CPPM
c) Art. 442, III, do CPC

2. Perinecroscopia

a) Art. 164 da Lei 8.862/94
b) Art. 165 do CPP

3. Perícias criminalísticas de laboratório

a) Art. 170 do CPP
b) Arts. 330, *f*, e 340 do CPPM

4. Perícias em locais de crimes contra o patrimônio

a) Art. 171 do CPP
b) Art. 155, § 4.º, I a IV, do CP
c) Art. 240, § 6.º, I e II, do CPM
d) Art. 341 do CPPM

5. Perícias em locais de incêndio

a) Art. 273 do CPP
b) Art. 250, *caput*, e 250, §§ 1.º e 2.º, do CP
c) Art. 268 do CPM
d) Art. 343 do CPPM

6. Perícias documentoscópicas

a) Art. 174 do CPP
b) Art. 344, *a* a *e* do CPPM
c) Art. 436 do CPC

7. Perícias em instrumentos de crime

a) Arts. 11, 124, 175, 240, *d*
b) Art. 91, II, *a*, do CP
c) Art. 6, II, da Lei 8.862/94
d) Art. 345 do CPPM

8. Perícias de vistoria de busca ou de busca e apreensão

a) Arts. 240 a 250 do CPP
b) Art. 6,º, II, da Lei 8.862/94
c) Arts. 839 a 843 do CPC
d) Arts. 170 a 189 do CPPM

4. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

4.2

CONCEPCION CRIMINOLOGICA DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA CONTEMPORANEA *

PEDRO JUAN MAYOR M.

SUMARIO: 1. Crimen organizado – 2. Una categorización criminológica necesaria – 3. ¿Existencia real o ficción?

1. Crimen organizado

La delincuencia organizada constituye hoy en día uno de los flagelos sociales más perniciosos que aquejan a la humanidad, cuyas dimensiones todavía no se han medido plenamente ni sus consecuencias determinado completamente.

Este tipo de organización goza de una aparente ventaja, sobre el sistema jurídico penal de cualquier sociedad moderna, dada por el factor sorpresa con que se ha presentado y sobre todo por los recursos económicos que superan ampliamente al de los países en los que actuam.[1]

Cuando se habla de crimen organizado el lego podría entender priori aquella organización vinculada a los filmes televisivos que nos entretenían con las tramas y aventuras de Policías Norteamericanos persiguiendo a famosos delincuentes como Alfonso Capone, Vito Genovese y otros tantos, que hicieron fijar en las mentes no solo de los norteamericanos sino de todos aquellos que recibieron el sistemático bombardeo ideológico e informativo direccional, sobre "la existencia de grandes grupos de intereses" que ponían en riesgo la estabilidad Económica y Política de los EE. UU. exponente indiscutible en los años treinta de la Democracia Americana, quien libraba, según la propaganda, a través de todos sus estamentos, una batalla sin tregua para preservar las ideas de libertad y justicia del pueblo americano.

En ese contexto, los medios de prensa, impulsados por diferentes intereses, y

(*) Trabalho apresentado no I Fórum de Criminologia e Política Criminal, Porto Alegre, outubro/98.

(1) Naciones Unidas, Proyecto de Resolución I, que aprobó la Comisión en su tercer período de sesiones. Resolución 1994-12 del Consejo Económico y Social sobre delincuencia transnacional organizada. *El crimen organizado o transnacional constituye un sistema económico clandestino cuyo producto bruto y beneficios netos superan el producto nacional bruto y de algunos países. Desde hace años se ha expresado la preocupación de que la delincuencia organizada constituye una amenaza directa contra la seguridad y la estabilidad nacional e internacional y desorganiza y compromete las instituciones sociales y económicas causando una pérdida de confianza en los procesos democráticos, desviando las ganancias obtenidas mediante el desarrollo e incluso esclavizando a algunos sectores sociales.*

sobre todo por el tipo de información que se les brindaba desde la Policía hasta las comisiones parlamentarias investigadoras, desde todo punto de vista, de "gran interés" y expectativa social, hicieron saltar al conocimiento de la opinión publica, a una sociedad secreta, la "Mafia",[2] la que según las autoridades de ese país, acaparaban actividades ilícitas muy remunerativas, como el juego, producción y contrabando de alcohol en la época de la "Ley seca", dedicándose además a la extorsión, teniendo como principal elemento de poder, la violencia de sus agentes, discrecionalmente aplicada con la bendición de "los capos", o jefes mafiosos. Esta se hallaba constituida en un primer momento por inmigrantes italianos, luego surgen otros grupos igualmente mafiosos de pertenecientes a otras comunidades que al igual que los italianos emigraron de Europa. Su origen se remonta a las montañas sicilianas en Italia, donde surgen primeramente como grupos familiares de defensa que posteriormente van alcanzando gran predicamento en la vida de sus respectivas regiones, llegando a formar parte de sus fuerzas de orden y seguridad, manteniendo siempre un código de protección, secreto, que les permitía el anonimato en sus actividades delictivas y por sobre todo les garantizaba la impunidad, siendo las más importantes la de los Sicilianos, Calabreses, Napolitanos y Genoveses. Estos grupos, debido a la presión que sobre ellos ejerció el estado Italiano, emigran a los EE. UU., donde han logrado imponerse en el periodo de posguerra, gracias a su capacidad de influir notablemente en los grupos de poder políticos y económicos de ese país lo que les permitió ampliar sus influencias y mantener una suerte de hegemonía delictual en los territorios sobre los cuales ejercían su poder.[3]

Surge también en forma inmediata la idea acerca de un "ente", innominado, sin rostro, casi místico que se mueve entre las bambalinas del poder, elucubrando permanentemente formas de generar ganancias en su beneficio al margen de la ley previendo los mínimos detalles, utilizando todos los mecanismos disponibles a su alcance, violentos o no, buscando fracturas y lagunas legales a través de las cuales pueda desarrollar una actividad ilícita que lógicamente podrían ser de acción u omisión, sin que dicha conducta pueda afectarlo jurídicamente, y en caso que no exista tal posibilidad prever los botones necesarios a oprimir, del Poder político o económico que le garantice la impunidad.

2. Una categorización criminológica necesaria

El hecho de que la "mafia", sea una de las formas socialmente organizadas de delincuencia más conocidas, por el destaque especial que de ella han hecho, políticos, policías y sobre todo los medios de prensa, no significa que ella no pertenezca, como "tipo", a un fenómeno criminológico más amplio, como el de la "asociación criminal", dentro de cuyo concepto es posible comprender a otras

(2) MAFIA. Particular forma de criminalidad que surgió en Sicilia. Posteriormente se convirtió en una especie de policía privada al servicio de los terratenientes y se estructuró como sociedad secreta. Sus miembros, que no son numerosos, pero sí capaces de cometer cualquier crimen se sujetan a un Código de Honor, inflexible y severo cuya principal regla es la obediencia absoluta a los jefes y la completa reserva. Bajo juramento se obligan a ayudarse mutuamente y no actuar de testigos ante ningún tribunal. Ese conjunto de tradiciones recibe el nombre de omertá, voz proveniente del siciliano omu (hombre). Raúl Goldstein: Diccionario de derecho penal y criminología, Editorial Astrea.

(3) Alfonso Reyes Echandia, Criminologia, pag. 164, Edit. Temis.

formas sociales de criminalidad, igualmente importantes, entre las que se encontraría el "crimen organizado", con formas especiales y modalidades propias, que muchas veces, lleva a confusión debido a que en principio serían muy semejantes, solamente que la amplitud del término *Asociación Criminal*, es más amplio que el de "crimen organizado", que ya lleva en sí mismo la característica de pluralidad de agentes, particularizándose en lo que respecta a su organización y he allí donde empieza también la discusión, además de otros aspectos que iremos haciendo evidente, mencionando algunas de las conductas delictivas que a criterio personal y de estudiosos de mayor nivel, pertenecerían a aquella "categoría criminológica".

Intentaremos encarar la posibilidad de estructurar un concepto criminológico de este fenómeno criminal. No el de *Mafia* en particular, que la podríamos considerar como integrante del tipo organizado, sino el de "crimen organizado", alertando desde ya, que no existen acuerdos en doctrina al respecto y que ninguno en especial, goza de una aceptación plena, por parte de los estudiosos y doctrinarios, sobre todo, cuando se lo quiere establecer como una categoría criminológica. A este respecto se hace ineludible, mencionar el trabajo del Profesor Eugenio Raúl Zafaroni,[4] en el que, desde el principio y con muy buen criterio, a fin de iniciar su análisis del tema, distingue a los efectos de su desarrollo entre: "explicar la categorización y la explicación de los fenómenos que se aspira a categorizar".

Para el Profesor Zafaroni, "la Asociación Ilícita que se halla descripta en códigos penales de tradición europea continental, poco tiene que ver con la categoría de crimen organizado, tal como se la pretende en la actualidad, entre otras cosas porque ésta última es producto de la tradición norteamericana. Tampoco se vinculam a este concepto las calificantes tradicionales de algunos tipos penales cuando son cometidos en banda, cuadrilla o por tres o más agentes".[5]

Sobre el punto, menciona el profesor Alfonso Reyes Echandia,[6] cuando se refiere a la Delincuencia Organizada: "Así como en el normal desarrollo de las actividades sociales la complejidad de ciertos problemas o la necesidad de una pronta y eficaz solución exigen la armoniosa participación de una pluralidad de personas idóneas en sus respectivos campos, en el complicado mundo de la criminalidad también se ha abierto paso la técnica de la división del trabajo y de la asociación; la era de la industrialización trajo consigo la producción en serie, la especialización de operarios y la organización empresarial que disminuye los costos de producción, "estandariza" y perfecciona el producto, abastece con prontitud la demanda e incrementa las utilidades. Pues bien, siguiendo este mismo derrotero, la delincuencia también se ha organizado".

Se menciona que el "crimen organizado" debe tener como sustento, entre otros elementos, además de la *pluralidad de sus Agentes*, el *carácter empresarial* y el *mercado ilícito*.[7] El desafío de categorizarlo hizo que surgieran diferentes corrientes dando cada una de ellas un núcleo, del que sugieren se debe partir. Para algunas se debe tomar en consi-

(4) Eugenio Raúl Zafaroni, El Crimen Organizado: Una Categorización Frustrada, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia y Cámara de Representantes. 4 Sistema Acusatorio.

(5) Idem, pag. 52/53.

(6) Alfonso Reyes Echandia, Criminología, pag. 163, Edit. Temis.

(7) Eugenio Raúl Zafaroni, El Crimen Organizado: Una Categorización Frustrada, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia y Cámara de Representantes. 4 Sistema Acusatorio, pag. 53.

deración el *tipo de organización* o del *tipo de actividad criminal*, otros acerca de la necesidad de *correlacionar ambos tipos*.[8] Hagan,[9] citado por Zafaroni, encuentra consenso luego de una investigación y confrontación de definiciones de "crimen organizado" en los siguientes puntos: *a) importa una empresa permanente que opera racionalmente para obtener beneficios mediante actividades ilícitas; b) sostiene su acción mediante violencia real o ficta, c) implicando corrupción de funcionarios públicos.*

La exigencia sería en este momento, como lo expusiera el Profesor Zafaroni, explicar una eventual categorización desde el punto de vista Criminológico, resaltando siempre que el respetado profesor, no comparte dicha posibilidad. A criterio personal, el "crimen organizado" requiere ser considerado como una *modalidad criminal, de la asociación ilícita*. Pero a los fines práticos de política criminal podría analizarse con más detenimiento la posibilidad de su categorización criminológica cerrando más el tipo penal muy abierto existente en numerosas legislaciones penales. En el Paraguay se podría decir que el "crimen organizado" desde el punto de vista legal, fue asimilado al tradicional concepto de Asociación Ilícita, con la variante de "Asociación Criminal", la que se encuentra el Código Penal Paraguayo en su Art. 239.[10]

El "crimen organizado", habíamos dicho puede ser considerado como una modalidad de la asociación ilícita, – si bien como se mencionara, en otras legislaciones ya ha sido asimilado a esta –. El concepto de "crimen organizado" tendría y de hecho los tiene, innumerables variantes. En la conceptualización o descripción del mismo pueden ser abarcados elementos que van desde la

(8) Michael Maltz, Toward Defining Organized Crime, en "The Politics and The Economics of Organized Crime" edited by H. Alexander an G. Caiden, Lexington Books, 1985, p. 21, citado por el Profesor Eugenio Raúl Zafaroni, El Crimen Organizado: Una Categorización Frustrada, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia y Cámara de Representantes. 4 Sistema Acusatorio.

(9) Frank Hagan, The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model, en "Criminal Justice Review", 1983, citado por Zafaroni en El Crimen Organizado: Una Categorización Frustrada, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia y Cámara de Representantes. 4 Sistema Acusatorio. pag. 56.

(10) *Art. 239 Código Penal Paraguayo* Asociación criminal

1.° El que:

1. creára una asociación estructurada jerárquicamente u organizada de algún modo, dirigida a la comisión de hechos punibles;

2. fuera miembro de la misma o participara de ella;

3. la sostuviera económicamente o la proveyera de apoyo logístico;

4. prestara servicios a ella; o

5. la promoviera;

será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco (5) años.

2.° En estos casos, será castigada también la tentativa.

3.° Cuando el reproche al participante sea ínfimo o su contribución, fuera secundaria, el tribunal podrá prescindir de la pena.

4.° El tribunal también podrá atenuar la pena con arreglo al artículo 67, o prescindir de ella, cuando el autor:

1. se esforzara, voluntaria y diligentemente, en impedir la continuación de la asociación o la comisión de un hecho punible correspondiente a sus objetivos; o comunicara a la autoridad competente su conocimiento de los hechos punibles o de la planificación de los mismos, en tiempo oportuno para evitar su realización.

pluralidad de sus agentes, pasando por el desarrollo de actividades ilícitas, coexistiendo con otras de carácter lícito, haciendo de las primeras la principal fuente de ingresos económicos. Así por ejemplo, los delitos de cuello blanco, los Carteles de la Droga. Los grupos terroristas provengan estos desde el estado o no, grupos dedicados a delitos contra el medio ambiente, delitos contra la herencia cultural, mafias etc.

Pero indudablemente el inconveniente estriba en establecer los límites del nivel organizativo, para considerar o no a determinado fenómeno delictual, dentro o fuera del concepto de *crimen organizado*, sea a los fines investigativos de la criminología o a los fines de la investigación y juzgamiento de conductas, y la consiguiente determinación de Penas. Es indubable que al respecto de estos límites y de sus elementos, tendrán mucha importancia los fallos jurisprudenciales que en los países como el Paraguay con un tipo penal previsto, sean dictados, como así mismo los aportes doctrinarios que necesariamente deben ir acompañando ese proceso de adaptación, a una criminalidad en constante transformación, a los fines de dar respuestas efectivas, a una necesidad social, que mal que le pese a muchos, debe recurrir como siempre a un ordenamiento penal, para intentar calmar los espasmos criminales, en su permanente evolución, aquietando los ánimos de los más astutos y violentos cuando estos invaden y lesionan los bienes jurídicos de los demás.

La envergadura de una organización delictiva – cantidad de sus agentes –, su complejo organizativo – infraestructura –, su potencial criminal – nivel de riesgo de lesión de bienes jurídicos protegidos, la capacidad de producción de daños, modalidad de acción, de sus agentes, especializaciones criminales de autor y hechos, origen, capacidad de internacionalizar conductas delictivas etc., deben ser considerados como características de diferentes tipos de organizaciones, dentro de la categoría de "crimen organizado", y no proceder a su esclusión por no adecuarse a conceptos populares o históricos que existen de la misma. Deben considerarse antes que nada, los elementos constitutivos mínimos para integrarlos a esa categoría. El "crimen organizado", si bien presupone en muchos casos estructuras jerárquicas y vinculaciones altamente complejas que relacionan a sus Agentes con Políticos, Militares, Policías, Funcionarios, Jueces, Fiscales etc., pueden existir diferentes niveles de ese mismo "crimen organizado", el que puede estar estructurado y concebido en menor escala.

El concepto moderno de "crimen organizado", debe incluir los fenómenos delictivos, en los que por lo menos existan en su mínima expresión los elementos que lo caracterizan. El elemento "*pluralidad de Agentes*", parte de la necesidad del fenómeno delictivo de contar con un cierto número de personas que hagan posible la preparación, y consumación del ilícito, lo que en principio lo separa de la delincuencia individual, y lo asemeja a la de asociación ilícita de la que es una modalidad. Los *niveles de organización* que requiere la preparación de un ilícito como ser el tráfico de estupefacientes, de armas, homicidios políticos o económicos, fraudes bancarios, robos de vehículos, falsificaciones y otras son tan altos, que deben vincularse a personas con diferentes grados de especialización o profesión, químicos, contadores, abogados, policías, militares, políticos, fiscales, jueces etc. a fin de poder cubrir todos las posibles necesidades para la consecución de sus objetivos como así mismo contar con los equipos tecnológicos adecuados, que no se encuentran al alcance de cualquier delincuente.

La estructura de mando extremadamente compleja, es uno de sus elementos constitutivos –, con Jefes, Sub jefes, lugartenientes, tenientes y soldados, pero ello dentro de determinado grupo, por lo general vinculados a los fenómenos delictuales violentos. En otras formas de "crimen organizado" solo hace falta en algunos casos, el mentor, y luego una serie de sujetos ligados a él, no en forma vertical, sino más bien horizontal, en el que cada uno debe cumplir con el papel que le fuera asignado por el "organizador" compartiendo con este los dividendos obtenidos con el trabajo conjunto de todo un equipo, en el que pueden estar incluidos hasta los propios operadores del sistema, sin recurrir a la violencia. Señalan algunos autores que en determinados tipos de delito "exigen una operatividad piramidal, lo que obliga a la estructuración de rígidas organizaciones que sin llegar a alcanzar los parámetros grupales terroristas o mafiosos, son de difícil penetración policial, cual es el caso de los fraudes a gran escala con tarjetas de crédito o cheques de viajero; pero en muchas ocasiones el grupo se reduce a dos o tres componentes".[11]

La participación de los Agentes puede darse en dos niveles. El primero de ellos cuando integra con exclusividad una organización criminal, como un empleado perteneciente al staff de una empresa, a la cual debe servir. Realizando las actividades ilícitas – *ilícito fin* – que le son requeridas como elemento del sistema, pudiendo este realizar diversas tareas, desde el estudio de campo, los niveles de factibilidad, la obtención de recursos e informaciones, verificación de contactos, el hecho delictual tipo y lógicamente la estrucutra que garantizará el anonimato o la impunidad, entre estos están los participantes mediatos e inmediatos, que suelen ser, cuando fallan los mecanismos de anonimato e impunidad, los actores principales de los noticiosos". El segundo, cuando el agente, si bien forma parte del sistema delictivo organizado, como proveedor de medios o servicios – no conforma directamente la organización delictiva que realizará el *ilícito-fin*. Este forma parte de otro nivel de organizactión que podrá realizar el *ilícito-medio*, a través del cual podrán lograrse los objetivos delictuales de otros grupos organizados, puntualizando que para este, su intervención realiza también en forma simultánea, el *ilícito fin*. Los grupos organizados, proveedores de armas, y de documentaciones falsas encajan en este segundo nivel.

El elemento empresarial o económico, no debe ser excluyente, dado que si bien en la mayoría de los casos, el objetivo buscado por el crimen organizado es el de la obtención directa por actos ilícitos de intereses pecuniarios, que garanticen su existencia, pueden existir organizaciones criminales con intereses políticos o religiosos, en las que el carácter empresarial no sería el elemento principal de los mismos. Nicolas García Rivas menciona: "existen modalidades de criminalidad organizada que nada tienen que ver con el afán de lucro me refiero a todo el espectro de organizaciones clandestinas cuya actividad criminal está motivada por una finalidad política subversiva, siendo éste el lugar donde encajaría mejor todo lo concerniente al fenómeno terrorista".[12]

3. ¿Existencia real o ficción?

El "crimen organizado", ¿es un mito o una realidad? El crimen organizado

(11) Juan Manuel Rodriguez Zarco, Manual de Prevención del Fraude, Esabe Editorial, pag. 36.

(12) Nicolas García Rivas, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha. Criminalidad organizada y tráfico de drogas, Revista Penal, Julio 1998, Editorial Praxis, pag. 23.

tiene una existencia tan real y cercana, que podría estar conviviendo muy cerca nuestro. El existe porque una parte de la sociedad lo requiere para cubrir sus necesidades y deseos, que de otra manera tendrían que ser postergados o insatisfechos, y por supuesto, como factor de poder económico, cultural y político, de unos pocos sobre "los muchos".

El crimen organizado es la forma de criminalidad más peligrosa, porque la misma, a fin de garantizar su supervivencia, pone en ejecución procedimientos de inteligencia, con el objeto de indagar sobre las debilidades de los agentes u operadores del sistema, y del sistema en si mismo (normativa jurídica), que lo amenaza con persecución y sanciónes.

El crimen organizado se retroalimenta en forma permanente del conocimiento que de él posee el propio sistema legal, de los mecanismos de lucha y prevención y trata de ponerse siempre a la zaga, intentando lograr el statu quo, de la situación jurídica de ventaja anterior que hasta ese momento podría haberle estado brindando la impunidad de su accionar delictivo.

Decíamos al principio que la primera imagen que nos viene a la mente cuando nos hablan de él, es la de la mafia, y actualmente la de grupos casi invencibles que traban batalla contra las fuerzas de la Ley. Pero no obstante esa imagen, a veces resulta muy difícil demostrar directamente su existencia. A veces se duda, porque en muchos casos no existen pruebas directas de su existencia, dado que los agentes se cuidan de dejar rastros o evidencias al respecto de su organización, o porque en muchos casos las informaciones que se tienen de ese tipo de asociaciones proceden de personas que supuestamente las han integrado y que por motivos diversos han desertado de ellas, entonces se cuestiona ¿qué grado de certidumbre podrían tener esos informes si no van acompañados de otras pruebas?[13] Además del fenómeno policial-judicial, que en muchos casos cuando estas son investigadas y Juzgadas, no pasan de la primera etapa y en algunas no alcanza la etapa acusatoria del proceso. Ello debido a una de las características esbozadas del fenómeno, cual es la capacidad de dichos grupos de evitar la investigación en su etapa incipiente – intervención de los agentes del orden en el relevamiento de evidencia, y obtener una débil investigación y acopio de prueba, lo que desemboca en Sobreseimientos o Absoluciones.

Se debe tener en cuenta que como fenómeno social y generador de actividades ilícitas, no se puede dudar de la existencia de organizaciones que tienen como objetivo la realización de actos delictivos, y de hecho ningún autor ausí lo considera.[14] El "crimen organizado" se hace evidente a través de conductas delictivas, ampliamente conocidas y difundidas por los organismos vinculados los Ejecutivo, Legislativo y Judicial, además de Instituciones Internacionales,[15] como las Naciones Unidas que proponen planes de acción conjunta para encarar la lucha contra este fenómeno que va tomando día a día un preocupante desarrollo en todos los niveles y ha traspasado las fronteras geo-políticas.

(13) Eugenio Raúl Zafaroni, El Crimen Organizado: Una Categorización Frustrada, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia y Cámara de Representantes. 4 Sistema Acusatorio, pag. 64.

(14) A. "Nadie duda acerca de la existencia misma de asociaciones ilícitas, sociedades para delinquir, cuadrillas o bandas". Eugenio Raúl Zafaroni, El Crimen Organizado: Una Categorización Frustrada, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia y Cámara de Representantes. 4 Sistema Acusatorio – Conclusiones "a".

(15) Naciones Unidas, quincuagésimo perfodo de Sesiones, Nápoles, Declaración Polftica y Plan de Acción contra la Delincuencia Transnacional Organizada.

El crimen organizado puede darse desde el estado, como poder político o de grupos pertenecientes a él, pero pudiendo no responder directamente a sus mandatos u órdenes, realizando actos de violencia organizada.[16]

Entre la violencia institucional, aquella que presenta caracteres de mayor relieve es la tortura, vale decir, la causación de daños biosíquicos para obtener de la víctima un comportamiento de acción o de omisión que de propia voluntad no tendría; ordinariamente la tortura es ejercida por representantes de la autoridad para obligar a quien la padece a "confesar" su participación en hechos supuesta o realmente delictivos o para "proporcionar información", que compromete a otras personas. La tortura ha sido siempre instrumento eficaz de dominio político para combatir la oposición; su natural aliado es el mismo hombre que la sufre con sus flaquezas y su miedo.

Existieron casos de "crimen organizado" desde el estado, que se han dado en numerosos países, y en especial en Latinoamérica, en las que, cuerpos de policía o militares en gobiernos de facto, han coordinado y organizado "tareas de limpieza" y "vuelos" especiales de la muerte. Este tipo de organización criminal de estado, inclusive se transnacionalizó, teniendo Agentes en los países limítrofes con y entre los cuales se planearon y ejecutaron innumerables actos ilícitos que fueron desde el homicidio, desaparición forzosa y secuestro de personas y torturas. El "Operativo Cóndor", fue el nombre clave de esa "organización criminal internacional".

Es muy arriesgado esbozar un concepto de crimen organizado, sobre todo moderno y que satisfaga las expectativas de Políticas Criminales Dispares y la opinión de Doctrinarios y estudiosos al mismo tiempo, sobre todo cuando sobre el tema se sigue discutiendo sobre si debe ser categorizado o no. Además uno debe partir de criterios estereotipados, de acuerdo a realidades muy particulares y en algunos casos como el concepto de mafia, cronológicamente surgida en el periodo de pos guerra europea, con toda su influencia en los EE.UU de Norte América, debido a la masiva inmigración que tuvo en aquel país el imán poderoso de una economía fuerte y floreciente donde las oportunidades se brindaban en todas partes y para todos, a diferencia de los países que habían sufrido directamente en sus territorios y en sus economías, los efectos nefastos del estado de beligerancia.

Pese a que no hay acuerdos sobre el concepto. El fenómeno social-criminológico del crimen organizado, modalidad de la Asociación Ilícita para algunos, o Sinónimo de ella, se podría conceptualizar como: *un ente ideal constituido por personas físicas que se asocian, circunstancial o permanentemente en grupos, entidades, o familias, teniendo entre sus fines el de realizar o apoyar de alguna manera, actividades que tienen como núcleo central la idea clara y definida de obtener intereses de diversa índole, atentando contra bienes jurídicos de la sociedad, actuando en diferentes niveles de organización, cautelando prioritariamente la impunidad y el anonimato de sus conductas, y actuando no siempre en forma violenta.*

Es indudable que un concepto tal no llenaría todas las exigencias que podrían darse desde diversos ángulos de análisis, pero tiende a intentar reunir los mínimos elementos constitutivos de este fenómeno criminológico, a fin de lograr un mayor acercamiento al conocimiento de este.

Es difícil respaldar solo con teorizaciones un concepto que parte solo de

(16) Alfonso Reyes Echandia, Criminología, pag. 170, Edit. Temis.

apreciaciones personales de diversos autores y estudiosos del tema, dado que una exigencia científica constriñe siempre a la fundamentación empírica de los presupuestos. Pero a este respecto cabe mencionar que el concepto no solo debe cifrar su mayor o menor logro, en esa demostración fáctica. Una percepción negativa de hechos y circunstancias, pueden a su vez dar elementos de juicio, que permitirán al buen observador, por sus características, obtener apreciaciones circunstanciales que por su cantidad y conexidad, podrán dar cierto grado de verosimilitud a la existencia del fenómeno criminológico denominado crimen organizado, en los términos expuestos más arriba.

Cuando escuchamos o leemos por los diarios acerca de la quema de grandes plantaciones coca o de marihuana, la destrucción de laboratorios en la selva donde se produce la cocaína, la incautación de grandes cargamentos, en los puertos de embarque y o desembarque, estadísticas acerca de la cantidad de drogadictos existentes en las calles, las innumerables redadas policiales deteniendo a traficantes de menor cuantía, así como el pedido de auxilio realizado por determinados países a otros que este considera proveedores, la ayuda militar otorgada para el combate del tráfico de drogas, nos hablan todas ellas de la existencia del crimen organizado, que maneja todos los aspectos y detalles de esa actividad delictiva.

El mismo procedimiento deductivo podríamos hacer referente a los delitos llamados de cuello balcno en el que están integrados los fraudes bancarios, realizados por sus propios directores o gerentes, o también, delitos contra la herencia cultural, contra el medio ambiente, los robos o piratería informática y el tráfico de menores, prostitución infantil organizada, trata de blancas, falsificaciones de moneda y de marcas y otros tantos, cuyos principales agentes, se han percatado que sus actividades deben ser pensadas y organizadas al igual que una empresa que se dedica a actividades lícitas.[17] Pero lo peor de todo radica en la composición de sus agentes, los que a fin de obtener sus fines, inficionan las estructuras de poder y las corrompen en muchos casos, creando con ello un ambiente de impunidad donde el poderoso es intocable, derivando en un sentimiento social de inseguridad de los que se aferran a sus valores morales y éticos.

También sería importante realizar estudios sobre los procesos judiciales que no han llegado a su etapa final – sentencia –, debido a retractaciones de testigos, denunciantes y/o querellantes, vinculados a procesos por la diversa gama de delitos investigados ante los tribunales, lo que nos habla muchas veces del poder de estos grupos para lograr su impunidad, obligar inclusive a miembros de su propio grupo a autoincriminarse con el fin de resguardar la estructura principal. Al respecto menciona Goldstein: "Su poder de infiltración es inmenso, especialmente allí donde la corrupción se halla extendida entre políticos y policías. Tanto la corrupción criminal como el crimen organizado tienen su sostén en actitudes más o menos extendidas, que

(17) Naciones Unidas, Proyecto de Resolución I, que aprobó la Comisión en su tercer período de sesiones. Resolución 1994-12 del Consejo Económico y Social sobre delincuencia transnacional organizada. Esta delincuencia trafica en drogas y armas, lo que contribuye a la agitación política en todo el mundo. A menudo la delincuencia organizada pasa de actividades tradicionales como el tráfico de drogas a otras esferas igualmente lucrativas que llaman menos la atención, adptándose a las nuevas realidades y sacando pleno provecho de los esfuerzos de los gobiernos por abrir sus fronteras nacionales a la libertad de comercio.

varían en los diversos países, y en el descrédito cada día mayor de los sistemas de justicia, consecuencia esta última, sobre todo, de una ley penal anticuada y de una profesión legal que no lo es menos".[18]

El nivel de organización de los grupos delictivos modernos, se va haciendo más sofisticado, consientes los agentes de que para el éxito de sus empresas delictivas deben siempre estar delante de todas las medidas de seguridad, si no, ver la posibilidad de anularlas, intentar buscar la fisura reglamentaria o legal que les permíta actuar ilegalmente. Los integrantes del grupo, tienen entre sus actividades permanentes, el desarrollo de conductas delictivas, haciendo de las mismas, sino la única, su estilo y medio de vida. Esta posibilidad indudablemente podrá ser enérgicamente cuestionada por los que con cierta lógica difienden solo aquellos postulados que pueden ser demostrados científicamente, o por lo menos demostrados fehacientemente. Es por ello que sería útil recurrir no solo a los informes Policiales o de Instituciones Internacionales que hablan de la "cifra negra de la criminalidad". La criminalidad organizada contribuye ampliamente a las llamadas cifras negras de la criminalidad, y se beneficia no menos ampliamente de la impunidad.[19]

Las Naciones Unidas han aprobado un Plan [20] para hacer frente al avance que están teniendo actualmente las actividades delictivas a través del crimen organizado y transnacional, que abarca desde la previsión legislativa del crimen organizado, así como la identificación de las condutas delictivas que estarían abarcadas por él, la colaboración internacional, en materia de transmisión de experiencias, a nivel judicial, embargos de cuentas procedentes de las actividades ilícitas provenientes del crimen organizado, educación, implementación de mecanismos tecnológicamente avanzados de obtención de evidencias dentro de los marcos de las respectivas Jurisdicciónes.

En conclusión podemos decir, que el concepto moderno que se tiene del crimen organizado es abarcante de modalidades delictivas que han tenido un desarrollo preocupante en el ámbito de la sociedad internacional, la que busca de esta manera entender el problema y definir una política criminal adecuada a la misma, atendiendo a la gravedad de las conductas delictivas que integran el tipo y los efectos tremendamente perniciosos para la sociedad, que hoy por hoy está categorizado criminológicamente y descripto como tal en diversos ordenamientos penales o bajo la figura de la Asociación llícita o Criminal.

(18) Idem.

(19) Manuel López – Rey, citado por Raúl Goldstein, Diccionario de derecho penal y criminología. Edit. Astrea.

(20) Naciones Unidas, quincuágésimo período de Sesiones, Nápoles, Declaración Política y Plan de Acción contra la Delincuencia Transnacional Organizada.

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1

A TECNOLOGIA MUDANDO O PERFIL DA CRIMINALIDADE

MANOEL CAMASSA

SUMÁRIO: 1. Tecnologia: 1.1 Ontem; 1.2 Hoje; 1.3 Perspectiva para o amanhã – 2. Criminalidade: 2.1 Ontem; 2.2 Hoje; 2.3 Perspectiva para o amanhã – 3. Tecnologia e criminalidade: O criminoso invisível – 4. Legislação em vigor – 5. Fatos típicos e suas conseqüências sociais – 6. Prevenção e repressão – 7. Sugestões para o combate da criminalidade do futuro – 8. Conclusão.

Apresentação

O avanço da tecnologia fez com que o crime, como qualquer Ciência, tomasse rumos até então totalmente desconhecidos, fazendo com que a Polícia, na sua atuação passasse a estudar as novas condutas delituosas para combatê-las com eficácia. Os meios de que se utilizam os criminosos para consecução de seus ataques ao patrimônio alheio são os mesmos que utilizamos para o trabalho, estudos e lazer, ou seja, o computador, o "fax", o telefone celular, o telefone virtual e o cartão bancário.

Escudados no anonimato que esses instrumentos oferecem, os malfeitores tecnológicos utilizam até a mídia para atraírem e induzirem a erro as suas vítimas, oferecendo-lhes oportunidades incríveis e irrecusáveis para concretização de bons negócios e causando-lhes, ao final, um considerável prejuízo, e, o que é pior, sem deixar rastros ou pistas que os levem a ser localizados, identificados e responsabilizados pelos crimes cometidos – *o criminoso invisível.*

Introdução

O presente trabalho foi elaborado através de pesquisa e, portanto sem o propósito ou objetivo de ser conclusivo no âmbito da questão ora levantada, até porque o assunto não possui ainda bibliografia. de tese, em função de tratar-se o uso da tecnologia de matéria recente nas atividades criminosas. A preocupação é em razão da rapidez com que essa Ciência vem se desenvolvendo com influência no segmento social de maneira geral, pois até o momento vem sendo lançada sem um prévio critério de avaliação, em especial pela sociedade em termos de sua liberalidade em comprometimento à moral, aos bons costumes, ao patrimônio, enfim, à paz social.

É claro que a Ciência Tecnológica proporciona enormes eventos na qualidade de vida da humanidade, porém, a sua utilização monopolizada, como ocorre, fere preceitos legais. A falta de investimentos, por parte das instituições governamentais, para suprir e desenvolver a Polícia Civil, como formação de pessoal

técnico qualificado, e equipamentos concorrentes, faz com que se nasça hoje uma extensa classe de delinqüentes, que ora denominamos de *criminoso invisível ou de criminoso virtual.*

O estudo, enfim, visa alertar a sociedade e sem demagogias sensibilizar o Estado acerca da necessidade do aparelhamento e aperfeiçoamento do pessoal do setor repressivo e investigatório. É necessário também a adequação dos equipamentos basilares, evitando-se, destarte, a evolução da marginalização moderna no século que se aproxima, e que a Polícia, afinal, não permaneça retardatária, ou fique um passo atrás ao alcance dessa estirpe elitilizada de criminosos.

1. Tecnologia

1.1 Ontem

Há pouco menos de meio século, sem exagerarmos, algumas localidades do globo terrestre ainda eram desprovidas de qualquer tipo de comunicação, mesmo através da radiofonia, e restrito o alcance das redes telegráfica e telefônica. O tráfego de aviões, especialmente comerciais era escasso, como limitado era o número de veículos automotores de grande potência. Secretos eram os exercícios das atividades nucleares. Afinal, vivíamos a reestruturação global do planeta, depois do caos ocasionado pela 2.ª Grande Guerra Mundial. Entretanto, como se fosse visando uma reforma mundial, o que verdadeiramente jamais aconteceu na História, e agindo como se estivessem sujeitos a uma incompreensível compulsão, mais voltados a uma específica questão de sobrevivência individualística, passou a haver uma maior rotatividade do ciclo dos movimentos migratórios, que certamente tomaram o lugar das guerras coloniais e expedições de conquistas organizadas por Estados, com a globalização do mercado mundial, que só recentemente se completou.

1.2 Hoje

Com o avanço tecnológico que proporcionou a globalização da comunicação, os acontecimentos são veiculados em questões de segundos para qualquer parte do mundo, resultado obtido a partir do lançamento ao espaço do primeiro satélite de comunicação, no início da década de 1960, proporcionando um grande desenvolvimento no mundo cultural, educacional e comercial.

Além do sistema de satélites, com a instalação da Internet – rede mundial de computadores – o mundo da informação vai ficando cada vez mais próximo, já que é possível a comunicação entre vários países, inclusive com aplicação na área da Medicina.

Os meios de comunicação de massa, preferencialmente os jornais e a televisão projetam, exaustiva e abusivamente, notícias e imagens.

A telefonia também promoveu uma das maiores revoluções na vida das pessoas neste século com o surgimento do telefone celular, que proporciona uma comunicação muito mais rápida do que antigamente.

Através do sistema de televisão a cabo, via satélite e a antena parabólica, é possível assistir ao noticiários de outros países a qualquer momento, sem sairmos de casa.

Enfim, a vida, atualmente, acaba girando em torno desses aparatos tecnológicos, produzindo uma sociedade alienada e voltada para o consumismo. Esse fato desperta a ganância e a busca do dinheiro fácil, para aplacar a febre consumista instalada no meio social.

Talvez, o que ainda falte nesta globalização, já que o consumo é massivo, é difundir mais a educação, a cultura e o

lazer, pois o que vemos hoje são verdadeiros "bombardeios" de sensacionalismo, indignidades, propagandas anticulturais, cenas eróticas e pornográficas, como resultado da competetividade da imprensa da concorrência comercialista e, quiçá, por força de um estranho desejo proporcionado por um comando oculto, do denegrimento das raças, com a instalação de um provável conflito entre os povos de todas as nações.

1.3 Perspectiva para o amanhã

Ora, se é inevitável afirmar que a palavra mágica da nova era é "digital", é imprescindível preparar-se para uma nova confusão dos sentidos. Decerto, com a enorme excitação provocada pelas recentes novidades tecnológicas, a ignorância sobre o que significa a palavra "digital" ganhará espaço entre todos, diante da credibilidade, admiração e rigor científico que ela provoca ao lado de qualquer velha palavra, a exemplo de som digital, controle remoto digital, binóculo digital, livro digital, cabelo digital, esparadrapo digital, entre infinitas outras. Atualmente, quem abrir o dicionário de Aurélio Buarque de Hollanda, já poderá se considerar uma pessoa ultrapassada pela utilização do equipamento digital, pois bastará *clicar* o seu micro, e pronto, ter-se-á todo o "Aurélio" na tela de seu computador.

Refletindo sobre o tema, já se escreveu e sobre tal aspecto há de se recordar que o "digital" do computador vem do dígito binário, o "bit" – uma combinação encontrada entre o dígito zero e o dígito um –, o que constituiu-se na linguagem de todas as mídias conhecidas. Uma linguagem simples, portanto, que só tem dois números, ou seja, o zero e o um, redundando disso a vantagem do acasalamento fácil entre as mídias: o livro tem um caso com a aparelhagem de som, a TV flerta com o jornal, o cinema com o satélite, o telefone com o videocassete. Todos são abençoados pelo computador, instituído como sacerdote supremo dessa promiscuidade cibernética, a multimídia, fazendo com que, a exemplo do "Aurélio", que era aquele livrão passivo e respeitoso que passou décadas perfilado impávido na estante, mergulhou desta para o interior de um computador, transformando-se pela organização digital em livro expandido.

Daí a começar o cuidado, a preocupação, voltados para o assunto ao qual está dirigido este trabalho.

É que já está por ocorrer uma desmoralização vertiginosa dos termos "digital" e "virtual" em decorrência de seu uso indiscriminado, a exemplo das revistas de sexo "virtual", envolvendo a pedofilia e a pornografia, a utilização do computador para acessar dados existentes em estabelecimentos bancários em nomes de terceiros, a exploração do comércio de entorpecentes, enfim, uma gama de ilicitudes descontroladas e desconhecidas pela legislação, da qual trataremos mais adiante. Estando a tecnologia avançando vertiginosamente com o efetivo auxílio da informática, em todos os segmentos, está por proporcionar, outrossim, o cometimento de crimes empresariais, tais como a espionagem industrial, a sabotagem, cujo exemplo meridiano é a praticada pelas ou contra as empresas farmacológicas, havendo laboratórios produzindo a industrialização de remédios falsos, outros sem complementações de suas corretas dosagens, não sendo crível admitir-se que as próprias empresas assim queiram em detrimento da competição comercializante, sendo seguro afirmar que o crime existe, muitas vezes não se definindo a sua responsabilização, senão as indenizações civis, tapando-se os olhos da investigação criminal necessária.

É curiosa a evolução tecnológica, porém alarmente, de tal maneira que se

prevê a possibilidade de comandar-se o posicionamento de um ícone numa tela de computador através do olhar, o que significa a possibilidade de vir a ser útil caso um piloto de caça esteja com ambas as mãos ocupadas na hora de detonar um míssil.

Evidentemente, todavia, o alcance da informática para os dias seguintes ao de hoje será de expressão inimaginável por força de desenvolvimento de tão frondosa tecnologia, que segue engordando pelos olhares dos gigantes mais gulosos da multimídia: as indústrias de telecomunicações, informática e entretenimento.

Enquanto isto, os recursos técnicos de que dispõem os peritos da Polícia Civil em âmbito nacional, de cujo trabalho depende o sucesso das investigações policiais, que servirão de base ao nexo de causalidade da formação do respectivo inquérito a instruir uma futura ação penal e, enfim, possibilitar a correta aplicação da Lei Penal, são quase os mesmos de mais de meio século atrás.

É notório que as investigações e esforços para esclarecer crimes são, na maioria das vezes, prejudicados pela falta ou deficiência do material. Acrescente-se principalmente a formação deficiente dos quadros da investigação técnica, para a qual há de se exigir qualificação profissional para atuar nas diligências e elaboração de laudos periciais, com a mesma capacidade e competitividade que a própria inteligência dos agentes e ou dos instrumentos utilizados para a prática dos crimes modernos, os aqui denominados delitos virtuais. Não se deve esquecer que o despreparo investigatório da Polícia Civil hoje também é fruto do descaso dos órgãos que deveriam dar-lhe suporte.

Não será demais afirmar que ainda nos dias de hoje, em muitas cidades do interior paulista e em inúmeros distritos de todos os outros Estados da Federação, o microcomputador sequer chegou à repartição policial, que ainda se serve e só dispõe da arcaica máquina de escrever, sem contar a deficiência ou indisponibilidade dos serviços de rádio, e até mesmo faltam aos peritos e aos demais agentes encarregados das diligências de investigação meios de transporte para se chegar ao local do crime, e quando tais meios existem, não há material básico e equipamentos.

Não muito longe, nos próprios quadros da Polícia Civil paulista, onde a exploração comercial tecnológica através da informática é vista e praticada com maior avanço, fitas adesivas utilizadas para definição de impressões digitais, produtos químicos e pós reveladores parecem ingredientes de ficção científica. Há casos que os próprios peritos têm que despender de recursos econômicos pessoais para utilizar esses meios de investigação, consoante tem revelado a imprensa escrita.

Tal deficiência, isto é, a indisponibilidade da Polícia Civil de recursos tecnológicos para serem utilizados nas investigações comprometem o esclarecimento de determinados crimes, que, na grande maioria, ficam à mercê, quase exclusivamente, da confissão do acusado, e dado que são os peritos policiais obrigados, na maior parte dos casos, a substituírem a capacidade técnico-científica pela improvisação. Resultado disto é concluírem laudos conflitantes, comprometendo o resultado das perícias técnicas, sem se aproximarem das hipóteses cabíveis.

Não será possível, portanto, desenvolver-se o trabalho de coleta e preservação dos vestígios dos crimes virtuais sem a utilização dos equipamentos tecnológicos que estão à disposição do *criminoso virtual*.

2. Criminalidade

2.1 Ontem

Não muito longe estão os tempos em que os militantes do crime eram forçados a se exporem fisicamente para alcançarem o desiderato do ilícito, cuja finalidade precípua, na maioria dos casos, era o patrimônio alheio, seja para a obtenção de vantagem econômica, a exemplo dos crimes de roubo, estelionato e outras fraudes, incluídas as resultantes da falsidade, seja ainda pela invasão empresarial para a prática dos delitos de concorrência desleal, de contrafação, de sabotagem industrial, ou mesmo daqueles derivados de falsos lançamentos da contabilidade comercial, seja também para a prática de crimes contra os costumes, e finalmente, por opção da especificidade, o tráfico de entorpecentes.

A exposição do agente era, portanto, visual, e ainda assim os trabalhos de investigação sempre foram acanhados, pela impressionante falta da preparação técnica material e pessoal.

2.2 Hoje

A criminalidade nos dias de hoje, como se constata das reportagens diárias elaboradas pelos veículos de comunicação, é praticada com maior ênfase, desempenho e liberdade, a partir, inclusive, do emprego de armas sofisticadas de uso restrito do Exército nacional, o que é visto comumente na prática dos modernos crimes de seqüestro, das apreensões de drogas, dos assaltos a bancos e carros-forte.

Verdadeiramente, dentre os grandes problemas enfrentados pelo Brasil, está aquele em que o Estado preocupa-se isolada e demasiadamente em relação à situação dos presos e dos presídios. Esquecem-se da questão relacionada com a punição de crimes cometidos por indivíduos que gozam de privilégio social, notadamente os denominados delitos do "colarinho-branco" que deixaram de ser, com incrível velocidade, casos isolados, e agora são praticados com freqüência no mundo financeiro.

Ora, na apreciação de uma causa criminal, sabe-se que o juiz atual encontra dificuldades para entender corretamente o funcionamento dos instrumentos financeiros utilizados para cometer esses tipos de crimes, sendo fundamental conscientizar-se desde logo que o mercado financeiro, diante de seus próprios propósitos, é um ambiente onde circula muito dinheiro e em cujo meio existe um grande número de pessoas bem preparadas intelectualmente.

Os delitos em destaque são bem sucedidos, e em grande proporção permanecem de autoria desconhecida, justamente em função dos meios empregados para serem praticados, obviamente por recursos tecnológicos, já que a informática tem participação contributiva e eficaz para suas realizações e resultados. Quando há a formação do inquérito a ensejar o oferecimento de denúncia e encerrada a instrução criminal, a prestação jurisdicional fica comprometida com vistas à aplicação da lei no sentido da punição pelas dificuldades ofertadas na definição, ora da materialidade, ora da própria autoria ou culpabilidade, simplesmente porque o procedimento investigatório não se apresenta trajado de provas irrefutáveis e contundentes do crime cometido, restando este incompreendido, sem a justa punição, dos autores, ressoando o sentimento da impunidade do meio social.

Isto ocorre porque os crimes em questão, isto é, aqueles cometidos no mercado financeiro, mais exemplarmente, envolvem procedimentos minuciosos que necessitam ser perfeitamente compreendidos pelo juiz atuante no julgamento de cada caso, e não havendo essa compreensão, é fatal a impossibilidade da punição desejada pelo Estado.

Cite-se por ilustração, o recente e rumoroso escândalo do mercado financeiro, envolvendo os títulos emitidos para pagamento de precatórios judiciais. Os juízes nesses casos se deparam com termos como "day trade", "operações casadas", "compromissos de recompra", "deságio", "taxas de sucesso", "ciranda financeira", "carregamento de posições", "financiamento de posições compradas", e daí por diante, e para que suas decisões sejam corretas é indispensável que os juízes responsáveis, através de seus auxiliares, os peritos criminais atuantes em cada caso, conheçam a fundo o funcionamento desses instrumentos, elaborando um laudo técnico, de cunho probante, possibilitando a formação do juízo de convicção acerca da culpabilidade, da materialidade e autoria.

2.3 Perspectiva para o amanhã

Toda esta questão torna preocupante o desenvolvimento da criminalidade nos dias que se seguirão, em face de sua prática com a utilização de recursos tecnológicos, que evoluem mundialmente, e com veloz modernização da informática, de maneira que a criminalidade será praticada ao espectro da invisibilidade, ou seja, o agente ou agentes, os meliantes do crime não mais estarão à frente de um microcomputador instalado sobre uma mesa, ou este acomodado numa maleta executiva, a exemplo do "notebook", como atualmente já ocorre. Mas estarão com tal equipamento camuflado num dos bolsos do paletó, operacionalizado a qualquer distância de tão eficiente maneira, que invadirão os dados bancários da conta corrente das vítimas escolhidas, desviando seus ativos financeiros, ou de modo mais eficaz operacionalizando os comércios ilícitos, seja envolvendo drogas, seja os contrabandos mercantis, seja os da invasão da privacidade alheia, seja os delitos de concorrência desleal, aqueles envolvendo sabotagens e a violência à propriedade industrial, e os praticados contra os costumes e os abusos sexuais. Não menos torna-se preocupante o desenvolvimento tecnológico da telefonia celular e do telefone acoplado à TV a cabo, que serão canais, como já o vêm sendo, porém mais modernizados, mais sofisticados, para a prática de crimes das mais diversas naturezas e modalidades. Igualmente preocupantes serão os dias de amanhã, porquanto certamente ante a escalada dessa verdadeira revolução tecnológica, os arcaicos revólveres e outras armas de grosso calibre darão lugar a uma pistola a "laser", quando não carregadas de raios paralizantes ou de efeitos morais. Sendo possível, inclusive, que o terrorismo revolucionário se evidencie com uma roupagem tecnológica, as milícias substituídas pelo simples acionamento de um sistema de computação, seja para realizações de explosões, seja para desvios de rotas da aviação.

Com a possibilidade da ocorrência desses fatos, dentre inúmeros outros, torna-se previsível o caos social.

3. Tecnologia e criminalidade: o criminoso invisível

Não há dúvidas, pelo relato até aqui desenvolvido, que *tecnologia e criminalidade* caminham atualmente de mãos dadas, a última evoluindo a galope da evolução da primeira, influenciada e fortalecida pela utilização da informática, explorada negativamente pela inteligência humana.

E como se constata, a proporcionar a gravidade da situação, e como se deu em períodos anteriores, a atual produção nacional de tecnologia não vem acompanhando a expansão da demanda de "know-how", acentuando-se a dependência tecnológica do exterior. Essa dependência acaba limitando o desempenho dos cientistas nacionais que por falta de

recursos, buscam na iniciativa privada condições para desenvolverem o seu trabalho, o que acaba por refletir no desenvolvimento e aparelhamento dos órgãos da Segurança Pública.

Os delitos da natureza como são os aqui comentados ainda não alcançaram a adequação desejada, porquanto evoluirão em conformidade com a instrumentalização cibernética, de tal maneira que há enorme possibilidade de não ganharem a necessária tipificação pela legislação regulamentadora de seu combate, e mais ainda porque, sabemos todos, o *criminoso invisível* é por essência um estudioso. Moderniza ele seus métodos, muitas vezes de maneira científica, sempre em conformidade com os meios de que dispõe e que lhe são ofertados pela própria sociedade, como se estabelecesse uma acirrada competição entre o lícito e o ilícito, o bem e o mal.

O delinqüente cibernético virtual é invisível, ganhando manchetes de jornais, e isto porque ele próprio deseja manifestar-se, como se pondo de maneira a evidenciar a sua disposição em desafiar a Lei, a demonstrar que para ele não há obstáculos para alcance de seus propósitos, de sorte que, por tais aspectos há ele de merecer uma identificação particular, a da periculosidade, tamanhos que são os danos possíveis de provocar, preordenadamente, no resultado final de sua ação criminosa.

Neste segmento diversos são os tipos dos delitos perpetrados pelo criminoso virtual de que se ocupa o presente trabalho, sem deixar de lado a tônica voltada para o estabelecimento da prevenção e repressão contra estas espécies de condutas, com prévia, embora tardia e mui tardia reestruturação da Polícia Civil, não apenas na questão atinente à qualificação e habilitação do setor de investigação, a disponibilidade de equipamentos de automação virtual modernizados a serem utilizados nas diligências, como também nos armamentos e viaturas, a fim de que se possibilite a formação de culpa, através de um procedimento inquisitório desataviado de quaisquer dúvidas, como se torna imprescindível ao processo penal e, assim, permitir-se a aplicabilidade da lei penal.

4. Legislação em vigor

Antes de adentrarmos o mérito da legislação propriamente dita, de se destacar que a legislação estrangeira, a exemplo de Portugal, preocupada com a evolução do *criminoso invisível ou virtual*, criou em janeiro de 1995 a Brigada de Investigação de Criminalidade Informática – BICI –, atribuindo-lhe competência nacional para a investigação da criminalidade informática e alguns dos crimes praticados com recursos e meios informáticos.

No início do mês de setembro em curso, aquela instituição foi substituída pela SICIT – Secção de Investigação de Criminalidade Informática e de Telecomunicações, constituída por duas Brigadas de Investigação.

A SICIT no âmbito de suas funções está especialmente empenhada em atos de prevenção criminal na sua área de investigação e de entre os seus objetivos pretende contribuir para o aumento da cultura de segurança informática.

De acordo, entretanto, com a Lei Orgânica da Polícia Judiciária – LOPJ –, presume-se deferida à Polícia Judiciária daquele País a competência exclusiva para a investigação de determinados crimes de maior gravidade e complexidade.

D'entre esses crimes, a SICIT detém competência nacional para investigação da chamada criminalidade informática, a qual compreende a generalidade das infrações penais previstas e punidas pela Lei 109/91, de 17 de agosto, designadamente:

- falsidade informática;
- dano relativo a dados ou programas informáticos;
- sabotagem informática;
- acesso ilegítimo
- interceptação ilegítima
- reprodução ilegítima de programa protegido e de topografia;
- utilização ilegal de dados;
- obstrução ao acesso;
- interconexão ilegal;
- falsas informações;
- acesso indevido;
- viciação ou destruição de dados; e
- violação do dever de sigilo.

Além das elencadas acima, criadas pela mencionada Lei 109/91 – reestruturando anterior legislação (10/91, de 29.04.1991), outras informações penais são previstas no Código Penal lusitano:

devassa por meio de informática;

burla informática e nas telecomunicações.

Na legislação pátria somente agora com o Anteprojeto de reforma do Código Penal elaborado pela Comissão, nomeada pela Portaria 1.265, de 16.12.1997, publicada no *Diário Oficial* da União em 25 de março de 1998, é que vem tratar, em diversos de seus verbetes, das infrações arroladas acima.

Muito embora outras infrações já estejam estabelecidas na ordenação substantiva, entendemos poder ser incluída na Parte Geral da prometida reforma um artigo que preveja o agravamento da pena quando o meio empregado for o da tecnologia, que dificulte o trabalho da investigação policial.

Ora, no conflito aparente de normas, o fato criminoso enquadra-se em duas ou mais normas, porém, no caso concreto, apenas uma delas tem aplicação. Como se vê, o conflito será apenas aparente, porque na verdade uma única norma tem incidência.

Enquanto no concurso de crimes, em havendo, todas as normas violadas são atribuídas ao agente, no conflito aparente uma única norma lhe é atribuída.

O conflito aparente de normas também difere do conflito de leis no tempo. No primeiro, as diversas normas, que aparentemente regem o fato, estão em vigor no momento da prática do crime; no segundo, há uma sucessão de normas no tempo, pois somente uma delas estava vigente por ocasião da prática delituosa.

Todos estes aspectos deverão sofrer adequação pelo legislador pátrio, com a observância dos princípios legais da especialidade, da subsidiariedade, da consunção, do crime conexo e da alternatividade.

Do mesmo modo e cuidado, imagina-se dever-se-á equacionar a Lei de Software.

Tratamos de maneira tímida tal situação, haja vista que somente em 24.07.1996 tivemos instituída a Lei 9.296, cuidando de disciplinar a "Interceptação Telefônica", restringindo-se às situações em que há violação do sigilo das comunicações, e a sua inviolabilidade.

Mais recentemente editou-se, ainda que tardiamente, a Lei 9.695/98 de 20.08.1998, que visa reprimir a falsificação e adulteração de produtos farmacológicos, crimes que provavelmente estão sendo praticados impunemente há muitos anos. O assunto, até então, foi desprezado pelos legisladores e apenas após a ocorrência de lamentáveis perdas humanas preencheu-se a lacuna penal.

A utilização da tecnologia como meio empregado na consecução de crimes virtuais acarretou, como se verifica, uma extensa ramificação, a fazer com que o legislador pátrio sancionasse também a Lei 9.613/98, que disciplina acerca da

"lavagem de dinheiro", o que porá evidentemente a cerco os praticantes deste gênero de delito.

No campo da informática ainda, vemos o legislador mais interessado em tutelar a comercialização e desenvolvimento dos recursos da tecnologia. Porém, de forma acanhada também reporta-se às hipóteses das infrações penais, que o nosso ver pouco caso existe por parte do legislador em face do aumento da criminalidade, na proporção da evolução tecnológica.

Concluindo, parece-nos que torna-se necessário que o legislador pátrio demonstre maior interesse na elaboração da legislação, direcionando-a mais enfaticamente às infrações penais cometidas mediante o uso da tecnologia.

5. Fatos típicos e suas conseqüências sociais

Os crimes cometidos pela "Internet" são inimagináveis, porém mais inimaginável ainda será descobrir a sua materialidade e autoria, num processo pré-investigatório, com os recursos de que dispõe nossa Polícia Civil.

De todas as questões criminais relacionadas com a "Internet", a pornografia é a mais polêmica, a causar gravame no âmbito socio familiar. Embora esteja previsto no Código Penal o crime de pornografia, a aplicação deste dispositivo caiu em completo desuso.

Nada obstante, há uma razoável complicação, porquanto o fim da pornografia, por exemplo, na "Internet", poderá comprometer os princípios constitucionais da liberdade de expressão e de acesso à informação.

Um velho crime bastante praticado nas redes de informação é o estelionato, em aparelhamento com o uso de falsa identidade, já previsto na legislação substantiva vigente.

A citar um exemplo, o responsável pela folha de pagamento de uma empresa criou um funcionário fantasma, e todos os meses depositava para ele um vultoso salário, que obviamente ia depois para a conta do estelionatário.

"Irmãos sangüíneos" do 'cyber' estelionatário é o 'hacker', especialista em quebrar sistemas de segurança de informática e inocular vírus em computadores alheios. O mais complicado em punir um 'hacker' – o autêntico criminoso invisível –, é que ele consegue agir sem deixar vestígios, ingressando nos arquivos da vítima como se estivesse sentado na sua cadeira (da vítima), usando o computador dela.

Esses indivíduos são audaciosos e ousados e não temem a quem atacam. O *Estade de S. Paulo*, em sua edição do dia 15, no quadro de "comunicações" publicou uma ocorrência relacionada com a invasão de um grupo de 'hackers', que conseguiu entrar no 'site' do *New York Times*, substituindo a "home page" por outra com imagens de sexo explícito, onde também atacava o jornal e três repórteres, usando ameaças vagas e trocas de letras, cometendo aí uma série de crimes, perfeitamente catalogadas na legislação nacional, o que movimentou a atuação investigatória do FBI.

Ainda no mesmo mês publicou-se a prisão de dois acusados de vender a droga "LSD". Eles utilizavam a "Internet" para comprar o entorpecente, mantendo uma página para manter contato com os compradores de Ribeirão Preto e outras cidades do interior paulista. A Delegacia de Investigações sobre Entorpecentes (Dise) daquela localidade somente logrou prendê-los e apurar o grave crime a partir de denúncias anônimas.

Há também a prática da denominada "pirataria de softwares", que tornou-se usual e corriqueira.

Recentemente, a polícia britânica, auxiliada pela Polícia de outros 21 paí-

ses, em uma gigantesca operação internacional sem precedentes, conseguiu desbaratar uma gangue de pedófilos que divulgavam fotos pornográficas com menores via "Internet". As pessoas envolvidas neste tipo de atividade obscena se sentiam até agora relativamente impunes, certas de que esse canal da informática não sofre controles, o que, como se vê, tanto aqui como lá, há a tipificação penal e, portanto, a necessidade da repressão.

Existem também, embora em menor escala, porém é previsível que o emprego da tecnologia permitirá o seu desenvolvimento com novas nuances, aqui ou acolá, os golpes dos chamados consórcios frios, ou os consórcios "alaranjados", quando os agentes utilizam-se dos nomes de concessionárias de ponta para "vendas" de automóveis com prévio depósito efetivado na conta bancária aberta em nome de um "fantasma", mantidos os contatos através de uma publicidade enganosa confirmada por um telefone virtual, e remessa via "fax", outra instrumentalização tecnológica para remessa de falsa documentação ao interessado comprador, que assim passa a ser lesado por um criminoso invisível, que, por astúcia e por ardis, consegue a vantagem econômica em detrimento alheio. Descobre-se depois tratar-se de um golpe, diante da confirmação de serem fictícias as linhas telefônicas ou de não estarem elas vinculadas a qualquer sistema empresarial.

A denominada clonagem do aparelho telefônico celular é outro crime moderno oferecido pela tecnologia atual, consistente na cópia do número de série, ou seja, do hexadecimal, armazenando as informações constantes do aparelho e transportando-os para um outro que passa a funcionar normalmente assim que utilizado em outra estação de rádio base, ou mediante o emprego de uma tecnologia avançada que é o "scanner", que capta aquelas informações via satélite quando a pessoa do aparelho legítimo efetua uma ligação, sobre o qual passam a ser tarifadas todas as ligações.

Inúmeros são os casos de falsificação de produtos apondo-se etiquetas de marcas famosas, que, além de resultarem em dano às empresas titulares, esse comércio ilegal prejudica os cofres públicos, além de pôr em risco a segurança dos consumidores. É óbvio que o meio empregado para a prática desses crimes é também o uso da tecnologia que permite a cópia de um produto similar sobre uma falsa estampa ou corpo, revelando-se aí uma indústria da pirataria comercial mundial causadora de prejuízos imensuráveis.

Como se disse, a variedade de crimes tecnológicos é extensa, e como não poderia ficar atrás, há o crime econômico da fabricação de dinheiro falso, o que já deu ensejo a que o Banco Central adote medidas para a utilização de diferentes tipos de papel para impressão das células do real. Medidas protetoras também foram adotadas pelo Federal Reserve Bank (Banco Central dos EUA) diante da freqüente falsificação da cédula de US$ 100.

Mas o criminoso virtual, aqui denominado tecnicamente o *criminoso invisível*, não pára por aí, seguindo a falsificação de "vales transportes", introduzidos na circulação, via de regra, por meio de "camelôs", via de engano fácil do incauto trabalhador, obtendo-se assim vantagem econômica, que também é auferida com a prática da falsificação de todos os demais papéis que representem valores, assim como documentos públicos e privados, tais como cédulas de identidade, carteiras de habilitação e cheques. Ocorre também a denominada "corrente da amizade", onde se confia, a cada correspondência via "Internet", o depósito do valor de R$ 1,00 que acaba beneficiando uma pessoa eleita, o meliante fantasma,

que aparece milhares de vezes em confirmações de respostas.

Finalmente, como exemplo, relembre-se o caso da sabotagem contra as torres de transmissão instaladas no município de Nova Tebas, no estado do Paraná, sob as quais foram acopladas bombas de enormes efeitos explosivos e danosos por alguém que tem conhecimento de eletrônica.

As conseqüências sociais emanadas da prática desses crimes são deveras imprevistas, de difícil reparabilidade, diante da utilização democrática dos sistemas de comunicação de modo geral e, a configurar uma certa "apologia" ao crime, dado que infinito é o número de adolescentes que acessam os equipamentos de computação, ou mesmo a veiculação de imagens que navegam pelo sistema de TV a cabo, ou mesmo a liberal canalização da via "Internet", redundando em resultados de influências negativas na educação desses adolescentes, corrompendo a sua formação moral, ética e religiosa, já comprometida pelos não menos educativos programas que são mostrados pela televisão nacional, em flagrante ofensa ao pudor público-familiar.

6. Prevenção e repressão

Como se ressaltou inicialmente, o presente trabalho é um preliminar estudo acerca do tema enfocado, desenvolvendo uma apreciação crítica da moderna atividade de crimes perpetrados com recurso da telecnologia, especialmente no campo da informática.

A toda evidência, não representa o trabalho de um jurista nem de um criminólogo: resumindo-se num depoimento sincero, tanto quanto possível metódico, com esmero finalístico de contribuir, pioneiramente, com zelo que seguramente há de ser dado ao assunto pela instituição da Polícia Civil paulista, e que pretende servir de alerta para o combate da criminalidade tecnológica que vem evoluindo assustadoramente.

Assim, diante de tudo que ficou dito, as atribuições outorgadas à Polícia Civil, uma com função judiciária e de apuração dos delitos e outra com função de policiamento preventivo especializado, de que forma se pode articular a luta contra a criminalidade tecnológica, sobremodo a organizada, com os recursos humanos e materiais de que dispõe no atual momento?

Obviamente que não se poderá combater os *crimes virtuais* cometidos pelo *criminoso invisível*, aqui expostos, com aumento do policiamento ostensivo, mesmo porque na esfera da polícia civil combate-se a impunidade com investigação criminal. E como será possível ainda dar continuidade a tal função se tudo tem a ver, preponderantemente, com as atividades de investigação criminal e com os serviços de inteligência policial para conhecimento do crime organizado, se a instituição não estiver adequadamente preparada para tal fim?

Até há bem pouco tempo não se reclamavam por fornecimento de recursos técnicos e científicos indispensáveis a essa função tão nobre: lupas, microscópios, laboratórios fotográficos, equipamentos para descobrir impressões digitais, veículos descaracterizados, fichários, laboratórios, móveis etc, e instalações apropriadas, havendo freqüente insistência para que os investimentos governamentais se direcionem para o aumento do número de veículos caracterizados e dos efetivos para atuação no policiamento ostensivo, preterindo-se o trabalho de investigação científica.

É evidente que tal postura é absolutamente equivocada e o erro fundamental parece-nos, é não se ter ou não se procurar obter um diagnóstico dos reais problemas da criminalidade, máxime em face do *perfil* que ela atualmente assume pelo processo tecnológico.

Nem se imagine negar a importância do policiamento ostensivo exercido pela Polícia Militar como elementar fator dissuatório no cometimento de crimes de ruas. Porém, urge já de maneira imediata, em nosso País, equilibrar melhor as duas funções clássicas da polícia, assim considerada desde sua constituição: 1) a *investigação criminal* será sempre a alma, a inteligência, o fator vital de qualquer departamento de polícia; 2) o policiamento ostensivo é simplesmente a carcaça.

No item seguinte propomos, imbuídos do caráter sugestivo e contributivo, as medidas tangentes à modernização da Polícia Civil objetivando combater a criminalidade do futuro.

7. Sugestões para o combate da criminalidade do futuro

É preciso com agilidade remover o atraso técnico da investigação criminal no Brasil, particularmente nas grandes capitais, em face ao ingresso na sociedade do aqui denominado *criminoso invisível* a mudar sobremaneira o *perfil da criminalidade*, notadamente em época de franca globalização econômica. Para o maior Estado político participante do *Mercosul* é incondizente esse estágio, que já se arrasta por sucessivas administrações governamentais. É necessário deixar de lado um pouco a exclusividade do exército militar ao acesso da evolução tecnológica. Devemos nos preocupar com a segurança pública interna, mesmo que sejam indispensáveis reformulações de tratados ou convênios com os demais países do planeta, para que não seja exclusividade de poucos o alcance da segurança informatizada, para que a recém-instituída criminalidade tecnológica não permaneça um passo à frente da investigação criminal.

Será necessária, a nosso ver, a edição de normas legais que possibilitem a órgãos específicos da Segurança Pública, a serem criados com a habilitação técnica condizente de aperfeiçoamento, desde o corpo de peritos até a autoridade presidente do respectivo inquérito, os quais devem receber registros dos inventos tecnológicos que inovem a informática ou que renovem ou instituam novas técnicas das funções de telefonia celular, da comunicação via satélite, das implantações de sistemas de TV a cabo e digital, critérios de leituras óticas. Viabilizar-se-ão, os meios para que, desta forma, antes que tais equipamentos sejam colocados ao alcance do público consumidor, sejam transmitidas as funções e suas operacionalidades aos órgãos específicos da Segurança Pública, com o que evitar-se-á, de primeiro plano, que tais instrumentos caiam nas mãos do criminoso atuante. Sem esse cuidado estaremos facilitando a atuação do *criminoso virtual*, o que não condiz com a Segurança Nacional Interna, principalmente a Segurança Pública. É necessário colocar à disposição as leis que delas se ocupam, para termos de pronto para emprego, na devida oportunidade, todo o mecanismo legal a ser usado na luta da democracia contra os seus inimigos, ostensivos ou ocultos, com o objetivo de preservar a tranqüilidade do cidadão.

Outra meta que deveremos superar são as dificuldades da Polícia Civil com relação à escassez de pessoal qualificado no País, que por sua vez está relacionada com a deficiência e a inadequação do sistema educacional. Neste ponto é de destacar a inexistência de mecanismo governamental para identificar, ao longo do processo de formação universitária, pessoas qualificadas para o desempenho de atividades de pesquisa. Há dificuldade de retê-las nas próprias universidades ou orientá-las para instituições de pesquisa, o que

poderá ser sanado com a remoção dos obstáculos institucionais à sua contratação e, principalmente, com a concessão justa e merecedora de salários mais atraentes do ponto de vista da sua qualificação. Evita-se desta forma que esses profissionais vá buscá-los em oportunidades alternativas, oferecidas pelo sistema produtivo privado, fatores estes que dificultam o desenvolvimento científico e técnico, dos quais depende o próprio Estado para prover de recursos humanos os órgãos da Segurança Pública.

Resolvidas tais proposições, por óbvio o que a reestruturação do contingente policial poderia ser tripartido entre uma Polícia municipal, Polícia estadual (civil e militar unificadas) e Polícia federal, a primeira delas ocupando-se do policiamento ostensivo, enquanto as demais ficariam a serviço da verdadeira investigação criminal.

Assim devidamente aparelhada de material humano e tecnológico, a Polícia Civil estará apta a propiciar de maneira precisa provas de autoria e materialidade através de procedimentos elaborados cientificamente que, levadas à apreciação do Poder Judiciário, possibilite aplicar corretamente a Lei Penal e reprimir essa modalidade criminosa, alcançando-se os fins almejados pela Justiça.

8. Conclusão

Como exposto, temos de maneira indiscutível que a tecnologia traça um novo e lamentável perfil da criminalidade. Atua de modo gravemente violento já atingindo proporções alarmantes em todo o território pátrio, e de modo inclusive ousado, a exemplo da recente tentativa de desvio de dinheiro dos fundos da campanha eleitoral do atual Presidente da República. Tal delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade de seus agentes, e posto a descoberto por mero acaso. Quiçá, com o avanço tecnológico que estivesse à disposição, o acesso pretendido fosse praticamente impossível, ou imediatamente inoculado, impedindo o avanço dos denominados "hackers".

Torna-se imperioso que os serviços de investigação da Polícia Judiciária sejam dotados, pelo menos, com iguais meios e recursos tecnológicos operacionalizados por todos os órgãos da República, tendo meios para localizar e identificar o autor ou autores de crimes virtuais, apagando-se o estado de aparente ineficiência do sistema criminal, acabando de vez com o emperramento absoluto da Justiça, fugindo o Estado de vez, e definitivamente, da autêntica pantomina penal que se radicalizou no Brasil.

Não se admite que, embora os princípios constitucionais vigentes já tenham alcançado uma década, permaneça a desorientação das autoridades públicas, de todos os poderes e de todos os níveis quanto às políticas a adotar, ficando adormecidas nos corpos de projetos e anteprojetos que entopem os escaninhos do Congresso Nacional. Tais desídias resultaram que muitos dispositivos constitucionais não podem ser aplicados por falta da exigível legislação complementar.

A legislação coibitiva das atividades criminosas comentadas, embora modernas, já é existente dentro da dimensão ou extensão de cada tipo penal por analogia, a despeito de serem necessárias algumas pinceladas para equacioná-las dentro do próprio ordenamento substantivo. Contudo, para que sejam exeqüíveis será sempre necessária a observância do devido processo legal, que se forma a partir de um procedimento investigatório competente, qualificadamente abalizado, desagregado de dúvidas, com o oferecimento dos pressupostos que fulcram os princípios da convicção jurisdicional,

permitindo-se, por conseqüência, o efetivo combate e sancionamento da criminalidade inteligente, a criminalidade virtual.

É óbvio que tais proposições são resultantes de um prévio ensaio, derivado das preocupações da sociedade moderna, tendo como escopo a voluntária contribuição para os que com competência e capacidade doutrinária dêem prosseguimento ao desiderato pretendido pelo signatário, que não é outro senão o de ver imperar um verdadeiro Estado Democrático de Direito, visando o controle da criminalidade, hoje reforçada pela conseqüente evolução da tecnologia.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.1

A CRÍTICA REFORMISTA DA EXCLUSÃO SOCIAL

AUGUSTO CACCIA BAVA

Claus Offe é um intelectual que se destaca nos dias de hoje pela coerência com seu passado acadêmico. Tornou-se respeitado nos meios universitários com seu livro *Contraditions of the Welfare State*, editado em Londres, no ano de 1984, e popular com seu breve ensaio "Trabalho: a categoria-chave da sociologia?", publicado pela *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, da ANPOCS, no ano de 1989. Desde então vem escrevendo sobre questões estruturais do capitalismo contemporâneo, sem deixar de lado a temática dos novos movimentos sociais, pois deles tratou em seu *New social movements: a challenge to politics*, produzido também em meados dos anos 80. É daqueles autores que o cientista social tem prazer em acompanhar-lhe a trajetória.

No ano de 1998, trouxe, a um público dedicado ao debate da política e da reforma do Estado, posições com referência às práticas contemporâneas dominantes de ajuste das instituições públicas estatais no contexto do neoliberalismo brasileiro ou, mais rigorosamente, de uma das ideologias gestadas no processo da globalização, que vem sendo *abrasileirada*. Trata-se do ensaio *The present historical transition and some basic design options for societal institutions*, editado, via internet, pelos organizadores do Seminário Internacional sobre a Reforma do Estado, realizado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE).

Especialmente preparado para esse evento, Clauss Offe inicia a exposição de seus argumentos indagando sobre a razão da adesão generalizada das "elites" e das "massas" a alguma concepção de democracia para a projeção de seus ideais. Reponde-o, de imediato, através da identificação de um "potencial civilizatório do regime democrático" e de um "compromisso internacional pela Paz", a esse último atribuindo o caráter de hipótese, no seu sentido mais elevado.[1] (The present: 01)

O reconhecimento do "povo" como "único portador concebível da soberania" é por ele indicado como a premissa, considerada através da exclusão das demais alternativas históricas passadas, da idealização de uma ordem democrática, a saber, o ideário de partidos de elite ou de grupos militares. Ainda assim, este mesmo povo, na sua expressão política de movimentos de massa, teria provocado um certo "desencantamento" que expressaria subjetivamente, por sua vez, o processo da universalização de desigualdades sociais e sua decorrência no exercício de direitos. (The present: 02)

Para o sociólogo alemão, o valor cultural da democracia guarda interdependência com a globalização, pois ambas se associam a inúmeras iniciativas polí-

(1) Como nos referiremos a esse texto inúmeras vezes, faremos referência a ele como "The present," seguido do número da folha citada.

ticas em foros internacionais, como a União Européia, e a reflexões orgânicas praticadas por intelectuais, por exemplo, do Clube de Roma, entre outras organizações de notória capacidade.

No continente latino-americano já teriam se tornado clássicas práticas internacionais e regionalizadas de busca de superação da incapacidade interna de governar, como são o Mercosul, como fora o Nafta e como pretende-se que seja a ALCA – Aliança de Livre Comércio das Américas.

A notável fragilidade dos estados nacionais e a possibilidade destes de projetarem futuros promissores aos cidadãos que os integram já configuram, ao menos, dois maus presságios. O primeiro vem dos países do Norte: "as performances do seu mercado de trabalho e da seguridade social parecem ter sido desconsideradas pela dinâmica do capital e de bens para os países de baixa renda do Sul". O segundo tem origem no padrão ocidental de vida e seu correspondente estilo, que não pode ser reproduzido junto a todos os integrantes dos povos e países cuja renda média é incomparavelmente inferior à renda média do cidadão norte-americano, estrito senso.

Do ponto de vista cultural, o denominado "pós-modernismo" aponta para Offe três possibilidades de reflexão sobre uma nova estética, relativa aos processos cognitivos, ou, ainda, referente a aspectos morais e políticos das próprias manifestações culturais.

De um ângulo estético, os objetos de consumo urbano diários dos "segmentos" globalizados perderam as possíveis distinções referenciadas às raízes culturais nacionais. Secundariamente, registra-se a capacidade de grupos reacenderem manifestações locais, como tradições religiosas, que seriam vividas na perspectiva de afirmar-se uma resistência à "uniformidade da cultural global", mas tornando complexo o processo cognitivo e suas expressões políticas. Finalmente, mas com a mesma importância das reflexões anteriores, não se registra mais a presença de um potencial mobilizador derivado de um "impulso moral e político decorrente de ideais de libertação, justiça e paz mundial". (The present: 02, 03 e 04)

Ao abordar o tema da reforma das instituições públicas, Offe vai direto ao assunto: "questões referentes às reformas institucionais são, convencionalmente, estruturadas em termos de quais esferas da vida deveriam ser governadas por autoridades políticas, pelas trocas mercantis contratadas ou por autogoverno e responsabilidades comunitárias e associações no interior da sociedade civil". E que, para tanto, os cientistas sociais não possuem respostas hoje. (The present: 04)

Offe aponta a obsolescência das velhas alternativas, que eram monísticas e consideravam o Estado, o mercado e a comunidade como "guardiões da ordem social e de sua coesão". Por esta razão, defende soluções impuras por serem mais promissoras do que as classicamente concebidas, quais sejam, aquelas que levam à construção de alternativas que se apresentem como um "mix" de complexos acertos institucionais. (The present: 04)

Dessas formulações impuras, ou seja, concebidas para além de uma racionalidade exclusivamente sistêmica, apresenta suas convicções no sentido de que os parâmetros para a construção da ordem social não derivam exclusiva e isoladamente de um desses identificados guardiões. Tampouco da articulação de qualquer dos pares derivados de sua associação. Antes, "necessitamos dos três alicerces da ordem social", o que implica superar a apropriação imediata e restrita de qualquer um deles.

As doutrinas puras, Offe as apresenta com tranqüilidade. Em primeiro lugar,

viria o estatismo social-democrata, que seria capaz de trazer as chaves dos céus à sociedade terrena e implantar, ao longo de um processo idealizado, a justiça social. Secundariamente teríamos o "libertarismo" do mercado, da privatização, da desregulamentação das relações sociais de produção e, tragicamente, da "demolição dos estatutos dos direitos, em particular dos direitos do trabalho". Complementarmente, assistiríamos à realização do que denominou de "comunitarismo", através da afirmação de valores comunitários compartilhados, das autodenominadas "missões", da afirmação exacerbada da identidade grupal, que se distribuem em território nacional buscando fundamentar a "coesão social". Mas, para ele, essa é uma competição que mais destaca o esgotamento desses ideais no final do século do que indica novos projetos políticos e sociais.

Para o sociólogo, a defesa de novos parâmetros se impõe em decorrência de sua própria crítica à nova ordem da desigualdade social mundial. O primeiro derivaria das tensões que os próprios pilares da ordem provocam entre si. Mais especificamente, a "habilidade e a vontade da cidadania de dar conseqüência à abertura que deliberações pacíficas e métodos institucionais dão à superação de conflitos políticos (...) dos dilemas postos pelo simples fato de vivermos numa época além das 'linhas justas', da 'única e melhor solução' ou do Consenso de Washington". (The present 04).

O silêncio dos privilegiados também é condenado. Offe o qualifica como expediente do Tatcherismo, popularizado pelo refrão: "não há alternativa!". Daí afirmar que devemos, antes de mais nada, buscar o comprometimento cívico de todos os integrantes da sociedade, ao invés da autoridade de notáveis a nos informar o que fazer e o que não fazer.

A crítica reformista de Offe ganha consistência quando retoma o conceito de sociedade civil (e a sua própria realidade) como eixo estruturador do processo democrático de construção da ordem pública, "com e entre os atores coletivos", apontando para a definição permanente das fronteiras entre mercado, Estado e comunidade, no horizonte da política.

Segue identificando seis falácias que se apresentam nas discussões e projetos de construção de uma ordem democrática institucional:

- "A falácia do excessivo estatismo
- A falácia da pequena capacidade de governar
- A falácia da excessiva confiança nos mecanismos de mercado
- A falácia da excessiva limitação das forças do mercado
- A falácia do excessivo comunitarismo
- A falácia das comunidades e identidades negligenciadas". (The present: 06 a 10)

Discuti-las todas valeria à pena, mas este é um esforço que cabe em um debate que deveremos realizar num futuro próximo, sobre a configuração de uma das ideologias da globalização que se constituiu no fórum *Consenso de Washington*. Merece, portanto, de nossa parte, uma maior dedicação. No entanto, as falácias apontadas falam quase por si mesmas. É o que já ressaltou inúmeras vezes o sociólogo Francisco de Oliveira e em seu mais recente livro, *Os direitos do antivalor: a economia política da hegemonia imperfeita*, da sugestiva coleção "Zero à Esquerda", da Editora Vozes, coordenada por Paulo Arantes, entre outros.

É possível, todavia, comentar ao menos duas delas, mesmo que brevemente: a que trata da *confiança excessiva nos mecanismos de mercado* e a do *excessivo comunitarismo*, que toca de perto a nós, intelectuais cada vez mais orgânicos, no sentido gramsciano do termo.

O mercado e seus mecanismos não deveriam produzir tanta confiança nos chamados agentes que participam da complexa rede de trocas de serviços e mercadorias pois, como destaca Offe, "mesmo os mercados mais favoráveis não contribuem muito para a satisfação das vontades de todo o povo (...) pois, excetuando as categorias de mais baixa renda, a satisfação da vida e a realização pessoal são fracamente correlacionadas com o crescimento da elevação da renda no mercado e da sua subseqüente elevação da demanda efetiva (...) tanto mais elevados os rendimentos do mercado, tanto menos eles se direcionam para a satisfação de necessidades outras que provoquem perda de rendimentos". Acrescenta o argumento de que, por essa razão anterior e certamente por outras, o mercado é comparável a uma prisão onde "somos coagidos a realizar atividades que não estão relacionadas às nossas necessidades". Para além dessa dinâmica interna o mercado convive com a exclusão social, "excluindo crescentemente um grande número de trabalhadores em potencial". (The present: 08)

Já a respeito da falácia do comunitarismo, Offe a identifica como sendo alicerçada numa "poderosa representação do cotidiano que é o multiculturalismo". Segue afirmando que a doutrina formulada no horizonte do pós-modernismo acaba por "codificar pessoas, não em termos da cidadania, mas em termos da 'identidade' ". Essa falácia "enfatiza a 'política da diferença', uma diferença que não é sempre concebida como sendo uma ponte para a reconciliação pela comunhão nacional, civilidade, ou interesses de classe. Ela mais corresponde aos fenômenos de massa, ambos presentes e históricos, da migração transnacional voluntária como involuntária". Dela decorre a suposta estratégia de se buscarem identidades políticas e culturais de grupos, "autodeclarados grupos", para se ter acesso à cultura e aos privilégios derivados da afirmação dessa identidade. (The present: 10)

A falácia dessa manifestação ideológica se objetiva no fato de tal identidade não ser reconhecida como desencadeadora de conflitos sangrentos, chegando-se a guerras regionais, como as da Chechenya e da Bósnia, que "ilustraram o potencial da identidade política para o terror e o horror". Offe acrescenta de forma brilhante que "mesmo nas manifestações mais benignas, as políticas comunitárias de identidade e diferenças acabam por ser exclusivas, anti-igualitárias e notoriamente de difícil conciliação com os princípios cívicos da neutralidade e da tolerância 'das cores'". (The present: 10)

Na medida em que a identidade, ou a "identificação passional" de uma comunidade, não é passível de negociação, este fenômeno emerge numa posição polar às perspectivas políticas formuladas no horizonte de classes sociais que, mesmo em situações de conflito, são expressas pelo que Offe denomina 'atores coletivos', que se pressupõem mutuamente.

Os protagonistas dos movimentos comunitaristas não. Eles consideram os "de fora" como pessoas ou grupos cuja ausência de suas "comunidades" ou "território nacional" é a condição da realização plena, do que Claus Offe dramaticamente espelha: "de 'nossas' aspirações por 'pureza', uma aspiração que, com muita freqüência, tem levado a práticas e justificativas de 'purificação étnica'". (The present: 10)

A crítica reformista do autor leva-o a uma conclusão sob a forma de tese: "a recombinação crítica, flexível e imaginativa dos três componentes díspares no interior da ordem institucional está sendo conduzida pelo 'capital social' disponível na sociedade civil, freqüentemente referido pela Ciências Sociais contemporâneas como a fonte de energia que 'faz a democracia se movimentar'". Para ele, "capital social" é a "síndrome da dispo-

sição cognitiva e moral dos cidadãos, que os orienta para convicções extensivas a uma cidadania anônima (...) com vistas à prática da arte da associação e de atenção ao público como oposição aos seus próprios e estreitos problemas e ações de seus grupos específicos". (The present: 11)

Duas são as conclusões relevantes derivadas dessa exposição realizada por Claus Offe.

A primeira se refere à sua convicção no tocante ao processo de reforma de qualquer Estado, mas do brasileiro em particular. Ele alerta para o fato de que nenhuma reforma é significativa se presumir a permanência de indivíduos e grupos à margem dos direitos civis constituídos. Ou seja, não há argumento possível que torne a exclusão social aceitável.

A segunda é que os direitos civis constituídos são o fundamento de toda e qualquer reforma a ser promovida pelos governos de sociedades sob o primado da ordem democrática instituída e, por esta razão, a sociedade civil é o centro da rearticulação possível e necessária para a ampliação e consolidação da democracia, nos marcos da civilização ocidental, através da "acumulação do capital social no interior da sociedade civil, da associação de todas as forças mais capazes de definir e de redefinir, constantemente, o *rightmix* dos padrões institucionalizados, ao invés de qualquer autodeclarado 'expert' ou intelectual protagonista da doutrina 'pura" da ordem social". (The present: 11)

Por que consideramos sua crítica de inspiração reformista e ainda recorremos a essa denominação clássica?

Primeiro por reconhecer nesse intelectual um crítico do processo neoliberal de globalização, particularmente no que se refere ao projeto político expansionista do governo dos Estados Unidos da América, datado desde o encontro denominado *Washington Consensu*.

Em segundo lugar, pelo fato de Claus Offe permanecer no esforço de configurar as contradições presentes, contemporâneas, como resultantes de uma ofensiva desestruturadora da sociedade civil construída na interlocução entre forças do capital e forças do trabalho, em particular na Europa, desde o final da II Guerra Mundial. Nesse sentido ele representa as melhores tradições da crítica social-democrata européia.

Em terceiro lugar, pelo fato de considerar factível a transformação da sociedade civil no horizonte da cidadania, alicerçada nas forças do que denominou "capital social", como *disposição cognitiva e moral dos cidadãos que os orienta para convicções extensivas a uma cidadania anônima* (uma possível interpretação habermaniana da consciência hegemônica gramsciana), com vistas à consolidação de espaços públicos de realização dessa dimensão cidadã.

Ocorre que se faz necessário refletir sobre o *locus* gerador dessa "disposição cognitiva". Acompanhando-o em seu raciocínio, consideramos não serem os pilares isolados da regulação das relações sociais – Estado, mercado e comunidade – os territórios do desenvolvimento da consciência integradora da cidadania na esfera plena de direitos.

Para aquém dessa fronteira teríamos os grupos marginalizados, os *outsiders*, cuja maior razão de ser é o culto exacerbado da identidade, já bem configurada em suas potencialidades e distorções pelo próprio Offe, Alain Touraine e Octavio Ianni, entre outros.

Mais recentemente, uma vertente intelectual humanista vem merecendo a consideração de intelectuais europeus, particularmente de juristas. Registra-se, por seu intermédio, esforço extremamente original de reconfiguração das questões sociais, como o ocorrido no *Seminário Permanente Sobre Direitos Humanos*, que em 1998 brindou com homenagens a pas-

sagem do cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos dos Homem. Para intelectuais como Manuel Herrera Gómez já se torna necessária a produção de novos conceitos que definam o nascimento da nova sociedade que resulta do esgotamento das formas históricas de suas estruturas e movimentos, que tiveram por base a modernidade clássica.

Destaca o jurista da Universidad de Granada que é tarefa presente refletir sobre as novas "formações sociais", após ter identificado o fim histórico do "chamado estado social": "o atual cenário vem sendo dado por uma configuração (...) que, a partir de um pacto implícito e explícito sobre a neutralidade da ética, navega entre o equilíbrio da intervenção estatal e a desregulamentação do mercado, entre os aparatos *estandartizados* de *welfare* e a explosão mais sofisticada, entre lógicas sistêmicas de controle social e emergências de comportamentos mais individualizados e individualizantes". (Gómez, 1998: 249/50)*

Para Gómez, o resultado que se produz "não é outro que uma sociedade de indiferentes confiados a seus mecanismos sistêmicos", que entrega "às margens do social a capacidade da reciprocidade humana". (Gómez, 1998: 249/50)

Como antítese das identidades refletidas a partir de doutrinas dogmáticas teríamos que resgatar o conceito de formações sociais, como dimensão plural das manifestações históricas presentes no interior dos territórios das desarticuladas sociedades civis, nações em desfigurações globalizadas.

Em cada formação social, política, histórica e cultural em suas origens, encontraremos os novos movimentos sociais. Estes trazem em seus projetos políticos o horizonte, não de uma suposta cidadania plena, tal como fora formulada e materializada em leis abstratas, sempre mediadas pelas instituições do Estado, pelo mercado e por comunidades fragilizadas.

Para além da cidadania os movimentos sociais têm a possibilidade de produzirem novas fronteiras, no interior de suas formações sociais, que articuladas umas às outras se apresentarão como fundamentos de uma nova ordem mundial, com base em princípios emancipatórios. Trata-se da construção de um novo processo, de uma nova lógica que independe de reformas restritas ou amplas do atual Estado.

Seriam esses movimentos, como o Movimento dos Sem-Terra (MST), o movimento mexicano de Chiapas, os Povos da Floresta, os Movimentos Ecológicos, o movimento Tupac Amaru peruano, entre outros, produtores dos novos parâmetros indicativos de novos processos e conceitos emergentes.

Diga-se ainda que no horizonte dos processos políticos contemporâneos se encontram civilizações distintas, como a islâmica, a africana, as aborígenes da América, entre outras, que não podem ser negligenciadas, com atributos de processos históricos passados, arcaicos, em extinção, pois parece-nos que uma das possibilidades no atual processo de globalização é considerar, até contraditoriamente, como contemporâneo o que não foi extinto.

Na atual conjuntura de desigualdades sociais persistentes, é relativamente tranqüilo ao estudioso metódico (termo talvez *old-fashioned*) reconhecer a existência de avanços no debate teórico e político em torno dos direitos sociais e da necessidade de fortalecimento da sociedade que os abriga. Sociedade que deixa de ser civil, não é mais industrial, de bem-estar, pós-industrial, desorganizada, ou qualquer outra denominação que tenha, com base em parâmetros teóricos clássicos.

(*) Forum Permanente de Direitos Humanos da Universidade Laen Espanha.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.2

EM BUSCA DOS BRAÇOS DA VÊNUS: LACUNAS DO SABER E QUESTÃO FEMININA[1]

CARLA MIRELLA MASTROBUONO

"A atividade predatória contra os lobos e contra as mulheres, por parte daqueles que não os compreendem é de uma semelhança surpreendente"
Clarissa P. Estés

SUMÁRIO: 1. A Vênus de Milo e o conhecimento da exclusão – 2. A Vênus mutilada e seus retratos – 3. O paradeiro dos braços da Vênus (1): Psicologia – 4. O paradeiro dos braços da Vênus (2): Direito – 5. Um arremedo de conclusão – Bibliografia.

1. A Vênus de Milo e o conhecimento da exclusão

Gostaria de apresentar algumas considerações a respeito da questão feminina no que tange à agressividade da mulher e as lacunas (preconceitos?) presentes nos estudos psicológicos e jurídicos a esse respeito, lacunas estas que acabam por marginalizar, desvalorizar e excluir o sujeito feminino no quadro mais amplo das relações sociais, incluindo aqui a redução de suas perspectivas de crescimento e do cerceamento de sua cidadania.

Em função de pesquisas realizadas por mim em delegacias, fui percebendo que, mais do que estudar a personalidade das mulheres agredidas e agressoras era necessário, antes de tudo, reavaliar os princípios teóricos que norteavam os estudos sobre a mulher, pois do contrário o trabalho apenas reforçaria estereótipos e preconceitos vigentes a respeito da constituição do sujeito feminino. Minha perambulação pelos corredores das delegacias fez surgir em mim uma imagem que acabou por permear toda a investigação posterior: a Vênus de Milo.[2] É sobre ela que, inicialmente, desejo falar. A imagem que ia se formando a cada visita era mais ou menos esta: a mulher entra na delegacia para fazer uma queixa ou para defender-se, e a cada porta, corredor ou banco de cimento pelos quais passa, vai deixando um pedaço de si mesma. Quando chega (e quando chega!) ao juiz, ela está "incompleta".

Lendo Antonio Candido (1991: 27-30), vi minhas percepções traduzidas em

(1) Este artigo está baseado na dissertação de mestrado da autora, intitulada *Em busca dos braços da Vênus: o resgate da agressividade feminina no saber jurídico e psicológico*, defendida em 1997, no Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo.

(2) Vênus de Milo (Aphrodite de Melos) é considerada por muitos historiadores da arte como o ideal de beleza helenístico. Esculpida em mármore, mede aproximadamente 205 cm de altura, e se encontra atualmente no museu do Louvre (Paris, França).

palavras. Ao falar sobre o poder repressor da polícia, o autor expressava exatamente o que eu havia visto e sentido: "De fato, a polícia tem necessidade de construir a verdade do 'outro' para poder manipular o 'eu' do seu paciente. A sua força consiste em opor o 'outro' ao 'eu', até que este seja absorvido por aquele e, deste modo, esteja pronto para o que se espera dele: colaboração, submissão, omissão, silêncio. A polícia esculpe o 'outro' por meio do interrogatório, o vasculhamento do passado, a exposição da fraqueza, a violência física e moral. No fim, se for preciso, poderá inclusive empregar a seu serviço este 'outro', que é um novo 'eu', manipulado pela dosagem de um ingrediente da mais alta eficácia: o medo – em todos os seus graus e modalidades".

Antonio Candido fala da polícia em geral, das vítimas da polícia em geral. Eu buscava um sujeito em particular – a mulher. É certo que os mecanismos de repressão policial (e jurídicos, como um todo) operam em homens e mulheres, mas de forma diferente para cada um dos sexos, como tentarei demonstrar. A frase que me raptou, no texto, foi *"a polícia esculpe o 'outro'..."* Na frase, a palavra: *esculpe*. A mulher é *esculpida* pela lógica jurídica e psicológica: e daí a Vênus de Milo surgiu, no meio da noite, no meio do texto, teimosa.

Esculpida em pedra, a Vênus de Milo se ergue majestosa, resistente ao tempo, bela e... *mutilada*! Faltam-lhe os braços, perdidos sabe-se lá quando. Mas para nós, seres contemporâneos, ela já surgiu assim, *incompleta*. Onde estavam aqueles braços? Percebi que não poderia procurá-los nas mulheres que encontrei, porque os delas estavam lá, literalmente. Era no conhecimento produzido a respeito das mulheres que os braços desapareciam ou eram ignorados.

Segundo Chevalier e Gheerbrant (1990: 140-141), "o braço é símbolo da força, do poder, do socorro concedido, da proteção. É também o instrumento da justiça: o braço secular inflige aos condenados seu castigo (...) representam o poder de fazer, de agir e de operar (...) Sem braços, provavelmente o Adão que Michelângelo pintou no teto da Capela Sistina jamais conseguiria se aproximar de Deus (sabemos que ele não consegue alcançar a mão d'Ele, mas esta já é outra história...)". Foi o braço de Eva que colheu a malfadada maçã, provocando nossa expulsão do Paraíso, foi o braço de Eva que obrigou o braço de Adão a trabalhar para todo o sempre e fadou as mulheres a terem dor.[3] Portanto, que se retirem os braços de Eva! Que se ignorem a força e o poder femininos, pela preservação mínima da ordem: uma das representações mais conhecidas e cultuadas do *corpo feminino* (que, como veremos, é identificado como a mulher em sua totalidade) não tem braços. Tão bela, a Vênus é uma mulher mutilada e não vemos, nas análises sobre esta escultura, nenhuma alusão crítica a este fato. Parece natural que assim seja.

Assim como a arte, o conhecimento científico é produto da civilização e tende a referendar práticas de exclusão social quando não é objeto de análise crítica e cuidadosa, e é a ele, portanto, que devemos nos dirigir para buscar os bra-

(3) A punição que Deus inflige a Adão e Eva por comerem o fruto proibido é, segundo o Gênese (3:16-19): "E à mulher Ele disse: 'Tornarei penosa a tua gravidez, e entre penas darás à luz teus filhos. Contudo, sentir-se-ás atraída pelo teu marido, mas este te dominará'. E ao homem Ele disse: 'Porque escutaste a voz da sua mulher, e comeste do fruto da árvore da qual te ordenara: Não podes dela comer. Maldita seja a terra por tua causa! Com trabalho penoso dela tirarás o sustento todos os dias da tua vida... Com o suor de teu rosto, comerás o pão; até que voltes à terra, donde foste tirado. Porque és pó, e em pó te tornarás". *Bíblia – mensagem de Deus*. São Paulo : Loyola 1983. p. 23.

ços de Vênus ou a razão de seu desaparecimento. Desta forma, para ampliar a discussão sobre a questão feminina e contribuir para a instauração de um discurso de sujeitos femininos integrais e plurais, faço a mim mesma e aos leitores deste trabalho uma proposta: investigar onde foram parar os Braços da Vênus, ou seja, entender as razões pelas quais a agressividade feminina, enquanto objeto do discurso científico, é negada ou encarrada como "doença", lançando mão de um levantamento bibliográfico a respeito da mulher e sua agressividade, sob o ponto de vista do Direito e da Psicologia, para resgatar nesses "saberes" produzidos sobre ela a totalidade e a dignidade da mulher, e assim tornar o exercício de sua cidadania algo real e possível, colaborando para instituir um debate que recrie uma prática de discussão política reveladora de dimensões muito importantes da sociedade brasileira, e ao mesmo tempo resgatar um diálogo das mulheres com a sociedade e vice-versa, e um diálogo das mulheres entre si, possibilitando a expressão de uma voz feminina a falar de si mesma.

A nossa história tem sido contada e comentada sem que, nós, mulheres, tenhamos podido expressar nossa opinião sobre nós mesmas. Em função disto, toda uma série de estereótipos e preconceitos sobre *ser mulher* foram se cristalizando no imaginário social e, conseqüentemente, no imaginário pessoal de cada um, criando a idéia de uma *natureza feminina* única e homogênea, fruto de uma descrição feita de *fora para dentro*, e portanto, composta muito mais de modelizações, fantasias e fantasmas do que propriamente de percepções e vivências. Ao vasculhar esta pretensa *natureza feminina*, encontramos repetidamente adjetivos como *sensível, amorosa, frágil, delicada*, e imagens tais como *a mãe, a esposa* etc., em contrapartida à monstruosidade das figuras da *prostituta* e da *criminosa*, que são vistas como aberrações femininas ou, no máximo, como hediondas exceções que confirmam a regra. Como bem assinalam Franchetto, Cavalcanti e Heilborn (Chauí, 1985), a permanência desta idéia de unicidade da natureza feminina, que exclui de si mesma seu avesso inclusive dentro dos movimentos feministas, pode impedir a inclusão da pluralidade de sujeitos femininos no conhecimento produzido sobre as mulheres, "ora, mesmo afirmando a matriz social dos sexos, o feminismo não enfatiza a pluralidade que necessariamente daí advém. Ao contrário, privilegia uma natureza comum, se bem que agora social, da posição da mulher na sociedade" (p. 12). Cynthia Sarti concorda com as autoras (Sarti apud Paiva, 1993:27), "na busca da unificação dos interesses das mulheres, em oposição aos homens, estas aparecem como o outro pólo, como se fossem unas. A necessidade de contraposição ao gênero masculino impediu de ver as dimensões da diversidade".

A predominância do modelo da mulher vitimizada, se bem que essencial para a denúncia e entendimento das questões femininas, acaba por tornar quase invisíveis outros sujeitos femininos, bem como dificulta o caminho em busca da viabilização de uma mulher concreta que realmente seja capaz de modificar as estruturas das quais se "queixa". A expressão *violência contra a mulher*, segundo Chauí, (op. cit.: 11-12), "supõe a existência de uma *mulher*, ancora-se no pressuposto de uma unidade feminina. 'Violência contra a mulher' traduz e delineia assim um ato em que a mulher se encontra na posição de vítima e o homem, enquanto agente empírico ou virtual (pela ação de determinadas instâncias que lhe atribuem/referendam o poder sobre a mulher), é o operador da violência. A própria expressão em si constrange a razão de ser vítima à condição de sexo: assim, mulher sofre e homem agride. Outras possibilidades estão excluídas, entre elas a da persona-

gem feminina agressora". Tal fato acaba por corroborar a idéia de ausência (que em nossa opinião se traduz melhor como *exclusão*) da agressividade nas mulheres.

É desta *categoria excluída* que pretende tratar o presente trabalho, porque toda a crítica feminista, feminina e consciente à ciência deve, no dizer da Harding (1993:13), "refletir sobre tudo o que a ciência não faz, as razões das exclusões, como elas conformam a ciência precisamente através das ausências, quer elas sejam reconhecidas ou não". Antes de mais nada, é necessário apresentar alguns comentários sobre a história da condição feminina, para que possamos começar a vislumbrar as lacunas do saber e suas conseqüências para a construção e exercício da subjetividade e cidadania femininas.

2. A Vênus mutilada e seus retratos

O início da discussão acerca da condição feminina e sua evolução se confunde com o próprio nascimento da cultura, que muitos estudiosos localizam quando do surgimento do tabu do incesto. Dentre eles destacamos Claude Lévi-Strauss, porque sua teoria a respeito da função do incesto, exposta em seu *As Estruturas Elementares do Parentesco* (1976), ao atribuir à sexualidade papel determinante na teoria da sociedade, nos fornece instrumentos conceituais sobre a parte da vida social onde se encontra o *locus* da opressão feminina: a assimetria de gênero que o tabu do incesto institui. Em busca de invariantes universais para explicar as práticas sociais, o autor encontra um comportamento imutável para além da diversidade social: a proibição do incesto. O tabu do incesto adquire, em sua teoria, um caráter de transação, de comunicação, ou seja, é veículo para que as alianças matrimoniais uma vez proibidas dentro da mesma família, fundem as bases da reprodução social, através da definição de dois tipos de grupos: o dos cônjuges possíveis e o dos cônjuges proibidos (os "possíveis" são aqueles que não são parentes próximos ou aqueles vindos de outra família).

Desta forma, o tabu é um modo de transformar a união natural e aleatória dos sexos em *transação*: é um fato de importância fundamental para a cultura, pois o social nasce dessa organização de troca em torno deste tabu: sua conseqüência direta é o surgimento da lei da exogamia. Assim, a união entre os sexos é regulada socialmente para possibilitar a comunicação entre grupos sendo, portanto, um dos pilares da ordem social. Mas, o que tudo isso tem a ver com a condição feminina? A questão é precisamente esta: a mulher – a partir da proibição do incesto, da instituição da exogamia e dos casamentos enquanto troca, transação e aliança – adquire o *status* de *objeto valioso* para o estabelecimento de novas alianças *entre os homens*. A relação entre os sexos passa a embutir a assimetria, "que se institui porquanto a relação masculino/feminino é da ordem de uma co-relação, pois o vínculo primeiro reside na relação homem/homem" (Heilborn, 1993:68). "Os laços que fundam o casamento não são estabelecidos, portanto, entre homens e mulheres, mas entre homens por meio de mulheres" (Lévi-Strauss, 1976:155).

A posição social da mulher fica evidente a partir destas colocações; ela é *objeto* das relações, embora valioso porque responsável pela descendência, pela reprodução. E como o mundo das relações sociais também é um mundo de relações simbólicas, o fenômeno da circulação de mulheres é uma verdadeira estrutura de comunicação, semelhante à linguagem: mas esta linguagem que a circulação de mulheres representa, não confere à mulher singularidade ou concretude, ao contrário, a destitui enquanto sujeito, porque não é linguagem

para ela, mas para os pólos originais da relação: os homens, emissores e destinatários das mulheres-mensagem. Assim, a história da humanidade é, basicamente, a história dos discursos masculinos. Como nos adverte Chauí (op. cit.:46), "há um discurso *sobre* as mulheres e não *das* mulheres". Uma vez designada como objeto essencial das alianças entre os homens, o espaço reservado às mulheres será o privado, nunca o público. Responsável pela reprodução da descendência, seu *locus* exclusivo será o lar, a casa, o espaço doméstico.

Desde a Grécia, a transferência do poder aristocrático para o democrático, ou seja, do doméstico para o público, anula definitivamente o poder político feminino. Temos que aos homens é dado freqüentar o espaço da *pólis*, ou seja, o *espaço público* das relações sociais e políticas: o espaço da cidadania. À mulher, uma vez proibida sua circulação na pólis, resta o espaço doméstico, *privado*. Não é de estranhar, portanto, que "cidadão era uma palavra sem feminino, em Atenas. Uma mulher era esposa ou filha de um cidadão. Pertencia à classe social do pai ou do marido. Em caso de coabitação por iniciativa pessoal, ela perdia o direito de cidadania aos filhos" (Prado, 1995:45).

Aquelas mulheres que ousaram interferir no espaço público – sempre através da dimensão doméstica, dos laços sexuais ou de parentesco com o homem – são "tiranas": "Talvez não seja casual, mas necessário, que (*as mulheres*) apareçam como o 'braço perverso' dos homens, isto é, mães e amantes que interferem na política e no poder sob a capa doméstica. Ora, entre os clássicos, a definição da tirania é muito clara: é tirano aquele que confunde o poder privado com o poder público (...) confundindo propositada e perversamente o espaço doméstico e o público (...). Os textos históricos introduzem a figura feminina no espaço público pela via da perversão da política, uma vez que, definidas exclusivamente pelos atributos da privacidade e da domesticidade, as mulheres entram sorrateiramente no mundo público e ali só podem ser, por definição, agentes de tirania" (Chauí, op. cit.:27-28). Isto se segue na sociedade romana: "Escrevendo sobre as mulheres de Roma, Moses Finley observa que tudo quanto sabemos sobre elas nos vem de dois tipos de documentos: as inscrições nas lápides mortuárias (feitas por ordem de pais, maridos e filhos e exprimindo como esses viam suas filhas, esposas e mães, sem que estas nos digam como se viam e como se sentiam) e os textos históricos, que as mencionam como prostitutas, cortesãs, adúlteras e incentivadoras de regicídio" (p. 27).

A *reinclusão* das mulheres no espaço público – no mundo judaico-cristão e na estrutura que se segue a ele – não acontece, uma vez que ao banimento político, o ideário judaico-cristão associa uma nova espécie de desqualificação do feminino, a *teológico-metafísica*. No mundo judaico-cristão, ela não participa verdadeiramente do espaço público, uma vez que as idéias sobre *natureza feminina* a definem como má e incapaz de pensar livremente. Podemos perceber isso através da imagem da Eva pecadora e incentivadora do pecado de Adão, que a partir do pecado original deve ser submetida ao homem, e na figura redentora de Maria, que abre mão da sexualidade e concebe sem pecado, sendo menos mulher que mãe.

Importante é a interpretação feita por Hanna Arendt (Chauí, op. cit.:33-34) a respeito do *espaço privado* destinado às mulheres. A autora define o espaço privado não como o espaço da *privacidade*, mas como o espaço da *privação*. Estar confinado ao espaço privado é também estar condenado à privação das relações sociais pela palavra e pela ação, é estar impedido de participar e construir com os outros as decisões políticas. Em ou-

tros termos, o indivíduo confinado ao espaço privado *não existe* pública nem politicamente porque não *pode*, e vice-versa. Como mulheres, sabemos que não só *existimos* como *podemos*. Qual a razão, então, deste "sumiço" de nossos "poderes" do conhecimento produzido a nosso respeito?

A explicação parece estar no fato de a história das mulheres, contada por esta *história oficial masculina* pouco contribui, em termos de dados reais, para o conhecimento do feminino. O que ela nos oferece é, basicamente, uma *representação de mulher* que, ao longo dos séculos, cristalizou-se de tal forma no imaginário que se constituiu numa espécie de *natureza feminina* que define não só como devem ser as mulheres, mas também qual é seu destino e lugar no mundo. São estas formulações a respeito da *natureza feminina* que vão justificar todos os atos de dominação sobre a mulher, e baseá-los em uma não-subjetividade. É preciso analisar como se deu (e se dá) a formação da subjetividade feminina neste quadro de referências, buscando neste processo, as raízes da violência e repressão contra o feminino e do feminino contra si mesmo; e os reflexos disto na capacitação da mulher enquanto sujeito.

Chauí (op. cit.) constrói um raciocínio interessantíssimo a respeito dos métodos usados ao longo da história para revestir com a capa do *consentimento feminino* toda sorte de explorações e violências às quais as mulheres são submetidas: "A violência é um constrangimento que consiste em fazer com que uma certa realidade opere sob a ação de uma força externa contrária à sua natureza. Ora, se violência é contrariar ou constranger a natureza de alguma coisa ou de alguém para que atuem ou operem de modo diverso àquele a que estavam destinados, nada impede que se conceba a natureza das coisas e das pessoas de tal maneira que seja possível exercer violência sobre elas sem, no entanto, supor que tal esteja efetivamente ocorrendo (...) nada impede a elaboração de idéias sobre a 'natureza feminina' de tal sorte que os membros de uma sociedade, por respeitarem essa natureza, não se considerem autores de violência, nem sofredores dela" (p. 37). O procedimento ideológico privilegiado para conseguir a dominação, consentimento e percepção da violência como não-violência, é a *naturalização* de características historicamente construídas. Não existe evidência biológica para o fato de a mulher ser *naturalmente doméstica, dócil, sensível* ou *submissa*, mas tais características são vistas socialmente como naturais, acabando por se tornar justificadora de toda sorte de impedimentos para o acesso feminino ao mundo público e intelectual, e mais: trata-se, na verdade, de um patrulhamento que visa basicamente manter a divisão social dos papéis sexuais: "Esta *essência*, esta *natureza*, é, paradoxalmente, passível de ser, a todo momento, perdida e, para que tal não ocorra a cultura se mantém vigilante. Assim, ela deve ser constantemente apreendida, vigiada, controlada" (Luz, 1982:63).

Mead (1979), pesquisando várias tribos com o objetivo de estudar a padronização do temperamento sexual, acaba por concluir que não existe razão biológica para a modelização dos comportamentos sexuais nas diferentes culturas. O que temos é que tais características são selecionadas *culturalmente* para cada sexo, sendo que em tribos diferentes operam seleções também diferentes, de acordo com as necessidades de cada uma delas. Os indivíduos acabam por incorporar as diferenças/padronizações como sendo *naturais*, em virtude da cristalização das mesmas pelos procedimentos e rituais sociais. Assim, diz a autora (op. cit.:285): "Certos traços humanos foram socialmente especificados como atitudes e comportamentos próprios de um único

sexo, enquanto outros traços humanos o foram para o sexo oposto. Esta especificação social é, então, racionalizada numa teoria de que o comportamento socialmente decretado é natural a um sexo e inatural ao outro (...)".

Para que a naturalização dos comportamentos sexuais de cada sexo seja efetiva, ela deve ser interiorizada em tenra idade. Vários instrumentos são usados para isso e as estórias infantis, principalmente os tradicionais contos de fada, são uma arma poderosa nesta empreitada: "perder a feminilidade ou a masculinidade é uma ameaça constante e as regras para que tal não ocorra devem ser acatadas desde a infância, nos tipos de brincadeiras, nos 'modos', no 'próprio' de meninos e meninas" (Luz, 1982:63). A Bela Adormecida, doce, frágil e indefesa, "dorme", enquanto o príncipe, forte e corajoso, vence todos os perigos para chegar até ela. Cinderela (que antes do baile era a Gata Borralheira) precisa de um nobre príncipe para tirá-la do fogão e das humilhações, Chapeuzinho Vermelho que, no início da história, corajosamente transgride os limites "territoriais" femininos, termina a aventura levando uma lição de moral e aprendendo que "as meninas têm que andar na linha, porque senão o lobo pega".

Segundo Chauí (op. cit.), mesmo numa sociedade como a nossa, o substrato da naturalização permanece. No caso das mulheres, este permanece na invocação do *corpo feminino como uma determinação natural*. Desta forma, a mulher parece irremediavelmente ligada ao plano biológico (procriação) e da sensibilidade (no nível do conhecimento). A permanência da idéia de natureza feminina, como apontamos acima, se relaciona com o fato de a mulher ser identificada com seu corpo. Cientificamente, seja nas tradições racionalistas ou empiristas, o corpo é objeto, externo, visível. É uma exterioridade, uma *coisa dada sobre a qual* se fala – mas que não fala por si mesma. É algo para ser descrito, e sobre o qual não se cogitam interioridades. É analisável, mas não se analisa. Uma vez identificada como corpo, e como corpo que reproduz, a mulher tem sua subjetividade construída de forma atípica: identificada à natureza, em função de sua função reprodutora bastante visível, é vista como um ser cuja *natureza* o aproxima muito mais dos desígnios da anatomia e do instinto do que da cultura, esta sim produzida por seres que já se distanciaram mais, evolutivamente falando, das garras primitivas do instinto (no caso, os homens). Assim sendo, o que ela *é* ou *pode* vai ser definido pelo pensamento e observações masculinas a seu respeito (a respeito de sua anatomia, mais especificamente).

Mas o cristianismo assim como o direito romano dotam a mulher de uma certa interioridade, com o objetivo de tornar certos contratos menos impositivos: todos os seres humanos são dotados de vontade livre. A mulher, enquanto humana, também. Eis porque, no ato do casamento, a mulher deve aceitar o esposo de *livre e espontânea vontade*. Portanto, a submissão que vem após, nas falas do sacerdote durante a cerimônia, não pode ser vista como violência, uma vez que houve, anteriormente, o consentimento feminino. Também nos casos de violência contra a mulher, como o estupro ou o rapto, é necessário provar-se que, realmente, não houve o *consentimento* feminino. Mais tarde, soma-se historicamente às faculdades da subjetividade a noção de liberdade, além da já citada vontade. Neste momento "para determinar a diferença entre a ação livre e a ação violenta é preciso determinar a forma e o conteúdo das normas e máximas da liberdade, isto é, a moralidade. A forma será sempre universal e o conteúdo particulariza-se social e historicamente" (Chauí, op. cit.:40). Uma vez havendo normas morais diferentes para homens e mulheres, haverá necessariamente uma

diferenciação entre o que se considerará violento para um homem e para uma mulher. Pensando que a *natureza feminina* é dada como essencialmente doméstica, é violento o ato que imponha à mulher sair deste espaço para freqüentar outro, o público. É também violenta a mulher que desrespeitar esses seus direitos...

Até mesmo Hegel e Marx deixam notar, em suas teorias, a base naturalizadora do sujeito feminino. Colocando a família como base do Estado, Hegel enfatiza o casamento como instituição essencial, definindo a mulher como componente básico da família, onde encontra seu ser e sua efetivação. Marx, por sua vez, vê a diferença sexual como socializada, notando que o lugar da mulher se encontra demarcado pela divisão social do trabalho dentro da família. Mas, "não vemos Marx alterar o lugar atribuído à mulher, pois esta continua determinada primariamente pela reprodução de seres humanos e pela divisão sexual do trabalho, como se essa determinação, ao fim e ao cabo, fosse infensa ao movimento da história" (Chauí, op. cit.:42).

Harding (op. cit.) também tece crítica à Marx em relação às posições sobre a mulher: "A alternativa marxista à ciência burguesa, a exemplo de sua predecessora *(a concepção iluminista)*, iria dotar um grupo social – no caso, o proletariado – de conhecimento e poder para liderar o restante da espécie humana em direção à emancipação. *Mas*, assim como as faculdades humanas não são iguais na versão burguesa, no marxismo o trabalho não é igual; o proletariado produz conhecimento através da luta nos locais de trabalho. Nem na prática socialista, nem na teoria marxista considerou-se que as mulheres se definiam fundamentalmente pelas relações com os meios de produção, independente de sua participação na força de trabalho. Elas jamais foram vistas como membros de pleno direito do proletariado, capazes de raciocinar e, dessa maneira, de saber como o mundo é construído. O trabalho reprodutivo específico das mulheres, o trabalho feito com emoção, o trabalho 'mediador', desaparecia, então, no interior do esquema conceitual da teoria marxista, tornando-as invisíveis como classe ou grupo social agente do conhecimento" (p. 17).

Assim, a predominância de um discurso *sobre* as mulheres, a idéia de uma *natureza feminina* e a definição do ser feminino como corpo produziram um modo de subjetivação das mulheres que não se operou de dentro para fora, mas de fora para dentro, ocasionando um problema para a identidade feminina: nossa subjetividade nos foi *outorgada* e, ao invés de nos subjetivar nos *coisificou*. Chauí (op. cit.:46) aponta que "o paradoxo do círculo naturalização-culturalização-naturalização das mulheres decorre do surgimento delas com a qualidade de sujeitos num processo no qual lhes faltou justamente o que poderia constituí-las como sujeitos: a autonomia do falar, do pensar e do agir... Recebendo de outrem a consciência e a liberdade, as mulheres foram, afinal, mantidas como coisas naturais, às quais acrescentou-se a coisificação típica do modo de produção capitalista".

Desta forma, os movimentos das mulheres em direção à sua libertação serão encarados, na maioria das vezes, tanto por homens como por mulheres, como sendo um *desnaturamento*. Primeiro, porque as reivindicações de tais movimentos vão "contra" a chamada *natureza feminina*; segundo, porque a fala feminista *parte das mulheres*, o que contradiz profundamente sua condição de *seres dos quais se fala*. Tendo sido convertidas em sujeitos heteronomamente – o que não lhes traz o sentimento de valor e pertinência a uma subjetividade verdadeiramente sua –, as mulheres se farão reprodutoras e agentes da mesma

violência que lhes foi impingida e usarão suas potencialidades contra si mesmas, através de uma consciência e subjetividade que não são verdadeiramente próprias, e o que seria uma *agressividade* capaz de capacitá-las, enquanto sujeitos, transforma-se em *violência* contra o próprio sexo feminino, à maneira daqueles que discursam sobre elas, reproduzindo sobre as outras mulheres o mesmo padrão de subjetividade: o ser-para-outrem. Este padrão nos é bastante conhecido. Somos o que somos, porque somos-para-alguém. Esta relação de eterna dependência do outro para *ser* gera um padrão de não-ser-sem-o-outro, ou de não-ser-se-não-tiver-uma-função-para-o-outro. Só existimos *pelo* e *segundo* o masculino.

É evidente que uma mulher que precisa tão desesperadamente de alguém para sentir-se existindo terá de reprimir e até mesmo banir de si os desejos que tragam a mínima ameaça da perda do amor, da perda do outro, ao mesmo tempo que fará *qualquer coisa* para manter o outro doador de existência perto de si. E atos de verdadeira violência são cometidos pelas mulheres *em nome do amor*. Muitas vezes, numa tentativa inconsciente de reverter contra e sobre os outros a nossa dependência, nos tornamos ardilosas rainhas do lar, mantendo sob nossa dependência aqueles dos quais dependemos para nos tornarmos sujeitos. Supermães e Supermulheres incluídas: mãe/filha, patroa/empregada exercitando sua violência recíproca, onde uma só é sujeito se a outra for objeto, disputando o outro-essencial-sem-o-qual-não-se-existe, ou seja, o homem, nosso tradicional outorgante de subjetivação: esposa/amante, honesta/puta, heterossexual/lésbica, feminista/não-feministas etc. A velha e boa *natureza feminina*, contaminada de violência, servindo de medida para se saber quem é mais ou menos mulher *para o outro*. Na busca de se constituírem a si mesmas como sujeito, as mulheres incorporam uma ideologia que reafirma sua dependência e elimina a pluralidade de sujeitos femininos, na medida em que voltam sua força contra os outros e as outras *diferentes*, ao invés de usarem essa agressividade vital e potencial para se capacitarem *enquanto sujeitos para-si*, e buscarem, numa etapa posterior, o *para-si-com-os-outros*, acabam por reafirmar sua própria opressão.

A seguir apresentarei algumas visões sobre a agressividade feminina, sob o ponto de vista do saber psicológico e jurídico/criminológico, para que possamos observar melhor de que forma o conhecimento científico e também as leis construídas para a regulação do convívio social auxiliam no processo de exclusão do feminino e sua cidadania na ordem social.

3. O paradeiro dos braços da Vênus (1): Psicologia

Antes de qualquer coisa, é importante esclarecer a que me refiro quando uso o termo *agressividade*. Vamos aos dicionários:

Agressividade: *S. f. 1. Disposição para agredir. 2. Qualidade de agressivo. 3. Dinamismo, atividade, energia, força. 4. Psicol. Disposição para o desencadeamento de condutas hostis, destrutivas, fixadas e alimentadas pelo acúmulo de experiências frustradoras.*

Agressão. [Do lat. agressione] S. f. 1. Ação ou efeito de agredir. 2. Bordoada, cacetada, pancada. 3. Investida, acometimento, ataque. 4. Provocação, desafio, hostilidade. 5. Ofensa, acometimento, ataque. 6. Conduta caracterizada por intuito destrutivo. 6. Psicol. Conduta caracterizada por intuito destrutivo.

Agressivo. adj. 1. que agride, ou envolve, ou denota agressão: homem agressivo; palavras e gestos agressivos. 2. Psicol. Diz-se de indivíduo em cuja personalidade prevalece como componente

a disposição para condutas destrutivas, hostis. S. m. 3. Psic. Indivíduo agressivo (2) (Ferreira, s.d:52).

Podemos perceber que, dentre as palavras elencadas, a única que apresenta significados não relacionados somente à destrutividade é *agressividade*. Todas as outras (agressão e agressivo) têm significado eminentemente destrutivo. Pois bem: já aqui, de início, podemos perceber o quanto as questões relacionadas á agressividade estão impregnadas de um sentido negativo, destrutivo, incluindo aí os significados psicológicos contidos nos verbetes. Mas o que dizem os dicionários de psicologia a este respeito?

Segundo Pieron (1996:14), agressividade é "comportamento caracterizado pelo ato de atacar ou marchar à frente, opondo-se ao de recusar o combate ou de fugir às dificuldades. *Agressivo* se diz do indivíduo que manifesta tendência a atacar e a procurar a luta, por oposição àquele que foge do perigo ou de dificuldades, *enquanto agressão se relaciona a stress, que significa* estado de um organismo ao reagir a um agente de agressão (agressor) (ingl. *stressor*) qualquer: ferimento, infecção etc., esforço *stressant* (fr.) dor, alegria, etc." (p. 508).

Em Laplanche (1992:10-11), a agressividade é designada como "tendência ou conjunto de tendências que se atualizam em comportamentos reais ou fantasmáticos, estes visando prejudicar outrem, destruí-lo, constrangê-lo, humilhá-lo etc. A agressão conhece outras modalidades além da ação motora violenta e destruidora: não existe qualquer comportamento, quer negativo (recusa de auxílio, por exemplo), quer positivo (ironia, por exemplo) ou efetivamente atuado, que não possa funcionar como agressão. A psicanálise atribuiu uma importância crescente à agressividade, mostrando-a a operar desde cedo no desenvolvimento do indivíduo e sublinhando o mecanismo complexo da sua fusão e da sua desfusão com a sexualidade. Esta evolução das idéias culmina com a tentativa de procurar na agressividade um substrato pulsional único e fundamental na noção de pulsão de morte".

O que se percebe, segundo Pieron, é que a agressividade pode também significar coragem, dinamismo, atividade, e que o indivíduo agressivo pode ser designado como aquele que não foge da luta e das dificuldades. Já em Laplanche a agressividade tem uma conotação eminentemente destrutiva e sua fonte, seu *substrato pulsional*, estaria intrinsecamente relacionado à noção de *pulsão de morte*, desenvolvida por Freud: "Eros tende a criar e manter. Nesta perspectiva, a agressividade seria exatamente uma força radicalmente desorganizadora e fragmentante" (op. cit.:14). Notamos que a agressividade contém em seus significados uma possibilidade de ser relacionada à força vital, ao dinamismo, à disposição para enfrentar dificuldades e à atividade. Como o sentido que gostaríamos de reforçar não é o da agressividade enquanto destrutividade, vou agora apresentar idéias que, ao se oporem à posição da psicanálise em relação à pulsão de morte, terminam por confirmar o significado de agressividade assumido por mim.

Em primeiro lugar, todos sabemos que viver implica em lutar. Desde o momento da concepção até o dia de nossa morte, lutamos para viver, e para qualquer luta há a necessidade de força, dinamismo, atividade, energia – há, portanto, necessidade de ser agressivo. Desta forma, a agressividade seria um impulso e uma motivação necessários para que a sobrevivência aconteça. Deste modo, ela serve à vida, à sua preservação e perpetuação e não à sua desorganização. Para vários autores, a *agressão* aparece como sinônimo de agressividade, e assume um sentido construtivo, em oposição ao significado de violência: "A agressão, a agressividade não devem ser entendi-

das como violência, mas sim como modalidade de existir, têm até aspectos construtivos. Seu contrário seria a passividade" (Ferraz, 1980:54). Ao mesmo tempo, mais um termo se insere na discussão – *violência*. Esta seria, para a grande maioria dos autores lidos, fruto de condições adversas, sejam elas econômicas, políticas ou psicológicas. São condições violentas que geram atitudes violentas. Seriam, portanto, os chamados "fatores sociais", como a miséria e as injustas diferenças sociais, os responsáveis pela violência, reação proveniente de um estado de coisas que impede o ser humano de expressar suas potencialidades. Winnicott afirma que se "a sociedade está em perigo, não é por causa da agressividade do homem, mas devido à repressão da agressividade pessoal nos indivíduos" (Mello, 1980:228). Esta repressão da agressividade enquanto energia vital, acaba por estruturar um ambiente de grande opressão para o ser humano que, gerando um círculo vicioso, provoca sucessivas explosões sociais, produz mais violência e compromete, em última instância, a própria existência da sociedade.

Isto nos coloca frente a uma questão central: se a agressividade serve à vida, enquanto força dinâmica que impulsiona o ser humano à frente, ela não pode fazer parte de um instinto destrutivo, de uma *tendência* à destruição, como afirma Freud. Desta forma, o conceito psicanalítico de pulsão de morte entra em contradição com o significado construtivo de agressividade.

Freud, em vários de seus escritos, fala do instinto de morte. Em *O Mal-estar na Civilização* (1974a), ele nos diz: "Partindo de especulações sobre o começo da vida e de paralelos biológicos, conclui que, ao lado do instinto para preservar a substância viva e para reuni-la em unidades cada vez maiores (*Eros, pulsão de vida*) deveria haver outro instinto, contrário àquele, buscando dissolver essas unidades e conduzi-las de volta a seu estado primevo e inorgânico. Isso equivaleria a dizer que, assim como Eros, existia também um instinto de morte (...)". Afirmando que a civilização constitui um processo a serviço de Eros, conclui que a pulsão de morte, "o natural instinto agressivo do homem, a hostilidade de cada um contra todos e de todos contra um, se opõe a esse programa de civilização. Esse instinto agressivo é o derivado e o principal representante do instinto de morte, que descobrimos lado a lado de Eros e que com este divide o domínio do mundo" (p. 145). Fecha o artigo dizendo que "a questão fatídica para a espécie humana parece-me ser saber se, e até que ponto, seu desenvolvimento cultural conseguirá dominar a perturbação de sua vida comunal causada pelo instinto humano de agressão e autodestruição" (p. 171).

Não é minha pretensão discorrer exaustivamente sobre o instinto de morte, mas apenas localizá-lo como ponto importante e decisivo da teoria psicanalítica no que concerne à agressividade humana. Parece-me que os trechos da obra de Freud aqui citados deixam clara não só a oposição entre instinto de vida e agressividade (instinto de morte), como também a necessidade de *vencer* a agressividade/destrutividade humana como forma de preservar a civilização. Porém, críticas contundentes a esta posição foram elaboradas. Dentre elas, escolhemos as de W. Reich e C. G. Jung. Discípulos de Freud, eles se opuseram ao mestre de várias formas, sendo que a crítica de Reich contra a pulsão de morte e o conceito de libido e sombra elaborados por Jung são particularmente interessantes para o que queremos dizer.

Segundo Reich, a agressão (agressividade), não é *sadismo*. Ele associa a agressividade à pulsão de vida. Reich estrutura sua crítica à pulsão de morte num artigo de 1932, denominado "O caráter masoquista", que teve por base o

processo terapêutico de um jovem atendido por ele durante três anos. Albertini (1994) comenta, a respeito do referido artigo: "A argumentação reichiana vai no sentido de que o masoquismo é uma formação secundária em nenhum grau relacionado a uma hipotética pulsão de morte. Na verdade, a partir da contestação do masoquismo primário, Reich coloca-se também contra a hipótese de uma destrutividade primária no homem. Sua concepção de agressão denota uma perspectiva construtiva. Agressão, no sentido estrito da palavra, não tem nada que ver com sadismo ou com destruição. A palavra significa 'aproximação'. *Toda manifestação positiva da vida é agressiva* (...) a agressão não é um instinto, no sentido estrito da palavra; consiste mais no meio indispensável de satisfação de todo impulso instintivo. Este último é essencialmente agressivo porque a tensão exige satisfação" (p. 48).

Para Reich, a destrutividade seria uma construção *secundária* da psique, em função da negação da agressividade e da não satisfação de uma camada mais profunda de sociabilidade. Em *A função do orgasmo*, livro publicado em 1928, o autor nos diz que "a tendência destrutiva cravada no caráter não é senão a cólera que o indivíduo sente por causa da sua frustração na vida e da sua falta de satisfação sexual (...). O desejo de destruir é apenas a reação ao desapontamento amoroso ou à perda do amor" (Reich, 1988:133). Conectada profundamente ao instinto de vida, a agressividade é meio para um fim, que é a realização da própria vida; ela é a ferramenta sem a qual, flácidos e passivos, acabaríamos como os personagens de *Esperando Godot*: imóveis. E a psicologia, ao assumir a destrutividade humana como *instintual* – e, portanto, *natural* – estaria assumindo, ao mesmo tempo, sua inutilidade enquanto ciência que busca trazer possibilidades de felicidade ao ser humano.

Opinião similar tinha Jung a respeito da noção de instinto de morte desenvolvida por Freud. Ele desenvolveu uma idéia de energia psíquica na qual não há uma divisão entre instinto de vida, de morte ou qualquer outro. Para ele, a energia psíquica é, toda ela, exclusivamente *libido*, sem conotação sexual, destrutiva ou de qualquer outra ordem. Propõe um modelo de psique baseado na unicidade da energia psíquica e na integração de suas estruturas em oposição ao combate instintual defendido por Freud. Jung nos diz que "a energia em si não é boa nem má, nem útil nem prejudicial, mas neutra, posto que tudo depende da forma como a energia é aplicada" (1987:39). "O objetivo da existência humana, por conseguinte, não é uma luta de vida ou morte com a natureza, mas a manifestação plena de toda rica variedade de tendências opostas e complementares que nela existem" (Clarke, 1993:152). Esse objetivo da existência humana – a busca de unidade psíquica através da reconciliação dos opostos – é o que Jung chamou de Individuação.

Esta meta seria conseguida através da integração das várias estruturas psíquicas, concebidas como pares de opostos que, segundo Jung, deveriam ser integrados um ao outro. Desta forma, chegar-se-ia ao Si-mesmo, ao *Self*, centro e ao mesmo tempo totalidade da psique. Assim, o princípio dos opostos não seria um princípio que pressupõe *luta* ou *oposição irreconciliável*, mas *integração*. É a partir desta idéia de integração necessária para a configuração de um indivíduo completo (mas nunca perfeito, obviamente) que vamos analisar o par de opostos que mais nos interessa agora: *Persona* e *Sombra*. A consciência, segundo a teoria junguiana, não é composta somente do Ego. Este é seu centro, mas dele fazem parte duas estruturas. A persona, definida por Jung como segmento arbitrário da psique coletiva, significa algo como a máscara desempenha-

da pelo ator para significar o papel que vai desempenhar no jogo social: "Ela representa um compromisso entre o indivíduo e a sociedade, acerca daquilo que alguém parece ser: nome, título, ocupação, isto ou aquilo (...). A persona é uma aparência, uma realidade bidimensional, como se poderia designá-la ironicamente" (Jung, 1987:32-33).

Sinônimo de adaptação social, a persona se refere ao que é aceito pela cultura. Isto significa que o indivíduo seleciona (na maioria das vezes, de forma inconsciente) para fazer parte da sua persona aqueles comportamentos e valores que o fariam aceito pelo meio social e, em última instância, por si próprio. Isto nos leva a pensar que muita coisa é rejeitada na composição da persona por fazer parte daquilo que a sociedade não aceita como "bom". Estes conteúdos rejeitados pela persona vão se localizar em sua contraparte, a sombra. Composta por imagens e sentimentos que, negados pela luz da consciência, se destacam do fundo invisível do inconsciente, é ela que nos confere tridimensionalidade (visto a bidimensionalidade da persona): "Como posso ter substancialidade sem projetar sombra? O lado sombrio também pertence à minha totalidade, e ao tomar consciência da minha sombra, consigo lembrar-me de novo que sou um ser humano como os demais" (Jung, 1985:57).

A sombra abriga, como vimos, os conteúdos considerados inadequados à nossa imagem social. Mas seriam estes conteúdos verdadeiramente "destrutivos" ou "maus"? Não necessariamente. Como função endopsíquica da consciência, a sombra guarda potencialidades para nossa personalidade futura: a personalidade que irá surgir já existe em nós, só que no lado obscuro do ego. Isso significa que a sombra é fonte de crescimento, quando enfrentada e integrada à consciência. Portanto, "apesar da sombra conter freqüentemente símbolos expressamente codificados como imorais por alguma persona vigente, isso não abrange nem de longe os componentes da sombra (...). Se (...) catalogarmos esses componentes da sombra permanentemente como negativos ou destrutivos, estaremos violando o maior princípio da psicologia simbólica, que é o princípio da bipolaridade. Este princípio, cuja plenitude é compreendida com a atualização do padrão de alteridade[4] na consciência, estabelece que as polaridades podem funcionar de forma simétrica ou igualitária, dialética, criativa e também intercambiável" (Byington, 1988:28-29). Ou seja, o que está na sombra é apenas aquilo que *ainda não foi permitido*, mas não significa que, por ser proibido, seja destrutivo ou mau.

Mas que tipos de conteúdo podem fazer parte da sombra? Pensemos nas coisas consideradas "feias", "pecaminosas", "proibidas" ou aquelas consideradas como "inferiores" ou que "destoam" de nossos papéis sociais. A lista é grande, com certeza. Conseguimos definir essas "coisas" somente em relação a uma outra pessoa, ou às normas de convívio social. Assim, os componentes da sombra são os valores, padrões e características que aprendemos como "feios", "errados", "pecaminosos" ou "proibidos" desde o início de nossa vida, nas relações que estabelecemos com os outros em

(4) "Alteridade é a qualidade de ser-com-o-outro. Carlos Byington utilizou o termo recentemente, pela primeira vez, para definir um dinamismo de consciência pós-patriarcal: 'Denominei-o padrão de alteridade (*alter* = outro) porque nele a consciência se torna capaz, pela primeira vez, de perceber o Outro como a si mesma, ao mesmo tempo que se percebe e ao Outro como expressão de um todo. Alteridade não é simplesmente um padrão igualitário de relacionamento do Eu com o Outro isoladamente, mas do Eu com o Outro relacionados significativamente, ou seja, conscientemente, dentro do processo de transformação do todo'" (Muzskat, M. e Seabra, Z. 1985:19).

contrapartida à persona, que integrará os valores e comportamentos tidos como "certos" e, portanto, aceitos socialmente.

Falando especificamente da mulher, os comportamentos e valores que comporão sua sombra são precisamente aqueles que não correspondem à idéia de "feminino" que a sociedade construiu ao longo de sua história e que podem abrigar conteúdos positivos para a mulher. Segundo Estés (1996), "para as mulheres, especialmente, o mundo sombrio quase sempre contém modos refinados de ser que são proibidos na sua cultura ou que nela recebem pouco apoio. No fundo do poço da psique de muitas mulheres está a criadora visionária, a astuta reveladora da verdade (...) a que pode falar bem de si mesma sem se censurar, que pode se encarar sem repulsa, que se esforça para aperfeiçoar seu talento. Os impulsos positivos ocultos nas sombras de nossa cultura na maioria das vezes estão relacionados à permissão para que a mulher crie uma vida própria, feita à mão" (p. 296-297). Assim, certos valores e comportamentos construtivos vão sendo progressivamente excluídos da consciência feminina: migrando para a sombra, eles vão se tornando inacessíveis e perdendo a possibilidade de atuarem positivamente na construção da identidade das mulheres. O enfrentamento e a integração da sombra pela consciência social e individual são as condições de recuperar estes conteúdos, atualizá-los e usá-los produtiva e construtivamente.

Uma vez que este trabalho visa abordar a questão da negação da agressividade feminina no saber, estaremos "buscando os braços da Vênus" na sombra produzida pela sociedade, que se reflete na produção de seus saberes psicológico e jurídico, movimentando-nos através das personas jurídicas e psicológicas a respeito da mulher para chegar às suas sombras e, ao relacionar e integrar estes opostos, caminhar rumo a uma visão mais totalizante e, portanto, mais atuante do papel da mulher para si e para a sociedade. Desta forma, encontrar os braços da Vênus e reintegrá-los a ela, possibilitará a ela e àqueles que com ela convivem uma nova forma de encontro: aquele no qual o Eu pode buscar uma aproximação igualitária com o Outro ambos conscientes de sua totalidade.

Mas qual é a persona que a psicologia construiu para a mulher? Em primeiro lugar, devemos lembrar que o saber psicológico sofreu grande influência do saber médico e filosófico, até que a psicologia pudesse se estruturar enquanto ciência autônoma. Esta herança médico-filosófica acabou por determinar muito do conhecimento psicológico a respeito da mulher. Desde o começo dos tempos, a mulher vem sendo associada à reprodução, como vimos. Uma vez identificada com o ato reprodutivo, a mulher está irremediavelmente "resumida" ao seu corpo e, mais especificamente, ao seu útero. Na medicina hipocrática, segundo Tosi (1987:19), "a mulher era vista como um ser úmido, produtor de fluídos, de humores que precisavam ser evacuados, e cujo útero era considerado a origem da maior parte de seus sofrimentos".

Mais tarde, Aristóteles vai negar à mulher qualquer participação no ato da procriação. "Para ele, a mulher era um macho estéril. A semente masculina fornecia o princípio ativo, ou forma, e, com ele, a alma sensível e racional: a fêmea fornecia só a matéria sobre a qual agia o princípio ativo" (Tosi, op. cit.:20). Além disso, supunha Aristóteles que a mulher não necessitava de prazer para conceber e que sua inferioridade física em relação ao homem era, além de visível, também interna: o princípio ativo, representado pelo masculino, era mais "quente", enquanto o passivo, feminino, tornava a mulher fria e imperfeita. Essas idéias, retomadas por Galeno, médico grego do séc. II de nossa era, levou-o a distinguir,

à maneira de Platão, "a alma racional *(que busca a verdade e a ciência)*, a alma irascível *(que persegue a vitória e o poder)* e a alma concupiscente *(atraída pelos prazeres)*. Esta última, segundo ele, tem a sua sede embaixo do diafragma, onde se encontra o órgão feminino por excelência, o útero. Afirma também que a alma é modificada pelas qualidades de seco ou de úmido: o seco produz a inteligência, o úmido acarreta a falta de razão, o desvario. Uma vez que a mulher é úmida por natureza *(devido à abundância de secreções, incluindo as menstruais)*, falta-lhe a razão. Mas, além de ser úmida, a mulher é fria (...). É devido à frieza que as partes genitais da mulher não puderam descer durante a vida fetal e, por isso, ela é um homem ao avesso (...). Como Hipócrates, acreditava que as doenças próprias das mulheres eram provocadas pelas desordens da matriz *(o útero)* e chamava essas de 'histéricas'"[5] (Tosi, op. cit.:21-22).

Durante a Idade Média, principalmente a partir do séc. XIII, o discurso erudito a respeito do corpo das mulheres e suas doenças é desenvolvido e apresentado pelos padres, apoiado na redescoberta dos textos antigos acima citados. São Tomaz de Aquino, à maneira aristotélica, afirma que o corpo feminino é mais imperfeito que o masculino: a debilidade da mulher é intrínseca, e sua associação ao pecado devido à sua sujeição excessiva ao carnal, faz dela um ser ao mesmo tempo frágil e diabólico. "Para os homens da igreja o corpo da mulher e, particularmente, a sua matriz (caverna misteriosa e escura) são vistos como a porta do inferno" (Tosi, op. cit.:22).

[5] É interessante notar que as palavras histeria e histérico derivam de *útero* (do grego *hystéra*), dando a conotação de doença e comportamento eminentemente femininos. Essa concepção será mantida pela psicopatologia que se desenvolveu posteriormente, e até mesmo pela psicanálise.

Contudo, o que mais caracteriza a medicina desde a Antigüidade até a Idade Moderna é a imprecisão na descrição do aparelho genital externo da mulher, em particular o que se refere ao clitóris. Sendo o texto médico exclusivamente masculino, é fácil imaginar que esta imprecisão venha de uma comparação entre o corpo masculino e o feminino. Só em 1562, Fallopio mostrou, de maneira clara, a existência de uma sensibilidade própria do corpo feminino, incluindo o clitóris. O interessante é que a prática obstétrica, desde a Pré-história, estava nas mãos das mulheres. Mas as parteiras eram vistas com desprezo pelos médicos que se formavam nas universidades, e somente no séc. XVII a profissão de parteira foi regulamentada (paralelamente à caça às bruxas, curandeiras e praticantes da "medicina empírica").

Na segunda metade do séc. XVII, o pensamento médico sobre a mulher ainda repete as mesmas concepções da Antigüidade e da Idade Média, embora reabilite o prazer como necessário à procriação, conforme a vontade divina. Nos diz Tosi (op. cit.:25-26): "No que concerne à matriz, esta continua sendo um órgão cheio de mistério: 'Um animal dentro de um animal', possuído do desejo de fazer crianças, como dissera Platão no Timeu. É também um animal temível, causa de todas as doenças e a origem de todos os desatinos da mulher (...). Para a maior parte dos autores do final do Século XV ao Século XVII (...) somente a incomparável satisfação que o homem experimenta na cópula justifica o seu consentimento em colocar seu membro, 'que lhe é tão caro, dentro dessa cloaca por onde passam tantas imundícies'". Nesta época de transformações, o papel dos filósofos moralistas e dos médicos foi essencial na fixação dos valores da nova sociedade. No caso das mulheres, as qualidades essenciais a serem incentivadas eram a obediência e o pudor, isto sempre apoiado por razões médicas e de

"higiene social". Segundo Tosi (op. cit.:29-30), *"o período que vai da Revolução Francesa ao Império napoleônico se caracteriza por um franco retrocesso na condição da mulher (...). Essa regressão era devida principalmente à influência do pensamento filosófico da época e da chamada 'medicina filosófica' cuja autoridade e prestígio vinha crescendo assustadoramente (...). Rousseau (...) citado por todos os médicos que se interessam pela mulher e pela criança é considerado como aquele que melhor compreendeu a natureza feminina e seu destino (...). Considera que a mulher, graças às suas funções específicas, está mais próxima da natureza que o homem (...). Para ele, a vocação fisiológica é quem dita as leis morais da condição feminina. Defende um novo finalismo, segundo o qual a mulher não existe para ela mesma, devendo realizar os desígnios da Natureza. Essa é a condição de felicidade, tanto da mulher quanto do homem"*.

Com o aperfeiçoamento da medicina, o médico atinge um *status* de homem de razão e de ciência, cuja missão é servir a sociedade. Atuando como conselheiros políticos, suas concepções a respeito da mulher vão se infiltrando nas leis e políticas públicas, bem como uma "psicologia feminina" passa a ser considerada por eles. A psicologia feminina desenvolvida pelo saber médico se inicia com base "na complementariedade entre os sexos, como uma dialética entre a força e a debilidade, entre a inteligência e a sensibilidade. Ao mesmo tempo a desvalorização da mulher atinge limites que até então não foram tentados. De acordo com a concepção prevalecente entre esses médicos, a debilidade e a sensibilidade feminina devem fazer com que a mulher seja afastada de toda vida pública e profissional, de toda formação ou instrução superior" (Tosi, op. cit.:31-32), e seu lugar privilegiado deveria ser o lar e o papel social mais valorizado, o de mãe.

Desta forma, todo comportamento feminino que fugir ao da mãe recatada, cuja sexualidade é restrita à procriação será a base para a definição de "loucura" feminina. O saber médico não abandona a idéia de "pecado", uma vez que nas classificações elaboradas para distinguir o normal do patológico, o pecado é incorporado como substância básica para a construção do sentido moral do corpo feminino doente: a divisão entre esposa/mãe e prostituta confirma isso. Engel (1989:77-78) em seu trabalho sobre as relações entre o saber médico e a prostituição no final do séc. XIX no Rio de Janeiro, reafirma a preocupação dos médicos em definir os limites entre mulher sadia ou doente, usando para traçar tais fronteiras o estudo da fisiologia feminina: "O organismo da mulher é definido como fisiologicamente mais propenso à perversão sexual do que o masculino, pois, ao dotá-lo de um forte instinto de procriação, a própria natureza havia gerado o caráter ambíguo da sexualidade feminina. Neste sentido, o Dr. João F. de Souza chega a afirmar que a mulher 'predispõe-se à prostituição' entre outras causas 'pela sua beleza' e 'pelo caráter de passividade de sua função reprodutora'. De acordo com tal perspectiva, a mulher, pelas suas próprias características fisiológicas, disporia apenas de duas únicas alternativas para a realização de seus instintos sexuais: como *esposa/mãe* (sexualidade *sadia*) ou *prostituta* (sexualidade *doente*)".

Luz (op. cit.:143), citando Lemos Brito num estudo sobre mulheres criminosas, diz que segundo o autor, o amor da mulher "resulta menos de seus desejos eróticos que da necessidade de satisfazer o instinto da maternidade e da necessidade de proteção". Aquelas mulheres que exercerem sua sexualidade fora dos âmbitos da maternidade serão consideradas "anormais", ao mesmo tempo que a mulher, no geral, é vista como um ser influenciável que pode facilmente "desvi-

ar-se de sua natureza": "'o organismo da mulher sexualmente madura oscila sem cessar entre a physiologia e a pathologia com uma contínua tendência para esta última' (...). 'A erotização feminina faz-se mais por força da imitação e dos reflexos produzidos pela vida social, sedução do homem, leituras amorosas, embriaguez alcoólica, do que por influência espontânea do próprio instinto'" (p. 143-144).

A ciência do final do séc. XIX, marcada pelo evolucionismo, tem em Lombroso e Ferrero os representantes da medicina que formularam uma das imagens mais negativa da mulher. "A imagem que faziam da mulher dada como normal não era das mais lisonjeiras. Diziam ser esta menos sensível que o homem e como a compaixão, segundo eles, procedia diretamente da sensibilidade 'se esta falta, aquela falta igualmente', também: 'Que a mulher tem numerosos traços comuns com a criança, que seu senso moral é deficiente, que ela é vingativa, ciumenta, levada a exercer vingança de uma crueldade refinada, mas nos casos ordinários estes defeitos são neutralizados pela piedade, a maternidade, o pouco ardor de suas paixões, sua frieza sexual, sua fraqueza e sua menor inteligência'" (Soihet, 1989:80-81). Afirmavam também que a inferioridade da mulher era algo atávico e confirmado pelas outras espécies animais. Acentuavam a menor sensibilidade feminina em relação à sexualidade e à dor, estando por esta razão justificados seu senso moral deficiente e sua grande utilidade à espécie, uma vez que, sentindo menos dor, a mulher incorreria facilmente na gravidez.

Gostaria de contrapor a Lombroso e Ferrero um outro evolucionista, médico brasileiro, que afirma ser a inferioridade da mulher produto de um aprendizado e condicionamento sociais. "O sexo só por si determina qualidades individuaes que são ao mesmo tempo qualidades sexuaes, mas não ha razão biologica, uma unica que torne o sexo causa ou obstaculo do desenvolvimento mental (...). A grande differença da mentalidade nos dous sexos tem sua razão de ser na educação systematica dos sexos; é inexacto, é absolutamente inexacto que o lugar da mulher seja na familia e o do homem na sociedade" (Castro, s.d.:336-337). Apesar de sua posição lúcida com relação à condição da mulher, Tito Livio de Castro considerava a educação feminina importante para que a mulher exercesse melhor as funções tradicionais atribuídas a ela pela sociedade, e não previa um tipo de família ou sociedade em que tais funções se interpenetrem entre os dois sexos, mas, "em que pese tal limitação, *suas idéias* se constituem no que de mais avançado se vislumbrou no momento para a mulher, dada, via de regra, como 'naturalmente' inferior e limitada em seu desenvolvimento" (Soihet, op. cit.:137). Mas suas idéias não encontraram apoio na grande maioria de seus contemporâneos. Desta forma, a idéia que preponderou no saber médico foi a de uma feminilidade reduzida ao *corpo* da mulher e destinada à maternidade e à fragilidade (e, portanto, à submissão). Assim, a anatomia, a fisiologia e a psicologia da mulher serão estudadas e interpretadas para justificar este "destino".

O surgimento da Psicologia Científica no séc. XIX foi fruto de um esforço muito grande para separar a psicologia das ciências biológicas e sociais. As precondições socioculturais para o aparecimento da psicologia como ciência foram duas: a subjetividade privatizada e a experiência da crise desta subjetividade, além da exigência de método e objetos específicos, assim como a busca de uma objetividade que combatesse as influências ideológicas da visão pessoal do pesquisador. Mas o conhecimento psicológico, muito embora tenha presente a necessidade de, para ser científico, rever seus preconceitos, não procedeu assim

em relação às mulheres. Muito do que se produziu a respeito delas terminou por reforçar antigos estereótipos, pela razão de estar a psicologia influenciada pelas concepções da filosofia e das ciências biológicas a respeito da mulher que, como vimos, não a colocam como sujeito, mas como corpo-objeto do conhecimento.

Esta não-subjetividade da mulher vai se traduzir diferentemente na psicologia, sem nunca, no entanto, deixar de estar presente como poderoso fator de negação da agressividade e poder femininos. Um conhecimento psicológico baseado na concepção tradicional dos papéis sexuais e na anatomia enquanto preditora do destino psicológico, sem que disso se dê conta, acaba, muitas vezes, por tornar-se ideologia, avalizando *cientificamente* a estrutura social dominante e seus preconceitos. No nosso caso, observaremos como estes preconceitos em relação à mulher acabam por prejudicar sua compreensão enquanto ser capaz, ativo e dinâmico ("agressivo", no sentido delineado no início do artigo) e impedem a possibilidade de exercício da cidadania da mulher. Centraremos a nossa discussão na psicanálise desenvolvida por Sigmund Freud. O autor vai do ser biológico ao ser moral, desenvolvendo para tal uma teoria da psique e do desenvolvimento psicológico baseada no estudo do desenvolvimento da sexualidade humana e seu papel fundador e organizador das vivências psíquicas. Mais tarde, como vimos, inclui em seus estudos a existência de um outro instinto, também fundante e condicionador dos fenômenos psíquicos, o instinto de morte.

A psicanálise trabalha com a idéia de uma bissexualidade constitucional dos seres humanos – conceito baseado nos estudos de anatomia e embriologia. Esta bissexualidade deve ser vencida para que o indivíduo assuma as características de seu próprio sexo. Sendo a sexualidade pedra fundamental da psicanálise, o estudo do desenvolvimento psicológico de homens e mulheres parte de suas diferenças *sexuais* para definir suas diferenças psicológicas. O fato é que este conceito acaba por definir as características psicológicas de cada sexo a partir de sua conformação anátomo-fisiológica, o que vai confirmar que a anatomia determina o destino. No caso da mulher, vai se introduzir um complicador a mais: na divisão clara feita por Freud do par masculinidade/feminilidade, a feminilidade acaba sendo definida negativamente, em comparação à masculinidade. A mulher, por não possuir órgão sexual masculino (pênis), vai ser definida como inferior, incompleta e a razão desta "incompletude" repousa no papel central do pênis (e do masculino) tanto na teoria psicanalítica quanto na cultura da época que atribui ao homem (portador do pênis) o papel principal na construção da sociedade (é interessante lembrar da divisão entre espaço público/masculino e espaço privado/feminino).

Em função disto, ao par masculinidade/feminilidade Freud associa outros atributos, tais como as oposições ativo/passivo e fálico/castrado, que definem o homem como ativo e fálico e a mulher como passiva e castrada. Ao definir as características da sexualidade feminina, segundo as características biológicas, acaba por reforçar o estereótipo que até então predominava em relação à mulher: "A psicanálise possui uma base comum com a biologia, ao pressupor uma bissexualidade original nos seres humanos (...). Mas a psicanálise não pode elucidar a natureza intrínseca daquilo que, na fraseologia convencional ou biológica, é denominado de 'masculino' e 'feminino': ela simplesmente toma os dois conceitos e faz deles a base de seu trabalho. Quando tentamos reduzi-los mais ainda, descobrimos a masculinidade desvanecendo-se em atividade e a feminilidade em passividade (...)" (Freud, 1976b:211).

Vamos agora analisar um pouco melhor os pares masculinidade/feminilidade, passividade/atividade e fálico/castrado. Para tal, é necessário que façamos uma breve exposição das idéias de Freud a respeito do desenvolvimento da sexualidade humana nos homens e nas mulheres. Como sabemos, tudo começa na infância. A bissexualidade, como já vimos, é de onde parte todo o processo de definição dos sexos. O menino, por possuir pênis, vai desenvolver uma posição ativa desde o início. A menina inicia sua sexualidade de forma *masculina*, ou seja, ativa, na medida em que sua zona erógena é o clitóris: "A zona erógena principal nas meninas está localizada no clitóris e é assim homóloga à zona genital masculina da glande do pênis" (Freud, 1972:227). Mas tudo muda quando a menina percebe o órgão sexual masculino, pela visão do pênis de um irmão ou colega de brincadeiras. A partir de então, dada a superioridade visível do pênis em relação ao clitóris, vai se desenvolver o que Freud denominou de *inveja do pênis*, que, sendo um golpe muito forte no narcisismo da menina, gerará seu complexo de castração: "Elas notam o pênis de um irmão ou companheiro de brinquedo, notavelmente visível e de grandes proporções, e imediatamente o identificam com o correspondente superior de seu próprio órgão pequeno e imperceptível; dessa ocasião em diante caem vítimas da inveja do pênis" (Freud, 1976c:313).

Para a psicanálise, essa inveja do pênis e o complexo de castração trarão conseqüências muito importantes para o desenvolvimento da feminilidade que, de agora em diante, em função da constatação da inferioridade biológica da mulher, deve abandonar a posição *ativa* ("destruída" pela descoberta da castração) e assumir a posição *passiva*, o que equivale à idéia de abandonar o desejo de ter um pênis e assumir as características da "feminilidade". Outro aspecto importante a ser observado é a distinção entre o complexo de Édipo vivido pelos meninos e seu correspondente nas meninas. O complexo de Édipo cumpre a função de formar, no indivíduo, sua instância de julgamento moral (Superego). Freud percebe uma sensível diferença no modo como o complexo se processa em meninos e meninas. Tendo vivido primeiramente a castração e depois o Édipo, as meninas vão vivenciar este complexo de forma *passiva*, pois já abandonaram a sexualidade masculina (ativa) no momento em que constataram a inferioridade clitoriana e a impossibilidade de conseguir um pênis. Além disso, segundo Freud, as meninas, devido à secundariedade de seu complexo de Édipo, acabam por desenvolver um senso moral inferior ao dos meninos: "Nas meninas está faltando o motivo para a demolição do complexo de Édipo. A castração já teve seu efeito, que consistiu em forçar a criança à situação do complexo de Édipo. Assim, esse complexo foge ao destino que encontra nos meninos: ele pode ser lentamente abandonado ou lidado mediante a repressão, ou seus efeitos podem persistir com bastante ênfase na vida mental normal das mulheres. Não posso fugir à noção (embora hesite em lhe dar expressão) de que, para as mulheres o nível daquilo que é eticamente normal, é diferente do que ele é nos homens. Seu superego nunca é tão inexorável, tão impessoal, tão independente de suas origens emocionais como exigimos que o seja nos homens. Os traços de caráter que críticos de todas as épocas erigiram contra as mulheres – que demonstram menor senso de justiça que os homens, que estão menos aptas a submeter-se às grandes exigências da vida, que são mais amiúde influenciadas em seus julgamentos por sentimentos de afeição e hostilidade – todos eles seriam amplamente explicados pela modificação na formação de seu superego que acima inferimos" (Freud, 1976c:319-320).

É fácil perceber, por tudo o que foi dito, que a mulher parece, psicanaliticamente, estar destinada em função de sua *natureza* biológica e, agora, psíquica e moral ao espaço doméstico e à inferioridade social.

Graça à "impertinência" de algumas autoras, passamos agora à discussão crítica das "conclusões" freudianas. A psicanálise nada mais faz que acompanhar o que a cultura durante tanto tempo propagou: que a civilização é masculina, que todos os valores considerados superiores por esta civilização são encarados como masculinos, enquanto todos os "inadequados" têm sido chamados com desprezo de femininos, culminando na identificação ingênua do conceito de "ser humano" e de "homem". Estudos psicológicos mais atuais não só sugerem a necessidade da mudança de perspectiva como também reinterpretam a psicanálise da mulher e, ao reinterpretá-la, acabam por instituir uma nova psicologia que indaga sobre a existência real da inveja do pênis, do complexo de castração e da inferioridade feminina enquanto fatores constitucionais da psique da mulher, para depois sugerir um outro modelo de análise do desenvolvimento feminino, baseado mais na visão da mulher enquanto ser diferente e não inferior ao homem.

As determinantes deste movimento que prima por revalorizar a experiência feminina e sua positividade estão relacionadas ao "levantamento do silêncio das mulheres, à sua saída das sombras, à sua inserção gradativa como cidadãs (e quão recente isto é), ao também gradativo reconhecimento da especificidade de sua sexualidade, sem isto implicar em excluí-las do reconhecimento cultural. É certo que este movimento vem se dando em meio a dificuldades, ambigüidades, contradições e mistérios, mas ele sim é um movimento onde nenhum retorno é mais possível, ainda que seu futuro seja desconhecido, prenhe de descobertas, surpresas e criações" (Cromberg, 1994:207). Este movimento envolve a psicanálise para captar nela a recusa do feminino, em homens e mulheres, e reinterpretar seu valor, "não para se contrapor, para se colocar como 'contra' e 'anti' o princípio masculino que tem regido toda a racionalidade de uma sociedade iluminista e construtivista, pois aí seria, num movimento simplista, atribuir-lhe meramente sinais negativos. Mas talvez, em uma lenta desconstrução 'desta engrenagem do pensamento ocidental que se acha tão emperrada' (...), poder apontar para um novo tempo" (p. 208).

Um dos 'emperradores' desta engrenagem é o reforço cultural (e teórico) das crenças fálicas,[6] que vão moldar a representação do órgão genital feminino. Tais crenças vão enfatizar por demais o 'menino-dentro-da-menina', dificultando enormemente o caminho da transformação da menina em mulher, e, para o menino, o acesso à abertura genital feminina. Essa 'falicidade' excessiva da cultura acaba por dificultar o diálogo enriquecedor entre os sexos, ao mesmo tempo em que impede a percepção da mulher a respeito de seu poder, de sua própria riqueza: o feminino não como "o lugar do que falta, mas de fenda, do vazio criador" (Cromberg, op. cit.: 216).

(6) O falo, segundo Laplanche (op. cit.:166-168), "era, na Antigüidade greco-latina, a representação figurada do órgão sexual masculino. Em psicanálise, o uso deste termo sublinha a função simbólica desempenhada pelo pênis na dialética intra e intersubjetiva, enquanto o termo 'pênis' é sobretudo reservado para designar o órgão na sua realidade anatômica (...). A teoria do complexo de castração resulta em atribuir ao órgão masculino um papel prevalecente, desta vez como símbolo, na medida em que a sua ausência ou a sua presença transforma uma diferença anatômica em critério principal de classificação dos seres humanos".

A necessidade da revisão de certos conceitos é evidente e o primeiro conceito a ser revisto é o da inveja do pênis: "O que quer dizer pênis simbólico? O termo simbólico alude a algo que não é real mas que está substituindo outra coisa que ele representa. No caso, o pênis simbólico não é o pênis existente no homem e não existente na mulher, mas aquilo que está ausente e que ele representa. O pênis fica dotado de um valor que, no caso, representa aquilo que falta. O que é que falta e por que falta?" (Muszkat, 1994:30) Neste momento, é a idéia de castração que entra em jogo. Segundo a autora, a *castração* é vivida por *ambos os sexos*, quando do desfazimento da relação primordial que ambos (meninos e meninas) vivenciam, no momento em que a relação do bebê com sua mãe (experiência de completude, fusão e perfeição) é interrompida pela percepção da separação entre ambos. Esta separação é experimentada pelo bebê como um *corte*. Até então, nada lhes falta, mãe e bebê sentem-se completos. Quando essa relação primordial se desfaz, vai determinar na criança um profundo sentimento de perda da perfeição. Em função disso, "a criança, e posteriormente o adulto, passa a procurar alguma coisa que substitua aquela experiência subjetiva de felicidade. Essa outra coisa pode ser qualquer coisa desde que reproduza a sensação de ser perfeito. Ao impulso de procurar essa coisa chamamos de desejo e a coisa que satisfaz o desejo, de falo" (p. 30).

Assim definido, o falo deixa de ser o pênis para representar qualquer coisa que num dado momento nos traga a sensação de perfeição e satisfação de um desejo, que se deriva da falta, não do pênis, mas da ligação perfeita primordial. Desta forma, a castração vem da falta da coisa investida de valor fálico, não da percepção da falta do pênis (e da inveja conseqüente a ela). Isto liberta a mulher do peso de ser castrada desde o início (biologicamente), e inclui o homem na discussão: "É fácil concluir que se trata de uma experiência vivida por qualquer ser humano, não importa a categoria sexual à qual ele pertença" (Muszkat, op. cit.:31).

Necessária também se faz a discussão de outro conceito (ou preconceito?): o da passividade feminina e atividade masculina. Os homens não são só ativos, assim como a mulher não é só passiva. Na verdade, exercem funções sociais que os dividem, mas não podemos atribuir *status* de verdade científica às práticas culturais, sob pena de justificar, cientificamente, a manutenção de práticas muitas vezes injustas. Mas, voltemos ao desejo: Ele é o emergente da *falta* no sujeito. O objeto desejado refere-se a um predicado ausente. Procura-se o que não se está seguro de possuir, o que não está presente (Muszkat, op. cit.:43).

Na verdade, homens e mulheres formam um exército composto totalmente de seres desejantes, porque o que se deseja não é o pênis, mas o que falta, aquilo que não se possui – e todos sabemos que ninguém está completo, seja homem ou mulher. É muito mais coerente que pensemos assim. Todos os seres humanos *desejam*, e é por isso, inclusive, que a civilização avança: é a busca de completar-se que move e cria o mundo, não o pênis. "O ser desejante é o Criador em potencial" (Muszkat, op. cit.: 43). Criador porque, na busca para saciar o desejo, inaugura caminhos e significados, deixando uma trilha nova atrás de si. É também o ser-do-encontro pois o que lhe falta, falta exatamente porque não pode ser encontrado sem o auxílio do Outro, seja ele aquele que se esconde dentro de nós, seja aquele que se apresenta a nós do lado de fora.

4. O paradeiro dos braços da Vênus (2): Direito

Antes de passarmos à busca dos nossos braços (ou sua ausência) no saber jurídico, é necessário que façamos um comentário a respeito da vitimização da mulher. Não ignoro o fato real dos crimes cometidos contra nós: somos sim vítimas de uma série de injustiças e violências físicas, psicológicas e morais, e o estudo das razões desta violência específica contra as mulheres é necessário, assim como o desenvolvimento de mecanismos mais efetivos para a sua prevenção, mas considero a construção de uma representação do feminino que coloca a mulher no papel da vítima por excelência ser não só uma das razões da manutenção da violência contra o sexo feminino como, uma vez incorporada pelas mulheres à imagem que fazem de si mesmas, ser um dos motivos pelos quais as próprias mulheres mantêm escondidas suas potencialidades, o que dificulta o seu exercício e acaba por ratificar novamente a violência e o preconceito contra a mulher.

O movimento feminista vai, obviamente, preocupar-se com a questão da violência contra a mulher. Estudos científicos (entre eles, principalmente os sociológicos e psicológicos) vão colaborar para o entendimento e a prevenção desta violência. A questão é: o argumento feminista sobre a violência, em especial a conjugal, é construído de forma a reconfirmar a posição da mulher como vítima e, nesta medida, reforçar a idéia de uma mulher passiva e submissa, revitimizando a mulher e trabalhando contra o seu próprio objetivo, que é colaborar para a libertação e capacitação femininas. Gregori (1992:123) afirma que, "neste tema, as feministas ressaltam sempre as situações em que as mulheres são as vítimas diretas. Violência contra crianças, violência entre mulheres e destas contra seus parceiros são consideradas como atos de resistência, de reação ou de reprodução de padrões de comportamento instituídos externamente." Essa análise se alia perigosa e inadvertidamente à concepção da mulher como não-sujeito. O ser passivo é o ser vitimado, pois se encontra submetido a alguém. Uma vez considerada preferencialmente como vítima, ela não é sujeito constituinte de sua ação ou destino, passando a ser vista como vítima inclusive quando age contra os outros.

A autora nos diz que "na explicação geral, a responsabilidade é atribuída a uma ordem normativa que hierarquiza papéis e padrões de comportamento para os sexos. Porém, na descrição que fazem dos casos há claramente um agente que coage, reprime e agride, e outro que é vitimado por essas ações e, quando muito, resiste ou reproduz/repete/imita ações do mesmo tipo. As mulheres aparecem, assim, como passivas, seja do ponto de vista da condição que as define enquanto gênero, seja nas situações concretas nas quais ocorrem os conflitos e embates" (p. 125) e sugere a responsabilidade exclusiva dos homens nos atos de violência, não conseguindo responder porque nem todas as mulheres apanham, devido justamente a esta explicação generalizante: "É nítida a perspectiva de generalizar para todos os casamentos violentos um conjunto de gestos, expectativas e padrões morais por parte dos agentes. Além disso, nesse conjunto de comportamentos é feita uma distinção entre os que estão associados aos homens e aqueles relacionados às mulheres. Os homens humilham e agridem; as mulheres têm medo, vergonha e se sentem culpadas. Os homens agem; as mulheres sentem" (p. 129).

Não se trata de culpar as vítimas, mas de desvitimizar a noção que temos de mulher, para que a violência não só diminua mas a capacitação do sujeito feminino aumente. Se os braços da Vênus

existem (e sabemos que sim), eles não são braços que pendem flácidos e cansados, nem são aqueles que pedem piedade. Se assim os considerarmos, eles não só já estão resgatados pela figura da mulher-vítima como já foram exaustivamente comentados, exibidos e fotografados, e o presente trabalho terminaria aqui. Indagar e contrapor-se à violência contra a mulher, assim como recuperar a força do feminino passa por abandonar a pressuposição de uma dualidade entre mulher/passiva/vítima e homem/ativo/algoz. No entanto, há que considerar que vítima e algoz formam um par e, enquanto pólos da mesma relação, compartilham de uma *linguagem comum*, sendo que a cada qual se vai atribuir e incorporar *falas complementares* às do outro, num processo que os define mutuamente.

E qual é a fala da vítima, o seu *script*? Gregori nos diz que é a *queixa* . A queixa é uma das situações mais importantes nas quais a mulher se produz – e não é apenas produzida – como não-sujeito, "porque é a narrativa em que a pessoa que é objeto de algum infortúnio constrói discursivamente a sua posição enquanto vítima. A queixa é uma construção descritiva. O narrador apresenta os fatos compondo os personagens: o eu vitimado e o outro culpado" (op. cit.:185). A queixa, enquanto monólogo, se assemelha à confissão. Ambas são auto-referentes e têm como tema a culpa. A diferença entre elas é que a queixa atribui a culpa a outro, enquanto na confissão a culpa recai sobre o próprio narrador. "Na queixa, o narrador expõe um contexto – mediante fatos descritos – para mostrar que ele é isento de culpa (...). Seu movimento é o da exteriorização (mais vale dizer o que o outro fez e discorrer sobre o que se sente em função dessa ação externa) e o da culpabilização. As mulheres, ao relatarem as situações de violência a que foram ou estão expostas, narram-nas mais sob a forma de queixa (...)" (p. 185-186).

Dessa forma, a queixa, na medida que é descrição das ações de outrem, que é o sujeito ativo da violência, coloca a vítima na posição secundária de objeto desta ação, de ser passivo: as mulheres, quando se manifestam na forma da *vítima queixosa*, esperam reconhecimento de si mesmas enquanto sujeitos; mas o que conseguem, ao desfilar suas condutas moralmente irrepreensíveis esperando daí o amparo e a possibilidade de verem seus agressores punidos, é a reafirmação de si mesmas enquanto não-sujeitos: a cada fala que reafirma a sua virtude, a vítima reafirma sua não-ação e, "nesse caso, a virtude não é fraqueza, nem tampouco é força. Ela é o meio pelo qual a vítima legitima sua situação enquanto tal" (p. 189). A queixa é portanto e paradoxalmente, cúmplice da violência: descreve o martírio, acusa o outro, afirma a boa conduta do queixoso "mas não consegue transpor a associação da violência a uma moralidade que contrapõe e, simultaneamente, ata interdito e transgressão, crime e castigo, virtude e pecado etc." (p. 188). O problema talvez esteja no fato de que, normalmente, "o conjunto de referências da vítima é o mesmo dos seus agressores. E, na maioria dos casos, elas – se queixando – não consideram relevante negar a ordem moral que apóia esse conjunto. A queixa torna-se, assim, produção de mesmice porque apenas reforça estereótipos.

Mas se as mulheres-vítimas cumprem um digno serviço à manutenção social, são um desserviço para si mesmas. Se é somente através dos outros que as coisas acontecem a elas, se somente o outro é responsável por seus sofrimentos, acabam por colocar-se fora do jogo: "A queixa é, portanto, expressão de um ódio que não favorece a evasão e a ação de confronto. Não é um contradiscurso, nem permite a formação de um contra-universo. As mulheres reconhecem – em suas queixas – que o mundo feminino é prisioneiro e que o masculino apresenta

maiores chances de liberdade (p. 192). Assim sendo, talvez possamos pensar que a modificação da fala da mulher-vítima (enquanto fala de um não-sujeito) tenha efeitos positivos não só para ela mas também para as suas relações: uma vez que a fala está conectada ao comportamento, este tende também a se modificar. A assertividade do discurso feminino sobre si mesmo e os outros, ao tomar o lugar da passividade, assim o fará também na ação, podendo reescrever o final de muitas tragédias femininas.

Vamos agora passear pelo saber jurídico e suas representações do feminino, para entender um pouco como estas representações determinam as leis de exercício, vigilância e castigo da cidadania feminina.

A sociedade resulta de uma série de escolhas de interações (no nível individual e coletivo). Quando fazemos escolhas individuais ou coletivas existe um risco imanente, que é de que aquilo que foi escolhido não se realize, surgindo daí uma desilusão, uma angústia. Já que esta desilusão é inevitável, serão necessários instrumentos que a *controlem*. Um desses instrumentos será a *expectativa cognitiva*: uma expectativa desenvolvida pelo pensamento que visa adaptar o ser humano à possibilidade da desilusão e prepará-lo para transformá-la em algum tipo de resposta compensatória.

Mas há outro instrumento para controle de desilusões, um pouco mais complexo e repressivo: a *expectativa normativa*. Ela não cede diante da desilusão, não aprende com os fatos. Pois bem, a expectativa normativa não se baseia somente no aprendizado social "informal", mas também em "códigos de comportamento", de "certo" e "errado". Mas como ela ainda contém uma possibilidade de transgressão, faz-se necessária a *institucionalização*.

A institucionalização se traduz pela *seleção de quem escolhe qual norma vai preponderar*, sendo que "quem escolhe" não é nem um dos dois interlocutores do discurso real e sim um terceiro, que é aquele que não está interagindo, mas que *deseja a manutenção da ordem*. Com a complexificação da sociedade, estes "terceiros" vão se tornando cada vez mais abstratos: não sabemos mais quem são eles e nem em que baseiam suas normas. Podemos presumir que esses terceiros fazem parte de um grupo com idéias específicas (ideologias) a respeito de como devem ser as coisas, e com poder político e/ou econômico para impor essas idéias que vão se generalizando em função do poder que eles detêm: estes terceiros são o Estado, instituição que vai se apropriar da violência, ou seja, vai destituir os indivíduos da sociedade da possibilidade de "fazer justiça com as próprias mãos" e deter para si o poder de legislar sobre a vida social, julgar e punir os indivíduos que transgredirem as regras. Em sociedades complexas, esta medida se faz necessária mas não sem prejuízos.

É deste contexto que surge o Direito: da necessidade de centralização estatal do controle da obediência a regras institucionalizadas de como devem ser as coisas. "Mais importante do que a imposição concreta, para o direito, é a garantia de uma expectativa. É importante gravar que o direito não vive porque todas as pessoas obedecem, mas porque uma expectativa de obediência é garantida" (Ferraz Júnior, 1980:100), o que não deixa de ser um ato violento: estar obrigado a obedecer. Assim, a violência não é um meio, mas a própria manifestação do direito. Não estamos falando da violência física, mas simbólica: aquela que se manifesta na *obediência* a uma norma pela *antecipação* de uma sanção e mais, uma obediência não só a normas, mas aos padrões de comportamento embutidos nas normas. Desta forma, o Direito se manifesta enquanto institucionalização de normas através dos Códigos de leis

que vão traduzir, portanto, uma série de representações sociais, tendendo a fixá-las como normas para a ação. "Representações e normas constituem, então, um corpo de prescrições que devem ser seguidas quando se quer conhecer ou quando se quer agir (...). O social e o histórico ficam submetidos ao *corpus* que tudo explica e que tudo prevê, mantendo identidades imaginárias entre o saber e a ação, graças à fixação imaginária e definitiva dos seus conteúdos" (Chauí, 1993:29).

Como vimos, as representações acerca da mulher e do feminino estão impregnadas de preconceitos, estereotipias, naturalizações e falsas verdades. Desta forma, o Direito ao normatizar as representações e torná-las leis, vai sedimentar (tornar Lei) a noção de feminino presente no imaginário social e controlar, vigiar e punir as mulheres que se afastam do "ideal" feminino, colaborando para mantê-las numa situação de desigualdade e desvantagem, dificultando o exercício de sua cidadania. Portanto, a luta que a mulher trava para quebrar os grilhões da submissão e da obediência passa também, e necessariamente, pela análise, discussão e mudança das leis que infantilizam, desvalorizam e mantêm as mulheres numa posição passiva diante de si e do mundo. Trata-se de evidenciar e combater a violência institucional contra a mulher.

É interessante perceber que o direito, enquanto instrumento de repressão do Estado, vai estar contaminado da mesma visão das mulheres a partir do masculino que ele: "A lei vê e trata a mulher como os homens vêem e tratam as mulheres" (Benton et al., 1993:135).[7] Isto fica claro nas leis civis, trabalhistas e penais sobre as mulheres. Privilegiaremos as penais, pois estas manifestam claramente a punição da mulher que transgride as normas de comportamento. A Vênus Mutilada *é lei*, enquanto a que tem braços *é delito*. É interessante observar as idéias da criminologia acerca da agressividade da mulher: em função da já comentada idéia de *natureza feminina*, durante muito tempo foi considerada desnecessária e irrelevante a discussão a respeito de sua criminalidade, uma vez se tratarem, as mulheres de sujeitos naturalmente dóceis e incapazes de atos agressivos.

Muitos trabalhos que abordam a criminalidade da mulher, o fazem sob o ponto de vista da comparação entre criminalidade feminina e masculina. Dos trabalhos lidos por nós, todos são unânimes em afirmar o pequeno interesse da criminologia em estudar a delinqüência feminina em função de ela ser estatisticamente muito menor que a masculina, ou, segundo Hofmeister (1990:38) "pela hipótese errônea de que ela reproduz os aspectos gerais da criminalidade masculina". O mesmo autor aponta o escasso valor atribuído às manifestações de desajuste social da mulher como a razão principal do desinteresse pelo seu estudo. Já Norrow (s.d:106), ao afirmar que "Quando uma mulher, ela e somente ela, por si mesma, ainda que inconscientemente, tenta ou aceita derrubar certos preceitos de uma moral organizada, diz-se que a perda é total, passando a ficar em jogo sua própria segurança, e isto é tanto pior, porque se reflete na segurança da Família, indo atingir em cheio, inclusive, os alicerces de algo muito importante que se chama Segurança Nacional, parece dizer que o silêncio a respeito da criminalidade feminina tem motivos muito mais sérios". Apesar de algo paranóica, a afirmação faz sentido num âmbito mais geral. É óbvio que essa omissão tem raízes mais profundas e é certamente muito suspeita, pois abarca metade da humanidade. Zaffaroni (1995) diz que "sempre que um aspecto do poder punitivo se omite no discurso crimino-

(7) "The law sees and treats women as men see and treat women".

lógico e jurídico penal, a omissão é suspeita. Isto obedece ao que hoje sabemos ser o poder punitivo perverso, porque se curva, se enrosca, nos envolve, nos prende e imobiliza. A experiência nos ensina que a omissão no discurso que o explica, por regra, oculta uma das facetas de sua perversão" (p. 23).

As razões perversas da omissão do estudo da criminalidade feminina se encontram na função do poder punitivo. Ele é um poder que encara o crime como "individual" e "masculino", mascarando as agências sociais de criminalização para evitar uma análise de seu próprio papel neste processo. Estudando também a criminalidade feminina estaria o tal poder assumindo que, uma vez sendo o crime um fenômeno de toda a humanidade, ou somos todos ruins por natureza ou a criminalidade tem raízes sociais. Sabemos que as razões desta omissão não estão na tentativa de esconder a maldade humana, mas na evitação da crítica ao próprio poder como gerador das desigualdades que levam, falando de maneira geral, ao crime. Ao mesmo tempo, levam este poder a afirmar a desigualdade feminina, de forma "gentil": "Isto permitiu ao discurso criminológico afirmar, com generosidade e cavalheirismo, que a mulher delinqüi menos. O pensamento simplista era no sentido de que 'se há menos mulheres encarceradas, é porque cometem menos delitos'. Isto, por certo, não era visto como um sinal de superioridade, mas sim (...) de sua natural inferioridade ou tontice: os meninos também delinqúem menos" (p. 24).

Hofmeister (1990:43) acaba por concluir que "delinqüência e feminilidade correspondem a conceitos antitéticos, onde a mulher para tornar-se delinqüente deveria renunciar à própria feminilidade. Não assim o homem". De alguma forma, nos parece que o fato de a criminalidade estar relacionada à uma posição *ativa*, e o conceito que se tem a respeito das mulheres ser predominantemente *passivo* e *submisso*, faz da mulher criminosa uma categoria extremamente contraditória, e das duas uma: ou a mulher que pratica o crime o faz em legítima defesa própria ou da família (o que a transforma de sujeito ativo em sujeito passivo), ou não é mulher normal: está louca, "masculinizada" ou "possuída" por aquela parte de sua natureza que foi a responsável pelo pecado original.

Zaffaroni (op. cit.) afirma que "não é necessário possuir uma grande perspicácia para se dar conta de que estas perspectivas não fazem mais do que recorrer ao conjunto de falsidades ordinárias que, em forma de preconceito de gênero, pretendem legitimar o papel subordinado da mulher. A esses mesmos preconceitos deve-se atribuir o fato de que, inclusive hoje, a comunicação massiva continua apresentando a mulher criminalizada por um fato violento ou como a mais fria e desapiedada ('estereótipo psicopático'), ou como um puro instrumento de poder viril de seu partícipe ('estereótipo oligofrênico')" (p. 25).

Voltemos ao anteriormente citado "tratamento diferencial dado às mulheres pelos agentes da lei". Estamos falando de *paternalismo*, que, através de uma pretensa punição mais leve e tratamento diferenciado dados às mulheres pelo direito penal, esconde as "franjas" da vigilância e de uma punição até mesmo mais severa. É muito comum a referência a um tratamento "cavalheiresco" dado à mulher, pela lei. "Neste aspecto, a condição feminina funciona principalmente como atenuante. Numa segunda acepção, a condição feminina é principalmente álibi; a mulher, por seu modo de inserção na prática social, não pode ser criminosa. Por que ela está em casa, não pode ter cometido crime que se dá na rua" (Lima, 1982:141). Mas também pode ser muito mais criminosa que o homem, na medida em que ela é a tentação, a força perversa

que induz o homem ao crime: "'O homem delinqüi em seu lugar e por sua causa' (...) 'ela é quase sempre autora indireta dos crimes praticados pelo homem', 'a mulher, embora domesticamente virtuosa não possui a consciência social do homem; extremamente vaidosa, é capaz de, por mero capricho, estimular o homem ao crime'" (Caneppa apud Luz, op. cit.:142).

Este paternalismo/cavalheirismo é, no mínimo, ambíguo. Boneparth (1983:166) afirma que, nos Estados Unidos, estudos demonstram que o tratamento para as mulheres agressoras é mais leve, a menos que se trate de crimes que envolvam a sexualidade: para estes últimos, as mulheres recebem tratamento mais severo do que os homens. Mas isto não é, infelizmente, privilégio dos americanos. A reforma da legislação penal ocorrida em virtude da reorganização da estrutura do Estado brasileiro, que se inaugura com a Revolução de 30 e se consolida durante o Estado Novo, reorganiza a prática do sistema penal brasileiro, através da modificação da estratégia de funcionamento de seus aparelhos de internamento, redefinindo a forma e o conteúdo do novo papel sociopolítico das prisões. Francisco Campos apud Lima diz que "urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudo-direitos individuais em prejuízo do bem comum (...). Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código Penal" (Luz, op. cit.:130).

O sentido da modificação vai ser, então, a da suspensão do poder da sociedade civil, concomitantemente à tutela cada vez maior do Estado sobre os "direitos" do delinqüente, enfraquecendo a capacidade de resistência da sociedade diante da repressão estatal e tornando o indivíduo sujeito a definições de ordem "legal", estando ele cada vez mais preso à malha da legislação penal. Desta forma, a culpa do indivíduo pode ser agora "pressuposta" e a prisão em flagrante se redefine e se estende. A "periculosidade" do indivíduo vai agora poder ser determinada em termos psiquiátricos, através da anamnese de sua personalidade, antecedentes e vida moral (incluindo como "perigosos" também os doentes mentais), sendo que esta avaliação torna a definição de periculosidade bastante imprecisa e sujeita ao arbítrio do sistema. Em relação às mulheres, as conseqüências deste arbítrio serão bastante graves. Em primeiro lugar, em razão das condições específicas do trabalho feminino tido como "desnaturalizador" da maternidade e feminilidade, a mão-de-obra feminina vai se tornar cara (pela "especial deferência" das leis trabalhistas para com a mulher, baseada em sua fragilidade, moralidade e sanidade específicas), acabando por impedir sua contratação, substituindo-a por homens.

Assim, "uma grande massa de mulheres neste processo de marginalização, acaba por participar também do agregado de tarefas marginais. Ora, é exatamente sobre (...) *este grupo – os pobres* – (...) que se abate por excelência a ação do mecanismo policial-prisional e, portanto, um crescente número de mulheres proletarizadas e marginalizadas do processo industrial vai ser colhido pela mecânica da delinqüência" (Lima, op. cit.:135). Este fato está representado, historicamente, pela abertura da primeira prisão exclusivamente feminina no Brasil – a Penitenciária de Mulheres de Bangu, no Rio de Janeiro, em 1941. É interessante notar que ao primeiro ano de vida da Penitenciária de Mulheres corresponde uma ação repressiva à prostituição.

É necessário apontar qual a imagem penal da mulher criminosa, elaborada pela nova legislação, que não só confirma representações anteriores como acrescenta a ela dados novos, colaboran-

do para a progressiva caracterização da mulher criminosa como "doente" e "antifeminina". Mas, afinal, quem ou o que é a mulher criminosa? Quando a mulher comete crimes, na prática, ela é "louca", está fora de sua natureza: "a mulher tem que se louca para cometer um crime. Esse tipo de imagem é patológica, isto é, a mulher diretamente criminosa é, para além da ordem da criminalidade, um fato de 'anormalidade'" (Lima, op. cit.:142). Doente, fora de sua natureza, a mulher que chega a ser presa vai passar, na prisão, por um método de "recuperação" que atende à "restauração" de sua feminilidade. A mitologia penal sobre a mulher vai determinar a maneira como serão "tratadas" as prisioneiras: "Recuperar a face desejável da santa e segregar a face abominável do demônio" (p. 143), ou seja, "redomesticar" a criminosa.

A prisão será o lugar de se reabilitar a mulher e seus instintos "positivos" (domésticos) e de conter e expurgar seus instintos "negativos" (sexuais). A prisão será lugar de redenção e exorcismo. É por isso que a administração da primeira prisão feminina será entregue às freiras do Bom Pastor: "São as religiosas do Bom Pastor as mais indicadas para empreender a reeducação das prisioneiras, tendo elas maior discernimento para saber, inclusive, orientá-las em suas tendências positivas – a domesticidade (...). A tarefa da prisão feminina é de natureza essencialmente diferente da do homem. Nesta, a vontade da recuperação é referida a um espaço restrito da sociedade: o lar. Quer-se recuperar mãe e esposa. A sociedade é vista como um espaço de publicidade; tem, na sua base, o mundo do trabalho; o lar é qualquer coisa de anterior a isso (...). Essa diferença vai ter efeitos sobre a origem e a forma técnica da prisão feminina (...) será a noção de domesticidade que presidirá seu modo de funcionamento e, pelo menos em seu período inicial, a prisão feminina seguirá o modelo do internato-convento" (Lima, op. cit.:145-146).

Mas, mais especificamente, quais são, hoje, os principais focos de repressão e desvalorização da mulher no direito penal? Devemos começar pela prostituição pois ela, desde sempre, foi considerada o crime feminino por excelência. A vadiagem vai servir como "recurso eufemístico" para deter a prostituta pois, muito embora a prostituição não constitua crime em nossa legislação, não é também considerada "trabalho lícito". A intenção de controle, repressão e vigilância da mulher prostituta é clara. Uma vez que a vadiagem pressupõe a periculosidade do indivíduo, e a grande maioria das mulheres detidas por vadiagem são prostitutas, teremos na prostituição, muito embora não definida como crime, indício penal para determinar a "periculosidade" da mulher.

A prostituição é uma figura jurídica ambígua e passível de ser punida sem que, no entanto, se assuma a sua existência, Mendes (1973) usa a expressão "nefanda experiência no dorso da sociedade" (p. 133) para definir a prostituição. Criminalista importante e premiado, o autor dedica em sua obra *Criminologia – estudos* um capítulo inteiro para comentar os aspectos criminológicos da prostituição. Apresento aqui algumas de suas idéias principais, para que possamos visualizar o aspecto moral da repressão à prostituição e suas conseqüências para a mulher prostituta, no que tange aos seus direitos. Segundo ele, "o próprio termo 'prostituição' vem do latim *prosto* que significa 'estar saliente' 'salientar-se', 'sobressair-se', e que nós poderíamos representar pela atitude da mulher oferecendo-se". A definição não oferece, aparentemente, nenhum problema, apenas o fato de ser *apenas a mulher* o sujeito agente.

Nossa lei criminal pune o tráfico de mulheres e a exploração das mesmas,

deixando de fora da lei a prostituta propriamente dita. Poderíamos pensar num "benefício" que a lei a ela concede mas, na verdade, trata-se de negar sua existência para melhor poder agir sobre ela: a prostituta não seria criminosa nem trabalhadora, mas uma "doente" moral e orgânica, que deve ser "tratada" (ou banida), pois ela representa um "mau exemplo" de feminino, pois torna "pública e notória" a sexualidade feminina. E percebemos que o pecado é tanto maior quanto mais público ele for: segundo Engel (1989:88) "o Dr. Macedo Júnior divide as prostitutas públicas da cidade do Rio de Janeiro em quatro classes, sendo as três primeiras de acordo com 'o luxo em que vivem' e, a última, segundo 'o modo especial por que vivem, isto é, em *colégios ou bordéis'. As mulheres públicas de primeira classe, ainda que pela 'arte de seduzir' representassem uma ameaça à moral da 'mocidade inexperiente e incauta', são 'recatadas' e 'comedidas' no seu modo de vida, pois 'não consentem que em suas casas se representem cenas de libertinagem e devassidão; ...não incomodam os vizinhos com palavras e gestos indecentes; nas janelas de suas casas e nas ruas afetam um ar de gravidade, que dificilmente deixa transparecer a fealdade de sua conduta'.*

Parece que tanto o Código Penal quanto os criminalistas compartilham a idéia de que, em termos de prostituição, "o que os olhos não vêem, o coração não sente"...Mas isso não é verdade, principalmente para quem deve "se esconder dos olhos": se não é nem crime nem trabalho, está banida da esfera social. O feminino vai ser "limpo" de suas características "perversas" através do banimento da prostituição, banimento este nomeado de "higienização social": "Identificado à paixão e oposto ao amor, o corpo da prostituta é classificado como lugar da perversão, da depravação e, portanto, da esterilidade. Neste sentido, a prostituta é considerada um obstáculo físico e moral à viabilização do projeto de higienização do corpo *(e da sociedade)*. 'Mulher perdida', 'mulher dissoluta', 'mulher decaída', a prostituta é a 'mensageira do vício' (...), a concepção de prostituta é, deste modo, construída fundamentalmente através da oposição ao papel de esposa/mãe" (Engel, op. cit.:83-85).

Ignorar, negar e ainda assim perseguir as prostitutas não as ajuda em nada enquanto mulheres. Sem qualquer espaço social, essas mulheres não têm direito à cidadania. Sem voz, são uma sombra, silenciosa da marginalização. Não têm direito nem mesmo a registrar organizações que visam ajudá-las e lutar por seus direitos: "Nós já temos associações pelo Brasil, que existem de fato, mas não de direito, porque no momento em que vamos registrá-las, somos enquadradas como facilitadoras da prostituição (...)" nos diz Leite (1995:463), prostituta e socióloga. O reconhecimento social da prostituta é o caminho para a conquista da cidadania, e da dignidade das mulheres que exercem este ofício. Urgente é, portanto, a revisão do Código Penal em relação à prostituição. "Crime silencioso", marginalidade que fala alto: "as pessoas dizem que o que acaba com a prostituta é fazer sexo. Nós não acreditamos nisso. O que acaba com a pessoa é a absoluta falta de condições de trabalho" (Leite, op. cit.:467). E de cidadania.

Interessante também é analisar a questão dos crimes passionais em relação à questão feminina: o aspecto da desqualificação do crime e da criminalidade feminina em nome da confirmação e continuidade do modelo social de papéis sexuais feita pelas instituições jurídicas é amplamente abordado por Corrêa (1983). A autora realizou uma exaustiva pesquisa de processos judiciais referentes a crimes de homicídio e tentativas, entre casais. O que se pode notar é que o processo judicial, bem como os *atores*

jurídicos realizam o julgamento de forma a não julgar somente o crime cometido, mas toda a conduta moral da vítima e do acusado, terminando por condenar aqueles que não se ajustam ao papel sexual a eles conferido, e por absolver os outros que, apesar de terem cometido o crime, são *mulheres* e *homens padrão* (em resumo, os julgamentos são predominantemente ideológicos): "O que os processos estudados nos revelam em última análise é que sofrem maiores condenações aqueles que são apresentados como os mais inadequados ao modelo de comportamento social implícito nos códigos e explicitados na sua aplicação... A absolvição sendo possível, não é o crime que é julgado, mas a situação em que ele foi cometido e a biografia de quem o cometeu, quer dizer, como essa situação e esse acusado são apresentados em público; mas antes de absolver ou punir sob o pretexto do crime, é preciso enfatizar os resultados subjetivos de causas objetivas que não serão mencionadas. Um homem deve trabalhar para o sustento de sua família e uma mulher deve manter-se fiel a esse homem, e se isso não ocorre, sempre é melhor não investigar porquê" (p. 308-310).

A investigação do porquê vai contra os objetivos do aparelho repressivo estatal, pois esta investigação instauraria uma ambigüidade a respeito dos padrões de comportamento vigentes que não seria muito produtiva numa sociedade que trabalha sobre estereótipos, e se mantém através deles. Com relação às mulheres acusadas, especificamente, a autora nos apresenta um quadro onde a defesa vai alegar, predominantemente, a legítima defesa, apoiando-se na vitimização anterior da acusada e em sua *ilibada reputação*, seus dotes como mãe, esposa e dona de casa e de eterna vítima passiva. As coisas ficam mais complicadas quando a mulher acusada não é dependente financeiramente do parceiro, ou pesam sobre ela suspeitas ou provas de *infidelidade*. Conclui-se que a mulher terá tanto mais chances de ser absolvida quanto mais dependente, passiva e doméstica tiver sido ao longo de sua vida (tanto no período de duração de seu relacionamento com a vítima quanto antes).

Mas a tão necessária passividade feminina se apresenta ambígua: "Se é certo que a mulher sofre um aprendizado que a transforma numa vítima em potencial em qualquer relação, este aprendizado não produz apenas os sinônimos de fraqueza, mas também os seus antônimos; ela deve ser forte em relação aos filhos, ela pode ser autoritária em relação às empregadas domésticas, ela deve ter uma 'força moral' para resistir às tentações do mundo fora do lar... Essa ambivalência, essa contradição presente na sua aprendizagem como mulher, pode ser usada contra ela ou a seu favor, dependendo do contexto" (Corrêa, op. cit.:297-298). Os casos analisados ilustram este fato: Lia, a esposa que matou o marido para defender o filho, *fez a opção errada*, deveria ter atirado no filho, que merecia toda a severa punição que o pai lhe estava aplicando; porém Marta, quando mata o pretenso amante para evitar ser expulsa de casa pelo marido, *agiu como boa esposa*, matou para proteger o seu lar.

A "permissão" jurídica para o ato agressivo feminino aparece nos casos em que a mulher mata para defender sua honra. Soihet (1989) afirma que a honra da mulher está vinculada à defesa da virgindade ou da fidelidade sexual e o ato agressivo feminino, nestes casos, é passível de "perdão" legal, uma vez que reafirma o modelo de mulher vigente. No caso de Biasina Siciliano, casada, que mata Francisco Santoro porque este a constrange e ameaça sexualmente enquanto seu marido está fora, a defesa diz que a acusada, desesperada em função das ameaças de morte de Francisco "'lançou mão de uma face de cozinha que ali encontrou e com ela, deu várias cuteladas

em seu ofensor, não só para dele se livrar como para desafrontar sua honra ultrajada'" (Soihet, op. cit.:305). A autora diz que a defesa de Biasina (...) "não se pauta em aspectos essenciais como o significado de tal ato, em termos do desrespeito à pessoa humana, da integridade individual da mulher, do direito desta dispor de seu corpo. A defesa acentua, apenas, a questão da honra feminina, cujo significado para a sociedade é o único relevante, em termos do atentado à propriedade que este tipo de violência representa para o marido ou pai e, por extensão do sistema garantidor dessa instituição" (p. 305-306).

Voltemos à questão da desqualificação da *atividade* feminina no crime em prol de sua *passividade*, pela alegação preferencial de *legítima defesa*: segundo Douglas (apud Corrêa, 1983:290) trata-se de um "'ritual de anulação', *isto é*, a agressão cometida deve ser transformada num ato de reação porque a um ser idealmente passivo não se permite uma ação". Ora, quando alguém mata, toma uma decisão, torna-se sujeito de seu discurso, interfere no curso dos acontecimentos, é, portanto, sujeito ativo (não levando em conta, aqui, a valoração moral do ato). Porém, quando alguém mata para defender-se, mata acuado, em resposta a uma ação que é, inicialmente, de outrem: é, portanto, sujeito passivo. "Num certo sentido, *portanto*, a escolha do argumento de legítima defesa, e seu sucesso, como escusa para o comportamento dessas mulheres, é adequado se elas são vistas como estando numa posição acuada. Se num determinado momento elas tomam o gesto de afirmação em suas mãos, de dominância sobre seu parceiro, é para em seguida abdicar dele socialmente e colaborar com a fábula que restabelece as posições adequadas. A contradição entre o papel passivo adscrito à mulher nessa sociedade e o papel ativo por ela desempenhado ao matar é resolvida pela argumentação que a recoloca em seu lugar original... E é uma ironia que o fato de a mulher ser habitualmente apresentada como um ser passivo, como vítima, torna difícil a tarefa de representá-la como agressora, mesmo a partir de um ato concreto e inescapável de agressão" (Corrêa, op. cit.:290-291) "(...) Verifica-se que a situação de agressividade por parte da mulher só é aceita em situações nas quais esteja em jogo a sua honra, conceito que, como vimos, na mulher é sexualmente localizado, constituindo na defesa da virgindade ou da fidelidade (...)" (p. 325).

A necessidade de provar uma boa reputação também traz dificuldades para que a mulher consiga provar que sofreu determinado abuso. No caso, citaremos o estupro, que é crime contra a liberdade sexual em nossa legislação. Estudiosos criticam essa classificação, pois "esta visão obnubila as motivações que tem o delinqüente ao cometer a agressão sexual. Isso porque, crer que unicamente o instinto sexual e o desejo de manter relações sexuais move o estuprador, deixa de lado as verdadeiras razões que este tem, e que podem ser, entre outras, exercer poder e agredir, através do sexo, sua vítima. O bem jurídico protegido não pode ser, portanto, a tutela da sexualidade" (Alvarado, 1995:211). Sob este ponto de vista, o estupro deveria estar classificado como crime contra a pessoa, em toda a sua integridade. "A partir de uma nova perspectiva, pretendemos tipificar como estupro qualquer forma de agressão sexual que deprecie a condição humana, destrua a personalidade da vítima e ultraje um dos direitos humanos mais elementares: a integridade pessoal" (p. 216). Um fato que chama a atenção e que deve ser observado é que somente a mulher pode ser vítima deste crime, que se configura na conjunção carnal, conforme diz o artigo 213 do Código Penal: "Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça" (CFEMEA, 1993:61).

Outro problema se localiza na denúncia e prova do estupro. A denúncia deve partir da vítima, não se mobilizando o Estado nos casos em que esta não se manifesta: a mulher é quem deve decidir ou não se apresenta queixa e, se apresentá-la, vencendo a vergonha e o medo, enfrenta outro problema: a representação social da *vítima-sedutora* e da *mulher mentirosa*. A vítima-sedutora se manifesta nas perguntas e insinuações das autoridades policiais a respeito da vida moral e dos comportamentos da mulher: "Por exemplo, pode ser determinante se é ou não virgem a mulher violada; se 'provocou' ou não a agressão por vestir uma mini saia; se encontrava ou não fora de sua casa, altas horas da noite, quando o fato ocorreu" (Alvarado, op. cit.:212). O estereótipo da mulher-mentirosa aparece na necessidade de que provas físicas e testemunhais corroborem o depoimento da vítima: a dificuldade encontrada pela mulher em provar o crime de estupro é um exemplo gritante das discriminações e preconceitos contra a mulher na legislação; é preciso provar "a resistência, até o esgotamento das forças da vítima, existência de sinais de violências, de ameaça de risco de vida e presença de esperma na vagina" (Silva, 1992:121).

É fácil notar, através da severidade de provas físicas do estupro, quanto o testemunho feminino é desacreditado. Isto em função da idéia corrente de que a mulher é mais suscetível à mentira em função de sua natureza feminina ao mesmo tempo frágil, maternal, sedutora e insidiosa. Scutt (1992) aborda a descrença que juízes e demais agentes da lei depositam na palavra feminina, a ponto de exigir provas médicas para constatar um estupro que todos, a olho nu e pela palavra da vítima, poderiam constatar: "O sistema legal tem sido geralmente cético a respeito da habilidade feminina de dizer a verdade. Na lei, honestidade aparece como uma característica ligada ao sexo... A regra que a palavra de uma mulher de que ela foi vítima de estupro, na corte, deve ser corroborada por outra evidência antes que um homem acusado possa ser condenado, coloca a mulher na mesma categoria de cúmplice do crime"[8] (p. 442) e conclui que é urgente reformar o sistema legal, para que a credibilidade feminina seja recuperada e as mulheres sejam levadas a sério pois só assim garantir-se-á à mulher a mesma concessão que é oferecida aos homens. Discussões sobre os temas anteriormente citados e também sobre o aborto e o direito da mulher de deliberar sobre o próprio corpo; a retirada do qualificativo "mulher honesta" dos crimes sexuais praticados mediante fraude, entre outros, colaboraram para modificação do *status* da mulher perante a lei penal e, conseqüentemente, aumentariam as possibilidades de uma cidadania real para as mulheres.

5. Um arremedo de conclusão

Espero ter deixado clara minha proposta: para a construção de uma representação social da mulher integral é necessário que se integre a ela a sua agressividade. Mas, como já dissemos, não adianta "remendar" a antiga representação, pois não desejamos fazer da Vênus sem braços um Frankenstein: o que propomos é a construção de uma nova representação do feminino, baseada nas impressões das mulheres sobre si mesmas. A agressividade feminina, reencontrada e integrada à figura da mulher, redimensiona e transforma o todo anterior (que não era todo, posto que lhe

[8] "The legal system generally has been sceptical of women's ability to tell the truth. In law, honesty appears to be a sex-linked characteristic... A rule that a woman's word in court that she was a victim of rape should be corroborated by other evidence before an accused man could be convicted placed the woman in the same category as an accomplice to a crime".

faltava uma parte). Assim, o resgate da agressividade feminina na psicologia traz a possibilidade da compreensão da mulher enquanto ser total, capacitado para si e para o exercício de suas capacidades no mundo. Digo *possibilidade* porque a mudança do discurso psicológico a respeito da mulher não é o bastante para *garantir* a sua cidadania. Faz-se necessário rever também as leis que disciplinam o exercício das potencialidades femininas na vida social. Aí é que entra a importância do resgate da agressividade feminina no Direito e no saber jurídico como um todo.

Tivemos a oportunidade de vislumbrar de que forma o saber jurídico e as leis oprimem, infantilizam, vigiam e punem a mulher. É preciso intervir na produção legal e apresentar discursos alternativos aos "oficiais". Isto vem sendo feito através de projetos de lei contra a discriminação da mulher no âmbito civil, penal e trabalhista; na luta dos Movimentos de Mulheres pela conquista de direitos; no dia-a-dia das mães, esposas, prostitutas que "brigam" para sair das sombras, nas trabalhadoras que lutam por igualdade etc. e em movimentos femininos, organizados ou não, reconhecidos ou não, que batalham para a construção de um saber jurídico que, ao invés de vigiar e punir a mulher, a reconheça como ser humano independente e capaz e permita que esta nova condição se manifeste.

Termino este artigo feliz por poder participar desta aventura que é descobrir no conhecimento o que nele será escondido, ou faltando, ou negado: a aventura de descobrir sujeitos por detrás das coisificações, descobrir vida onde só havia palavras, sabendo que o trabalho jamais será bastante... Seja como for, os braços de Vênus só serão encontrados quando as Vênus, Evas, Marias, Amélias, Desdêmonas e seus companheiros de estrada dirigirem seus braços e olhares para a existência e importância da força da mulher na reconstrução do mundo, e lutarem para resgatar o que a sociedade deixou na sombra, e que acabou por sugar luz e força de si própria, impedindo sua evolução. Resgatar o que foi banido é, de certa forma, alimentar de possibilidades o vir-a-ser, ampliar o desejo e usar inteligentemente a única virtude que Pandora deixou em sua caixa: a esperança.

Bibliografia

ALBERTINI, P. *Reich: história das idéias e formulações para a educação.* São Paulo : Ágora, 1994.

ALVARADO, A. "Estupro: o debate e as limitações da dimensão sociojurídica. *Mulheres vigiadas e castigadas (Seminário Regional "Normatividade Penal e mulher na América Latina e Caribe").* Trad. Silvia Pimentel. São Paulo : Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, Cladem – Brasil, 1995. p. 209-224.

BENTON. R. *et al* "Breaking the law, a metaphor for female empowerment: women in film. *The Journal of the American Academy of Psychoanalysis*, s. l., vol. 21, n. 1, p. 133-147, primavera/1993.

Bíblia – Mensagem de Deus. São Paulo: Ed. Loyola, 1983.

BONEPARTH, E., edit. *Women – power and policy.* s/l: Pergamon Press, 1983.

BYINGTON, C. *Estrutura da personalidade: persona e sombra.* São Paulo : Ática, 1988.

CANDIDO, A. "A verdade da repressão". *Revista USP*, São Paulo, n. 9, p. 27-30, março-abril-maio, 1991.

CASTRO, T.L. de. *A mulher e a sociogenia.* Rio de Janeiro : Francisco Alves, s.d.

CFEMEA. *Pensando nossa cidadania: propostas para uma legislação não discriminatória.* Brasília, DF: CFEMEA – Centro Feminista de Estudos a Assessoria, 1993.

CHAUÍ, M. *et al. Perspectivas antropológicas da mulher 4 – sobre mulher e violência.* Rio de Janeiro : Zahar, 1985.

CHAUÍ, M. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas.* 6. ed. São Paulo : Cortez, 1993.

CHEVALIER, J. e GHEERBRANT, A. *Dicionário de símbolos: mitos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números*. Trad. Vera da Costa e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro : José Olympio, 1990.

CLARKE, J. J. *Em busca de Jung – indagações históricas e filosóficas*. Trad. Ruy Jungmamm. Rio de Janeiro : Ediouro, 1993.

CORRÊA, M. *Morte em família: representações jurídicas de papéis sexuais*. Rio de Janeiro : Graal, 1983.

CROMBERG, R.U. "O fantasma do fim da história e a positividade do princípio feminino". *Psicologia USP*, São Paulo, vol. 5, ns. 1/2, p. 197-219, 1994.

ENGEL, M. *Meretrizes e doutores – saber médico e prostituição no Rio de Janeiro (1840-1890)*. São Paulo : Brasiliense, 1989.

ESTÉS, C.P. *Mulheres que correm com os lobos – mitos e histórias do arquétipo da mulher selvagem*. Trad. Waldéa Barcellos. 9. ed. Rio de Janeiro : Rocco, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, T.S. "Institucionalização da violência". *Ciência penal: doutrina, jurisprudência, legislação*. Rio de Janeiro, ano VI, n. 1. p. 93-104, 1980.

FERREIRA, A.B. de H. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, s.d.

FREUD, S. "Três ensaios sobre a teoria da sexualidade". *Obras completas*. Trad. José O. de A. Abreu, Rio de Janeiro : Imago, 1972, vol. VII, p. 135-252.

——. "O mal-estar na civilização". *Obras Completas*. Trad. José O. da A. Abreu, Rio de Janeiro : Imago, 1974, vol. XXI, p. 81-171.

——. "A psicogênese de um caso de homossexualismo numa mulher". *Obras completas*. Trad. José O. de A. Abreu, Rio de Janeiro : Imago, 1976, vol. XVIII, p. 185-212.

——. "Algumas conseqüências psíquicas da distinção anatômica entre os sexos". *Obras completas*, Trad. O. de A. Abreu, Rio de Janeiro : Imago, 1976, vol. XIX, p. 309-320.

GREGORI, M.F. *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e prática feminista*. São Paulo : Paz e Terra, 1992.

HARDING S. "A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista", *Revista de Estudos Feministas*, CIEC – Escola de Comunicações da UFRJ. Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 7-29, 1993.

HEILBORN, M.L. "Gênero e hierarquia". *Revista de Estudos Feministas*, CIEC – Escola de Comunicações da UFRJ, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 51-82, 1.º semestre 1993.

HOFMEISTER, C.F. "A criminologia e a criminalidade feminina e juvenil". *Revista da Escola do Serviço Penitenciário do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 1, n. 4, p. 32-50, jul.-set., 1990.

JUNG, G.G. *A prática da psicoterapia*. Trad. Maria L. Appy. Petrópolis : Vozes, 1985.

——. *Psicologia do inconsciente*. Trad. Maria L. Appy. Petrópolis : Vozes, 1987.

LAPLANCHE, J. *Vocabulário da psicanálise – Laplanche e Pontalis*. Trad. Pedro Tamen. São Paulo : Martins Fontes, 1992.

LEITE G.S. "Prostituição: máscaras antigas, nova cidadania". *Mulheres vigiadas e castigadas (Seminário Regional "Normatividade penal e mulher na América Latina e Caribe")*. Trad. Silvia Pimentel. São Paulo : Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, Cladem – Brasil, 1995, p. 463-470.

LÉVI-STRAUSS, C. *As estruturas elementares do parentesco*. Petrópolis/São Paulo : Vozes/Edusp, 1976.

LIMA, E. de M. "Delinqüência e mulher na legislação penal de 40". Apud LUZ, M.T., org. *O lugar da mulher: estudos sobre a condição feminina na sociedade atual*. Rio de Janeiro : Graal, 1982, p. 129-146.

LUZ, M.T., org. *O lugar da mulher: estudos sobre a condição feminina na sociedade atual*. Rio de Janeiro : Graal, 1982.

MEAD, M. *Sexo e temperamento*. Trad. Rosa Krausz. 2. ed. São Paulo : Perspectiva, 1979.

MENDES, N.P. "Criminologia Feminina". *Justitia*, São Paulo, ano XXXII, v. 70, p. 43-46, 3.º trim. de 1970.

MUSZKAT, M. *Desejo de mulher*. Rio de Janeiro : Rosa dos Tempos, 1994.

SEABRA, Z. *Identidade feminina*. 2. ed. Petrópolis : Vozes, 1985.

NORROW, A. *O sociopata: fundamentos da sociopatologia (psicopatologia e criminologia)*. S.l, s.d.

PAIVA, V. *Evas, Marias e Liliths – as voltas do feminino*. 2. ed. São Paulo : Brasiliense, 1993.

PIERON, H. *Dicionário de psicologia*. 10. ed. rev. e ampl. Trad. Dora de B. Cullignan. Rio de Janeiro : Globo, 1996.

PRADO, D. *Esposa: a mais antiga profissão*. 2. ed. rev. São Paulo : Brasiliense, 1995.

REICH, W. *A função do orgasmo*. Trad. Maria da G. Novak. 14. ed. São Paulo : Brasiliense, 1988.

SCUTT, J.A. "The incredible woman: a recurring character in criminal law". *Women's Studies International Forum*, Oxford, vol. 15 n. 4, p. 441-160, jul./aug. 1992.

SILVA, M.V. *Violência contra a mulher: quem mete a colher*? São Paulo : Cortez. 1992.

SOIHET, R. *Condição feminina e formas de violência – mulheres pobres e ordem urbana 1890-1920*. Rio de Janeiro : Forense e Universitária, 1989.

TOSI, L. "Aspectos culturais da reprodução e da sexualidade feminina". *Cadernos do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre a Mulher* – UFMG, Belo Horizonte, n. 3, p. 18-35, 1987.

ZAFFARONI, E.R. "A mulher e o poder punitivo". *Mulheres vigiadas e castigadas (Seminário Regional "Normatividade penal e mulher na América Latina e Caribe')*. Trad. Silvia Pimentel, São Paulo: Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, Cladem – Brasil, 1995, p. 23-38.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.3

POLICIAMENTO COMUNITÁRIO: A EXPERIÊNCIA EM SÃO PAULO

PAULO DE MESQUITA NETO

Apesar das limitações do policiamento comunitário e das dificuldades para sua implantação no Brasil, o policimento comunitário pode contribuir para melhorar a atuação da polícia no controle da criminalidade e na manutenção da ordem pública e aumentar o respeito dos policiais à lei e aos direitos humanos no país.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Policiamento comunitário – 3. Policiamento comunitário em sociedades divididas – 4. Policiamento comunitário em São Paulo – 5. Policiamento comunitário e dados sobre criminalidade e violência policial – 6. Tornando o policiamento comunitário mais eficaz e mais humano – Apêndice.

1. Introdução

A polícia em quase todos os estados do Brasil está sob grande pressão da sociedade civil, da imprensa e do governo para se reformar e se transformar numa polícia capaz de conquistar o respeito e a confiança da população pelo profissionalismo, pela competência no controle da criminalidade e pelo respeito à lei e aos direitos humanos.

No estado de São Paulo, o aumento do desemprego, da criminalidade violenta e da violência policial em 1998 renovaram a preocupação com a segurança pública e com a qualidade dos serviços policiais. De 1990 a 1997, policiais mataram 5.641 civis, uma média de 705 civis por ano e 58 civis por mês.[1] O número de civis mortos pela polícia caiu de 1.458 em 1992 para 436 em 1996, mas subiu para 466 em 1997 e 213 de janeiro a maio de 1998.[2] O número de homicídios aumentou de 5.086 no período de janeiro a junho de 1997 para 6.011 no mesmo período de 1998.[3] A taxa de desemprego total aumentou de 15,7% da população economicamente ativa em julho de 1997 para 18,9% em julho de 1998.[4]

O que pode ser feito para reduzir a violência policial e aumentar a capacidade da polícia de controlar a criminalidade e manter a ordem pública em uma sociedade marcada por níveis extremos de

(1) *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 30.06.1998. Ver quadros 1 e 2.

(2) Idem. De janeiro a setembro de 1998, segundo dados divulgados pela Ouvidoria de Polícia e pela Corregedoria da Polícia Militar, 381 civis foram mortos pela polícia. Ver "Cresce o número de mortos pela polícia", *Folha de S. Paulo*, 16.10.1998.

(3) Seretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo. Ver quadros 3 a 6.

(4) Dieese na Internet (www.dieese.org.br).

desigualdade econômica e social, índices altos de pobreza e desemprego e grau baixo de respeito à lei e aos direitos humanos? O policiamento comunitário é uma resposta para o problema da violência policial e para o problema da criminalidade e da violência urbana em São Paulo e em outros estados do Brasil?

2. Policiamento comunitário

Nos Estados Unidos, o governo federal apoiou a implantação do policiamento comunitário através de financiamento para a contratação ou realocação de 88.000 policiais em mais de 11.000 organizações policiais.[5] No Canadá, as polícias de Toronto, Calgary, Vancouver e a Polícia Montada adotaram o policiamento comunitário.[6]

No Brasil, havia grande resistência ao policiamento comunitário até três anos atrás. Uma experiência pioneira em Copacabana, no Rio de Janeiro, resultado de uma parceria entre o Viva Rio e setores progressistas da polícia militar, foi sumariamente desativada em 1995 após a intervenção das forças armadas no sistema de segurança pública do estado, na "Operação Rio" (novembro/1994-maio/1995).[7] Na maioria dos estados, a polícia, o governo e a sociedade civil ainda estavam excessivamente voltados para propostas convencionais de reforma da polícia. Particularmente a polícia e o governo não reconheciam o direito dos cidadãos de participar da definição das prioridades da polícia e das estratégias de policiamento nas suas comunidades e a obrigação da polícia de prestar contas de suas atividades e resultados não apenas às autoridades civis mas também aos cidadãos.

Em São Paulo, apesar de todos os esforços do governo estadual para melhorar a atuação da polícia de 1995 a 1997, o aumento da criminalidade e da violência policial na capital e no interior mostrou as limitações das políticas tradicionais de segurança pública. No primeiro semestre de 1997, as imagens da violência policial na Favela Naval televisadas pela Rede Globo, a arbitrariedade e a incompetência da polícia na investigação do crime do Bar Bodega e a ameaça de greve da polícia sinalizaram a crise do sistema de segurança pública no estado. Sinalizaram também a necessidade de reformas profundas na organização e no funcionamento da polícia, capazes de recuperar sua credibilidade não apenas junto à sociedade civil e ao governo mas também junto aos policiais.

A partir do segundo semestre de 1997, o policiamento comunitário gradualmente ganhou apoio na sociedade civil, no governo e na polícia como uma das estratégias para solucionar a crise e melhorar a organização e o funcionamento da polícia.

No dia 10.12.1997, a polícia militar oficialmente adotou o policiamento comunitário como filosofia e estratégia organizacional e lançou o projeto de

(5) Community Oriented Policing Services-COPS na Internet (www.usdoj.gov/cops).

(6) Ver Paulo de Mesquita Neto, *Brasil-Canadá: policiamento comunitário e controle civil da polícia* (São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 1998).

(7) Sobre a experiência do policiamento comunitário no Rio de Janeiro, ver Jacqueline Muniz et al., "Resistências e dificuldades de um programa de policiamento comunitário", *Tempo Social* 9(1): 197-213. Sobre a Operação Rio, ver Luiz Eduardo Soares, *Violência e política no Rio de Janeiro* (Rio de Janeiro: Iser e Relume Dumará, 1996), e César Caldeira, "Operação Rio e cidadania: as tensões no combate à criminalidade à ordem jurídica" (*Paper* apresentado no XIX Encontro Anual da ANPOCS, em Caxambu, MG. Brasil, de 17 a 21.10.1995).

implantação do policiamento comunitário no estado de São Paulo.[8] O objetivo central deste projeto é desenvolver um tipo de policiamento apoiado em parcerias entre a polícia e a comunidade e voltado para a melhoria da segurança pública e da qualidade de vida da população através da resolução dos problemas que contribuem para o aumento da criminalidade e da violência.[9]

3. Policiamento comunitário em sociedades divididas

A implantação do policiamento comunitário é particularmente difícil em sociedades divididas ou fragmentadas, com alto grau de desigualdade econômica e social e/ou com um alto grau de conflito racial ou étnico. Nestas condições, o policiamento comunitário pode facilmente aproximar a polícia dos grupos mais poderosos e afastar a polícia dos grupos menos poderosos na sociedade, beneficiando mais os primeiros do que os últimos.[10] Mesmo os maiores defensores do policiamento comunitário reconhecem que este tipo de policiamento expande o papel da polícia na sociedade e pode aumentar o risco da violência policial contra os pobres e os membros de grupos minoritários.[11]

A violência policial pode enfraquecer e até inviabilizar projetos de policiamento comunitário. O policiamento comunitário, quando não incorpora a redução da violência policial entre seus objetivos, pode aumentar ao invés de reduzir a distância entre a polícia e os grupos menos poderosos na sociedade. A longo prazo, esse distanciamento certamente diminui a capacidade da polícia de atuar na manutenção da ordem pública e no controle da criminalidade e a confiança da sociedade na polícia.

Entretanto, o favorecimento de grupos poderosos e o aumento do risco da violência policial não é um problema intrínseco do policiamento comunitário. Também não é um problema exclusivo da polícia, da sociedade ou do governo. É um problema da forma pela qual a polícia, a sociedade e o governo implementam o policiamento comunitário.

(8) Para viabilizar a implantação do policiamento comunitário em São Paulo, a polícia militar instalou, no dia 30 de setembro, dois meses e dez dias antes do lançamento oficial do projeto, a Comissão de Assessoramento da Implantação do Policiamento Comunitário. Esta comissão tem representantes da polícia militar, polícia civil, Secretaria da Segurança Pública, Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania e diversas organizações da sociedade civil. A comissão se reúne regularmente na sede do comando da polícia militar, para trocar informações e para analisar, avaliar e sugerir medidas para a implantação do policiamento comunitário. Paulo de Mesquita Neto é o representante do Núcleo de Estudos da Violência na Comissão, tendo como suplentes Beatriz Affonso e Cristina Neme.

(9) Experiências de policiamento comunitário estão em andamento no Distrito Federal e nos estados do Espírito Santo, Amapá, Pernambuco, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

(10) Wesley Skogan, *Disorder and decline: crime and the spiral of urban decline in American neighborhoods* (New York: The Free Press, 1990), e "Community policing in the United States", em Jean-Paul Brodeur, *Comparisons in policing: an international perspective* (Aldershot: Avebury, 1995); Stepehn Mastrofsky e Jack Green, "Community policing and the rule of law", em David Wesiburd e Craig Uchida, *Police innovation and control of the police* (New York: Springer-Verlag, 1993).

(11) George Kelling and Catherine Cole, *Fixing broken windows: restoring order and reducing crime in our communities* (New York: Simon & Schuster, 1996); Herman Goldstein, *Problem-oriented policing* (New York: McGraw Hill, 1990).

Cinco características dificultam a implantação de projetos de policiamento comunitário em sociedade divididas e podem ajudar a explicar a desativação do policiamento comunitário no Rio de Janeiro em 1995:

- Prioridade para a redução da criminalidade e para a manutenção da ordem pública e pouca atenção para a redução da violência policial.
- Prioridade para a resolução de problemas relacionados à qualidade de vida da população e pouca atenção para a resolução de problemas relacionados à criminalidade violenta.
- Pouca conexão entre o policiamento comunitário e outras estratégias de controle da violência policial, particularmente estratégias voltadas para o aumento do monitoramento e controle da polícia pelos cidadãos.
- Pouca conexão entre o policiamento comunitário e programas de agências governamentais e não-governamentais voltados para a redução dos problemas da comunidade que têm impacto na segurança pública.
- Apoio político e profissional insuficiente.

No estado de São Paulo, estes problemas também estão presentes, mas de forma mais atenuada que no Rio de Janeiro. O enfrentamento destes problemas fortaleceu o projeto de policiamento comunitário em São Paulo, comparativamente ao projeto de policiamento comunitário no Rio de Janeiro.

Em São Paulo, o projeto de policiamento comunitário tem por objetivo não apenas a redução da criminalidade e a manutenção da ordem pública mas também a redução da violência policial e a garantia dos direitos humanos. O projeto de policiamento comunitário está inserido num programa estadual de direitos humanos e está intimamente associado a programas de formação e desenvolvimento profissional dos policiais voltados para a implantação de uma cultura profissional que valorize o respeito à lei e aos direitos humanos.

O projeto de policiamento comunitário focaliza não apenas o problema da qualidade de vida mas também o problema da criminalidade violenta. Foram implantados 41 projetos-piloto, na capital e no interior do estado, tanto em áreas com baixo grau de violência como em áreas com alto grau de violência.

O projeto de policiamento comunitário se desenvolve paralelamente a outras ações para incentivar a participação dos cidadãos no monitoramento e no controle da polícia, particularmente:

- A publicação regular das estatísticas criminais e de violência policial no *Diário Oficial do Estado* e na grande imprensa.
- A criação da Ouvidoria de Polícia.
- A regulamentação da atuação do Ministério Público no controle externo da atividade policial.
- O fortalecimento dos conselhos comunitários de segurança.
- O fortalecimento do Conselho Estadual de Defesa dos Diretos Humanos e dos demais conselhos de cidadania.
- O fortalecimento da Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa.

O projeto de policiamento comunitário se desenvolve paralelamente a, e procura integração com, outras iniciativas voltadas para a resolução de proble-

mas da comunidade diretamente relacionados à segurança pública desenvolvidas pelo governo do estado e pela sociedade civil, particularmente:

- Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência.
- Programa de Segurança Escolar.
- Centros Integrados de Cidadania.
- Centros de Referência e Apoio à Vítima.
- Jornadas de Cidadania.
- Projeto de Qualidade Integral de Saúde.
- Instituto São Paulo Contra Violência.

4. Policiamento comunitário em São Paulo

Considerando os obstáculos e as dificuldades para implantação do policiamento comunitário no Brasil, avanços significativos foram realizados de dezembro de 1997 a setembro de 1998 no estado de São Paulo, principalmente na polícia militar e na relação polícia militar-comunidade.

O comando-geral da polícia militar adotou o policiamento comunitário como filosofia e estratégia organizacional. A Comissão de Assessoramento da Implantação do Policiamento Comunitário está apoiando a implantação desta filosofia e estratégia organizacional. Policiais estão trabalhando em projetos-piloto e em bases comunitárias de segurança na capital e no interior do estado;[12] estão fazendo cursos sobre direitos humanos e policiamento comunitário. Estão recebendo manuais e cartilhas com informações sobre cidadania, policiamento comunitário e relações públicas. Estão participando de reuniões em conselhos, associações e grupos comunitários, discutindo os problemas da comunidade e soluções para estes problemas. Estão fazendo policiamento em escolas e orientando alunos, professores e pais sobre formas de prevenir o uso de drogas e a violência. Estão orientando a população sobre formas de prevenir os tipos mais comuns de crimes. Estão desenvolvendo pesquisa sobre o policiamento comunitário. Estão participando de seminários acadêmicos e encontros promovidos por organizações governamentais e não-governamentais sobre reforma da polícia e policiamento comunitário. Estão viajando para conhecer experiências de policiamento comunitário em outros estados e países. Muitas destas atividades já eram realizadas em pequena escala, algumas há muitos anos. Mas agora estão sendo realizadas em escala maior e são mais valorizadas pela polícia, pelo governo e pela sociedade.

Entretanto, o policiamento comunitário ainda não pode ser considerado implantado e muito menos consolidado no estado. Muitos obstáculos ainda precisam ser superados. Há grande confusão em relação aos objetivos do policiamento comunitário e as estratégias para atingir estes objetivos. A maioria dos policiais e membros da comunidade ainda não compreendem o que é o policiamento comunitário e não estão efetivamente engajados no projeto. Poucas mudanças aconteceram na organização, no gerenciamento e na cultura profissional da polícia militar. Mudanças indispensáveis à implantação do policiamento comunitário estão num estágio extremamente incipiente: a descentralização e a abertura da organização policial; a adoção de um estilo de gerenciamento participativo, compatível com os princípios da qualidade total; a incorporação dos valores da democracia

[12] Ver quadros 7 e 8.

à cultura profissional dos policiais, particularmente do respeito ao Estado de Direito e aos direitos de cidadania.

Acima de tudo, insuficiente atenção tem sido dada aos mecanismos de controle da atividade policial, de prestação de contas da polícia para a comunidade e à integração entre a polícia militar e a polícia civil e entre as polícias e os outros órgãos públicos responsáveis pela garantia da segurança pública, da justiça, do bem-estar social e da qualidade de vida dos cidadãos. Em particular, poucas mudanças aconteceram no Judiciário, no Ministério Público, na Procuradoria de Assistência Judiciária e no sistema penitenciário para dar sustentação ao policiamento comunitário.

5. Policiamento comunitário e dados sobre criminalidade e violência policial

O sucesso e a consolidação do policiamento comunitário depende do monitoramento e da avaliação sistemática e rigorosa deste tipo de policiamento.[13] Mas há muita confusão em relação aos dados sobre ocorrências criminais e violência policial freqüentemente utilizados na avaliação do trabalho da polícia.

Em São Paulo, a Secretaria da Segurança Pública divulga trimestralmente dados sobre os civis mortos e feridos em confronto (isto é, durante resistência à prisão) por policiais em serviço.[14] Em junho de 1998, a Secretaria da Segurança Pública divulgou dados de todos os civis mortos e feridos (em qualquer situação, não apenas em situação de confronto) por policiais em serviço e por policiais em folga, no período de janeiro de 1990 a maio de 1998.[15] Em julho, a Secretaria divulgou novamente apenas os dados sobre civis mortos e feridos em confronto por policiais em serviço no segundo trimestre de 1998. Em outubro, a Secretaria voltou a divulgar dados de todos os civis mortos e feridos por policiais em serviço e por policiais em folga no mês de agosto de 1998. Ao mesmo tempo, a Ouvidoria de Polícia divulga regularmente dados sobre *queixas* relacionadas a homicídios praticados por policiais e ocasionalmente dados sobre homicídios praticados por policiais. Esta multiplicidade de dados diferentes, divulgados em períodos diferentes, está gerando confusão quanto ao quadro real da violência policial no estado. A Secretaria da Segurança Pública e a Ouvidoria de Polícia precisam entender esse problema e chegar a um acordo sobre a melhor forma (ou as melhores formas) de coletar e divulgar os dados sobre violência policial.

Há também muita confusão sobre o significado de dados sobre crimes registrados pela polícia e queixas registradas pela Ouvidoria de Polícia. O aumento do número de crimes registrados pela polícia e de queixas registradas pela Ouvidoria pode significar que a qualidade do trabalho da polícia está diminuindo. Mas pode também significar que a qualidade do trabalho da polícia e da Ouvidoria está aumentando e que a população está ganhando confiança na polícia e na Ouvidoria e apresentando mais denúncias.

Por outro lado, a diminuição do número de ocorrências criminais registradas pela polícia e de queixas registradas pela Ouvidoria pode significar que a qualidade do trabalho da

(13) Herman Goldstein, *Problem oriented policing*.

(14) De acordo com a Lei 9.155/95 e Resolução SSP 150/95.

(15) De acordo com a Resolução SSP 168/98.

polícia está aumentando. Mas pode também significar que a qualidade do trabalho da polícia e da Ouvidoria está diminuindo e que a população está perdendo a confiança na polícia e na Ouvidoria e apresentando menos denúncias.

Defensores e oponentes do governo e das lideranças da polícia contribuem para esta confusão interpretando os dados sobre o aumento ou redução de crimes registrados pela polícia e queixas registradas pela Ouvidoria de forma mais favorável aos seus interesses. A polícia, o governo, a sociedade e a imprensa precisam entender que este debate é influenciado por interesses políticos e interpretar com cautela o significado destes dados e procurar outros dados capazes de provar ou refutar os vários argumentos.

6. Tornando o policiamento comunitário mais eficaz e mais humano

Além do aperfeiçoamento da coleta e análise de dados sobre criminalidade e violência policial, a implantação do policiamento comunitário requer a descentralização e abertura da organização policial, um estilo de gerenciamento mais participativo e a incorporação dos valores da democracia e dos direitos humanos na cultura profissional da polícia. Requer também maior integração e cooperação entre as polícias, os demais órgãos públicos e as organizações da sociedade civil. Além da consolidação das mudanças já realizadas e de uma atenção especial às áreas apontadas como problemáticas, é importante fazer com que o policiamento comunitário se transforme de fato em um projeto estadual, da polícia militar e da polícia civil, do governo e da comunidade. Para ser bem-sucedido, o policiamento comunitário não pode ficar restrito a um projeto de uma parcela da polícia militar e da comunidade.

O governo estadual e a Assembléia Legislativa são atualmente os responsáveis pela escolha dos chefes de polícia e pela definição do orçamento da polícia. É importante que ambos, de maneira clara e inequívoca, condicionem a escolha dos chefes de polícia e a concessão de verbas públicas para a polícia à implantação do policiamento comunitário e principalmente à obtenção de resultados concretos na redução da criminalidade violenta e da violência policial.

Além disso, é indispensável criar, no interior da Comissão de Assessoramento da Implantação do Policiamento Comunitário, mecanismos que permitam monitorar de forma mais sistemática e rigorosa a implantação do policiamento comunitário, identificando rapidamente os avanços e as limitações ou deficiências do projeto no estado. Um mecanismo poderia ser a elaboração e divulgação de relatórios periódicos sobre o policiamento comunitário, produzidos por membros da polícia e da comunidade, analisando e avaliando o processo de implantação e o impacto do policiamento comunitário no estado.

Outro mecanismo poderia ser a criação do conselho da polícia comunitária. Este conselho poderia ser composto por policiais e civis e poderia atuar como órgão de assessoria para estudos, acompanhamento, avaliação e formulação de propostas sobre o policiamento comunitário. A este conselho poderia ser atribuída a responsabilidade de definir um plano e um cronograma para a implantação do policiamento comunitário e de elaborar os relatórios semestrais e anuais sobre o policiamento comunitário.

Apêndice

Quadro 1: Civis mortos e feridos em encontros com policiais militares e policiais militares mortos e feridos no estado de São Paulo, 1983-1998

	Civis mortos em encontros com policiais militares	*Civis feridos em encontros com policiais militares*	*Policiais militares mortos*	*Policiais militares feridos*
1983	328	109	45	819
1984	481	190	47	654
1985	585	291	34	605
1986	399	197	45	599
1987	305	147	40	559
1988	294	69	30	360
1989	532	n.d.	32	n.d.
1990	585	n.d.	107	n.d.
1991	1,076	1,259	98	2,634
1992	1,451	1,138	124	2,521
1993	402	910	97	1,693
1994	519	1,063	147	1,892
1995	618	933	118	1,666
1996	398	1,132	170	1,472
1997	435	739	182	1,277
1998	204	309	103	813
Total	8,612	8,486	1,419	17,564

Fonte: Entre 1983-1989, Chevigny, 1995, e Pinheiro et al., 1991. Entre 1990-1998, *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 30.06.1998.

n.d. = não disponível.

OBS: Números se referem a civis mortos e feridos em encontros com policiais militares em serviço e fora de serviço e policiais militares mortos e feridos em serviço e fora dele. Números incluem civis mortos e feridos durante resistência à prisão, vítimas de homicídio ou tentativa de homicídio e vítimas de atropelamento e acidente de trânsito, também incluem policiais mortos e feridos vítimas de homicídio, latrocínio, tentativa de homicídio, lesões corporais, atropelamento e acidente de trânsito. Números para 1998 se referem ao período janeiro-maio.

Quadro 2: Civis mortos e feridos em encontros com policiais civis e policiais civis mortos e feridos no estado de São Paulo, 1990-1998

	Civis mortos em encontros com policiais civis	*Civis feridos em encontros com policiais civis*	*Policiais militares mortos*	*Policiais militaresferidos*
1990	10	60	4	13
1991	10	48	4	8
1992	7	48	1	13
1993	18	51	4	10
1994	31	77	13	21
1995	43	105	11	12
1996	38	76	8	21
1997	31	64	2	24
1998	9	20	1	7
Total	197	549	48	129

Fonte: *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 30.06.1998.

OBS: Números se referem a civis mortos e feridos em encontros com policiais civis em serviço e fora de serviço e policiais civis em serviço e fora de serviço mortos e feridos em encontros com civis. Números não incluem civis e policiais mortos e feridos vítimas de atropelamento e acidente de trânsito. Números para 1998 se referem ao período janeiro-maio.

Quadro 3: Criminalidade no Estado de São Paulo, 1.º Semestre, 1997-1998

	Jan-Jun 1997	*Jan-Jun 1998*	*Variação*	*Variação (%)*
Homicídios *	5.086	6.011	+925	+ 18,2
Latrocínio	215	242	+ 27	+ 12,6
Estupro	1.973	2.035	+ 62	+ 3,1
Drogas/Tráfico	4.181	4.765	+ 584	+ 14,0
Roubos	71.452	89.157	+ 17.705	+ 24,8
Furtos	150.486	177.750	+ 27.264	+ 18,1
R/F Veículos	65.209	80.889	+ 15.680	+ 24,0

Fonte: Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

(*) Homicídios dolosos

Quadro 4: Criminalidade na Cidade de São Paulo, 1.° Semestre , 1997-1998

	Jan-Jun 1997	*Jan-Jun 1998*	*Variação*	*Variação (%)*
Homicídios *	2.294	2.529	+ 298	+ 13,0%
Roubos	34.734	44.946	+ 10.212	+ 29,4%
Furtos	41.275	49.860	+ 8.585	+ 20,8%
R/F Veículos	36.578	42.540	+ 5.962	+ 16,3%

Fonte: Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

(*) Homicídios dolosos

Quadro 5: Criminalidade na Grande São Paulo, 1.° Semestre, 1997-1998

	Jan-Jun 1997	*Jan-Jun 1998*	*Variação*	*Variação (%)*
Homicídios *	3.701	4.262	+ 561	+ 15,2%
Roubos	47.279	60.880	+ 13.601	+ 28,6%
Furtos	57.155	67.028	+ 9.873	+ 17,3%
R/F Veículos	49.838	60.045	+ 10.207	+ 20,5%

Fonte: Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

(*) Homicídios dolosos

Quadro 6: Criminalidade no Interior de São Paulo, 1.° Semestre, 1997-1998

	Jan-Jun 1997	*Jan-Jun 1998*	*Variação*	*Variação (%)*
Homicídios *	1.385	1.749	+ 364	+ 26,3%
Roubos	24.173	28.277	+ 4.104	+ 17,0%
Furtos	93.331	110.722	+ 17.391	+ 18,6%
R/F Veículos	15.371	20.844	+ 5.473	+ 35,6%

Fonte: Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

(*) Homicídios dolosos

Quadro 7: Policiamento Comunitário na Região Metropolitana de São Paulo, Grupo 1, Agosto, 1998

CPA/M	*BAT.*	*CIA.*	*Fixado*	*Exist.*	*Pol.Com.*	*Local-Bairro*
CPA/M-1	7	1	318	272	270	Sé
CPA/M-1	11	1	317	274	49	Liberdade
CPA/M-1	13	3	247	186	16	Pari
CPA/M-2	12	2	288	223	25	Vila Mariana
CPA/M-2	12	4	279	179	45	Brooklin
CPA/M-3	9	1	223	169	13	Casa Verde
CPA/M-4	2	1	218	150	10	Penha
CPA/M-5	4	4	221	156	15	Perus
CPA/M-5	16	3	252	166	n.d.	Butantã
CPA/M-6	6	4	233	210	n.d.	São Caetano do Sul
CPA/M-6	24	1	161	131	10	Diadema, Taboão
CPA/M-6	24	2	139	120	20	Diadema, Casa Grande
CPA/M-7	15	2	189	173	170	Guarulhos, Taboão
CPA/M-7	17	1	296	280	31	Mogi das Cruzes
CPA/M-7	17	2	181	190	130	Suzano
CPA/M-7	26	2	119	104	60	Mairiporã, Centro
CPA/M-8	14	1	303	217	32	Osasco, Jd. Sto. Antônio
CPA/M-8	20	4	108	135	27	Caucaia do Alto
CPA/M-8	25	1	120	109	10	Taboão da Serra, Centro
CPTran	4	6	188	187	101	Santana
CPFem	4	3	174	205	10	Arthur Alvim
CCB	2 GI	2 SGI	241	199	201	Casa Verde
Total			4.815	4.035	1.245	Região Metropolitana

Fonte: Polícia Militar do Estado de São Paulo, 27.08.1998.

Quadro 8: Policiamento Comunitário no Estado de São Paulo, Interior, Grupo 1, Agosto, 1998

CPA/I	*BAT.*	*CIA*	*Fixado*	*Exist.*	*Pol.Com.*	*Local-Município*
CPA/I-1	5	1	150	188	150	Taubaté
CPA/I-2	8	1	214	204	120	Campinas
CPA/I-2	19	1	171	178	178	Americana
CPA/I-3	13	4	97	89	86	Matão
CPA/I-3	3	1	153	136	35	Ribeirão Preto
CPA/I-3	3	2	210	166	30	Ribeirão Preto
CPA/I-4	9	1	195	185	17	Marília
CPA/I-5	2	1	147	177	53	Araçatuba
CPA/I-6	6	4	203	188	62	Santos
CPA/I-7	22	1	182	176	12	Itapetininga
CPA/I-8	30	1	233	196	11	Catanduva
CPA/I-9	4	1	319	284	284	Bauru
CPA/I-10	42	2	75	62	50	Presidente Epitácio
CPA/I-11	11	1	256	218	66	Jundiaí
CPA/I-11	11	2	88	75	3	Itatiba
CPA/I-12	24	1	102	83	22	S. João da Boa Vista
CPA/I-12	36	1	194	106	120	Limeira
CPRv	3	5	369	382	368	Jundiaí
CPFM	1	3	153	141	141	Sorocaba
Total			3.511	3.234	1.808	Interior

Fonte: Polícia Militar do Estado de São Paulo, 27.08.1998.

7. TRABALHOS FORENSES

7.1

PARECER DO CONSELHO PENITENCIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO* (CASO "CHICO PICADINHO")

CONSELHEIRO RELATOR

CLAUDIO THEOTONIO LEOTTA DE ARAUJO

SUMÁRIO: 1. Parecer – 2. Anexos.

1. Parecer

Sentenciado: Francisco Costa Rocha

I – Da sentença e suas determinações

A MMa. Juíza da Vara das Execuções Criminais, Dra. Fernanda Gomes Camacho, por determinação, em respetável sentença, datada de 24.10.1997, na qual indeferiu o pedido de conversão da pena do criminado em medida de segurança, considerando que o término da mesma está previsto para 24.08.1998, data esta que poderá ser antecipada por remição (art. 128 da LEP) convoca ao Exmo. Secretário de Saúde do Estado de São Paulo para que indique local e tratamento adequado ao sentenciado, no final da pena, e ao Secretário de Assuntos Penitenciários, bem como ao Conselho Penitenciário, para que sejam tomadas providências de assistência ao egresso, nos termos dos dispostos nos arts. 25 e 70 da Lei de Execução Penal. Determina, outrossim, junto ao Ministério Público, eventuais providências cíveis cabíveis.

Em relatório que precede a sentença, explicita que "Francisco Costa Rocha, por prática de dois homicídios qualificados, seguidos de destruição e ocultação de cadáver, cometidos respectivamente em 03.08.1966 e 16.10.1976, teve, em 02.05.1994, seu pedido de progressão ao regime semi-aberto indeferido, determinando fosse o sentenciado submetido a exame psiquiátrico detalhado 'a fim de determinar sua higidez mental ou se é necessária sua remoção ao hospital de custódia e tratamento' (fl. 18 do apenso autuado em 04.04.1994). Instaurou-se *incidente de sanidade mental*, no qual foi determinada a remoção do sentenciado para a Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté para tratamento médico. Em 12.07.1996, foram indeferidos pedidos de progressão do sentenciado e de conversão de pena em medida de segurança, além de ter sido autorizada sua permanência na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, para acompanhamento psiquiátrico, com elaboração de relatório médico de seis em

(*) Parecer aprovado na sessão plenária do dia 17.03.1998.

seis meses (fls. 29/32). Intimadas as partes, não houve recurso. Ante o laudo de fls. 37/38 foi autorizada a permanência do sentenciado no manicômio judiciário, determinando-se diligências (fl. 42, verso). Juntado o laudo (fls. 46/47), novamente o Ministério Público requereu a *conversão de pena em medida de segurança*, pelo prazo mínimo de 1 ano, alegando que o sentenciado tem alta periculosidade, grande possibilidade de reincidir, total inaptidão para o convívio social. Tais fatores autorizariam a conversão, posto que, surgidos durante a execução da pena, deveriam ser considerados como agravamento de seu quadro. A Defesa requereu o indeferimento do pedido, uma vez que não é justo converter a reprimenda, quase no final, em medida de segurança, em virtude de características de sua personalidade plenamente conhecidas à época do cometimento do delito. A medida pretendida pelo Ministério Público visa à custódia perpétua do sentenciado, posto que é portador de mal incurável. Os laudos constantes nos autos indicam que não houve alteração ou agravamento de seu quadro psicológico ou psiquiátrico. O sentenciado deve ser tratado, como já determinado, em hospital psiquiátrico, até o término do cumprimento da pena. Requereu que o sentenciado, ao final da pena, fosse orientado pelos setores de psiquiatria e assistência social, sobre o tipo de ajuda e locais que o mesmo deverá procurar na rede hospitalar comum".

A MMa. Juíza fundamenta e decide:

"1. Em que pesem os argumentos do Ministério Público, a matéria (conversão de pena em medida de segurança) já foi examinada e decidida por este Juízo, em 12.07.1996 (fls. 29/32), sem que as partes interessadas interpusessem recursos, apesar de regularmente intimadas.

2. Ressalte-se que este Juízo, por entender que o sentenciado necessitava de acompanhamento psiquiátrico, autorizou sua permanência em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, aplicando, por analogia, o disposto nos arts. 41 do Código Penal e 108 da Lei da Execução Penal que prevêem a remoção para tratamento psiquiátrico, o que não se confunde com a conversão da pena em medida de segurança, prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal.

3. Além disso, o mencionado art. 183 permite a substituição da pena por medida de segurança somente "quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental".

Explicita, ainda, a MMa. Juíza que "não é o caso dos autos, uma vez que o sentenciado ser portador de personalidade psicopática foi constatado quando ele cometeu o segundo delito, objeto da presente execução e foi reconhecida sua semi-imputabilidade e aplicada a pena ao invés da medida de segurança.

Esclarecedor, neste aspecto, o voto proferido no Processo 635/76, da 1.ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo pelo Eminente Desembargador Denser de Sá, em votação unânime da Colenda Quinta Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que consignou expressamente que:

"(...) em face da nova lei penal, o reconhecimento da semi-imputabilidade não torna obrigatória a imposição da medida de segurança, o que era temido, no curso do processo, pela defesa, que vislumbrava a possibilidade de ficar o réu para o resto de sua vida, em virtude de sua personalidade psicopática, trancafiado em casa de custódia e tratamento.

(...) Ora, é de bem de ver que Francisco é indivíduo excessivamente perigoso, que, por isso, precisa ficar segregado o máximo de tempo possível em defesa da sociedade e para seu próprio bem.

Aliás, o laudo médico, que o considerou semi-imputável, deixou expresso que ele é portador de personalidade psicopá-

tica, apresentando 'prognóstico bastante desfavorável, congênita que é, a personalidade psicopática manifesta-se cedo na vida, e não é suscetível a nenhuma espécie de influência pela terapêutica, conferindo, no presente caso, alto índice de periculosidade latente' (...).

Ou seja, no processo de conhecimento, a semi-imputabilidade decorrente da psicopatia e a alta periculosidade do sentenciado foram reconhecidas e, a pedido do Ministério Público em sede de apelação, foi fixada a pena base do homicídio no máximo legal (30 anos), diminuída para 20 anos, em virtude da semi-imputabilidade. Em conseqüência, não há que se falar em superveniência de doença mental no curso do processo de execução de pena privativa de liberdade.

4. Por outro lado, alega o Ministério Público que houve agravamento do quadro psiquiátrico e da periculosidade do sentenciado, o que autorizaria a conversão pretendida por tempo determinado. No entanto, a matéria já foi examinada neste processo de execução criminal, em 12.07.1996, que decidiu que não havia provas do agravamento da anomalia, apresentada pelo sentenciado. Referida decisão, repita-se, transitou em julgado, uma vez que não houve interposição de agravo pelo Ministério Público ou pela defesa.

Os novos laudos, elaborados a partir daquela decisão, apesar de recomendarem a permanência do sentenciado em estabelecimento psiquiátrico, não demonstram piora do quadro do sentenciado.

Ao contrário, no curso da execução, constatou-se que o sentenciado possui características próprias de personalidade psicopática perversa com periculosidade latente (fls. 7/8). Após a remoção determinada por este Juízo, o sentenciado foi submetido a exames psiquiátricos em que se confirmou a existência desses traços de anormalidade de caráter (personalidade psicopática) e de perversão sexual (sadismo ou tiranismo), que segundo os peritos são "prejuízos arraigados nos seus portadores e se mantêm toda a vida sem conhecido tratamento eficiente. Eventualmente a repressão social e a vigilância exercem ação inibidora fazendo com que seus portadores, então proibidos de expressarem tais maus comportamentos, vivam infelizes e frustrados. Assim, não há eficaz tratamento curativo" (fl. 24).

Nos últimos dois laudos psiquiátricos (fls. 37/38, 46/47) consta que o sentenciado se apresentou lúcido, orientado, coerente, com boa fluência verbal, assumindo culpa dos delitos, além de estar se submetendo a atividade laborterápica e a observação psiquiátrica, sem necessidade de medicação. Em sua conclusão, o sr. psiquiatra, reiterando os termos do laudo de fls. 21/24, de 21.02.1996, recomendou que o sentenciado continuasse institucionalizado em manicômio judiciário ou outro local, "em razão da anormalidade que traz em si" (fl. 47).

Ora, a recomendação de internação decorreu da circunstância de o sentenciado ser portador de personalidade psicopática e não de eventual agravamento de seu quadro psiquiátrico ou periculosidade.

5. Embora louvável a preocupação com a preservação social por parte da digna representante, a conversão da pena em medida de segurança não é a solução mais adequada, seja para o sentenciado seja para a sociedade.

De fato, ainda que deferido o pedido de conversão, a medida de segurança não poderia ultrapassar os limites da pena imposta. Nesse sentido, tem sido o entendimento de nossa jurisprudência.

Assim, a MMa. Juíza, após citar a jurisprudência, prossegue:

No presente caso, aplicável o disposto no § 2.° do art. 682 do Código de Processo Penal que prevê que "se a internação se prolongar até o término do prazo restante e não houver sido imposta medida de segurança detentiva, o indivíduo

terá o destino aconselhado pela sua enfermidade", tomando-se as providências cíveis cabíveis.

6. Assim, embora cumprindo pena, nos termos do art. 42 do Código Penal, ante a gravidade da anormalidade de caráter apresentado, deve o sentenciado permanecer internado na Casa de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Taubaté, a fim de possibilitar o adequado acompanhamento psiquiátrico, não disponível no estabelecimento penitenciário de origem.

Ao final da pena, deverá ser posto em liberdade e ter o destino aconselhado à sua enfermidade, nos termos do artigo supramencionado.

Para tal fim deve o Ministério Público, se entender cabível, tomar as providências cíveis cabíveis, conforme inclusive disposto no Decreto de 03.07.1934, que prevê medidas de assistência e proteção à pessoa dos psicopatas.

E, considerando o requerimento formulado pela Defesa e o disposto nos arts. 10, 11, II e IV, 14, 22, 23 e 25 da Lei de Execução Penal, bem como o disposto no art. 682, § 2.º, do Código de Processo Penal, deverá a Diretoria do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Taubaté providenciar laudo circunstanciado, elaborado por equipe interdisciplinar, que esclareça qual o destino aconselhado pela enfermidade do sentenciado ao final da pena, indicando se necessário hospital psiquiátrico comum onde possa prosseguir tratamento. Igualmente deve ser oficiado ao Secretário de Saúde do Estado de São Paulo para que indique local e tratamento adequado ao final da pena e, ainda ao Secretário de Assuntos Penitenciários e ao Conselho Penitenciário, para que providenciem assistência ao egresso".

II – Das considerações do Conselho Penitenciário

Ante o exposto, para que este Conselho possa atender o determinado pela MMa. Juíza, nos termos dos dispostos nos arts. 25 e 70 da Lei de Execução Penal, passamos a relatar:

1. Francisco Costa Rocha, nascido em 27.04.1942, branco, natural do Espírito Santo, corretor de imóveis, condenado pela primeira vez por infração aos dispostos nos arts. 121 e 211 do Código Penal, terminaria de cumprir integralmente sua pena em 12.08.1984, tendo passado pela Casa de Detenção onde recebeu dos companheiros a alcunha de *Chico Picadinho*, que o acompanha até hoje. Passou pelo IPA de Bauru, sendo depois transferido para a Penitenciária do Estado, conseguindo livramento condicional.

2. Consta que, no dia 03.08.1966, Francisco persuadiu sua vítima e levou-a para seu apartamento na rua Aurora, com a finalidade de manterem relações sexuais. Em determinado momento, exigiu que a vítima se submetesse a prática libidinal anormal; e, vendo repelida sua pretensão, praticou homicídio por motivo torpe, mediante asfixia mecânica, determinada por constrição do pescoço, esganadura e estrangulamento, seguido de secção do mesmo (esgorjamento). Em seguida procurou destruir o cadáver, com o fim de ocultá-lo, retalhando-o parcialmente à tesoura, faca e gilete.

3. Conquistou o Livramento Condicional em 1.º.06.1974. Na época, o parecer para efeito de livramento condicional, datado de 26.03.1974, exarado pelo então Instituto de Biotipologia Criminal, no item síntese e conclusões, explicitava:

"(...) julgamos importante que o conjunto acima nos permite excluir o diagnóstico de distúrbio endógeno de personalidade em linha psicopática, assim como delito cometido na vigência de comprometimento qualitativo da consciência, relativo a problema comicial. Acreditamos tratar-se de personalidade com distúrbio em nível profundamente neurótico, que, por ocasião do delito,

apresentou uma ruptura total de seus mecanismos autocontensores, mesmo diante da morfologia toda especial que cercou o fato delituoso.

"Sob regime reeducativo, observa-se que cumpriu o 2.º estágio penal com ótimos índices de aproveitamento reeducativo. Antes já viera da Casa de Detenção com atestado de ótima conduta. Presentemente, fazendo jus à sua promoção, vem cumprindo o 3.º estágio penal também com ótima adaptação desde há pouco mais de um ano. De modo que durante toda sua longa vida carcerária tem demonstrado firme propósito em reintegrar-se ultimamente à sociedade, sem quaisquer expressões atuais de periculosidade. Somos de opinião favorável à concessão do benefício pleiteado, julgando cessada sua periculosidade para fins penais, além de, pensarmos, constituir-se sua promoção ao 4.º estágio uma seqüência lógica para continuar-se a avaliação de seu processo readaptativo, uma vez que cumpriu todas as etapas anteriores com distinção" (26.03.1974).

4. Conquistou a liberdade condicional em 1.º.06.1974, permanecendo por um período de 2 anos e 7 meses, quando novamente praticou outro crime quase do mesmo modo que da primeira vez. Consta que, nesse espaço de tempo em que permaneceu em liberdade, quando manteve relações sexuais, tentou esganar sua parceira, esta desmaiou e, quando voltou a si, percebeu que Francisco tentava morder-lhe a veia do pescoço; sentiu escorrer sangue pela vagina e, ao receber atendimento médico, ficou constatado que, com algum instrumento, Francisco havia lhe perfurado o útero.

5. Consta que, em 16.10.1976, quando Francisco mantinha relações sexuais com a vítima, constringiu, com as mãos, o pescoço, asfixiando-a, terminando por matá-la. Depois, utilizando-se de um serrote e de algumas facas, esquartejou-lhe o corpo, destruindo o cadáver. Lavou-lhe o corpo, para que seu sangue se esvaísse e a colocou em uma mala de viagem, sendo certo que o coração e vários outros órgão foram atirados no vaso sanitário.

6. Sua liberdade condicional foi revogada em 29.10.1976.

Assim, por prática de dois homicídios qualificados, seguidos de destruição e ocultação de cadáver, cometidos, respectivamente, em 03.08.1966 e 16.10.1976, foi condenado, estando o término de sua pena de reclusão previsto para 24.08.1998, data essa que poderá ser antecipada por remição da mesma (art. 126, LEP).

7. As perícias criminológicas a que se submeteu Francisco, no curso da execução penal, constataram que o mesmo é portador de distúrbio grave de personalidade, firmando o diagnóstico de personalidade psicopática, do tipo sádico de elevada periculosidade. Senão, vejamos: em 16.08.1994, o Centro de Observação Criminológica, em atenção à solicitação e determinação do Juízo da VEC, com o objetivo de avaliar sua progressão para regime semi-aberto, assim concluiu seu laudo criminológico:

"(...) temos a esclarecer que diante dos exames realizados, o examinando em apreço é um criminoso reincidente em crimes de homicídio, com requintes de crueldade e perversidade, próprios de personalidade psicopática, com periculosidade latente, mas detectada nos exames, encontra-se apenas controlada e que diante de situações favoráveis do meio externo, poderá aflorar, evidenciando assim um prognóstico criminológico desfavorável e oferecendo risco iminente ao meio social. Sabemos, porém, que, de um modo geral, as personalidades psicopáticas são consideradas ótimos presos e mantêm bom comportamento mediante controle externo e especialmente no ambiente carcerário que apenas funciona como continente de seus impulsos patológicos. A indicação de terapêu-

tica penal é de Casa de Custódia e Tratamento com a finalidade de correção de caráter, se possível. Assim sendo, indicamos encaminhamento para Casa de Custódia e Tratamento, a fim de ser melhor observado e acompanhado de forma mais satisfatória".

As observações e informações psiquiátricas extraídas de seu expediente neste Conselho assinalam:

EPC 009/96 – 21.02.1996 – subscrita pelo Dr. Norberto Zollner Júnior (médico psiquiatra relator):

"(...) Trata-se de interno que está nesta Casa desde maio de 1995, em razão de recomendação do COC. Aqui tem tido excelente comportamento, sem infrações disciplinares, trabalhando na sala de terapia ocupacional, recebendo visitas de familiares, ex-esposa, filha, cunhados, sendo a última vez em 28.01.1996. Não tem sido tratado com psicofármacos por ter sido desnecessário.

"(...) Fundamental é o bem elaborado laudo de sanidade mental dos Drs. Wagner Farid Gattaz e Antonio José Eça de 11.01.1978. Nele ficam claros que os delitos de 03.08.1966, 13.09.1976 e 16.10.1976 aconteceram no decurso de ato sexual. Nos 'antecedentes pessoais' (fl. 4), relatam as declarações sobre homossexualidade, tortura de animais, sendo brusco e violento, mormente em se tratando de relações sexuais quando passava a morder e apertar a parceira ('não queria fazer as coisas mas acabava fazendo'). Deste laudo não restam dúvidas de que o paciente é um sádico. Em *Psicologia Forense e Psiquiatria Médico-Legal*, de Napoleão L. Teixeira, Curitiba, 1954, extraímos: Sadismo, também chamado algolagnia (de *algos* = dor e *lagnos* = excitado sexualmente) é uma perversão em que o prazer sexual só tem lugar quando se maltrata ou mesmo quando se mata o parceiro no ato sexual. Raffalovitch prefere denominá-lo 'tiranismo', definindo-o como perversão consistente em só experimentar prazer sexual por meio da dominação ou violência sobre a pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo ou ainda sobre animais ou objetos.

"(...) Os crimes deste paciente são o comportamento observável que dão certeza de ele ser um sádico. Ora, o sadismo é uma perversão sexual encontrada, o mais das vezes, em personalidades psicopáticas que foi o diagnóstico do laudo citado. Assim, como o álcool era fator facilitador do comportamento perverso, a prisão funciona como inibidor".

Em resposta a quesitos, emite, o médico psiquiatra relator, as seguintes conclusões (21.02.1996):

- "Os transtornos de caráter (personalidade psicopática) e perversões (no caso sadismo) são prejuízos profundamente arraigados no seus portadores e se mantêm toda vida sem conhecido tratamento eficiente. Eventualmente a repressão social e a vigilância exercem ação inibidora, fazendo com que seus portadores, então proibidos de expressarem tais maus comportamentos, vivam infelizes e frustrados.
- Estas perturbações, que se manifestam desde tenra idade (veja-se, ao caso, a tortura dos gatos), se mantêm estável toda a vida e flutuam dependendo de um momento existencial, de estarem presentes fatores facilitadores (no caso em tela, vida desregrada, álcool, maconha etc.) ou inibidores (prisão, vigilância, incitação à religião etc.). Assim, trata-se de um 'estado' perene, e não de um processo que pode sofrer progressiva piora.
- A reincidência específica deste periciando é irrespondível argumento a favor de sua grande periculosidade (potencial latente para ação perverso-criminal), sendo absurdo permitir que venha conviver social-

mente, sem reservas. 'Bom comportamento' prisional não é argumento para tais casos: como ele agiria se pudesse estar a sós, não vigiado, com uma mulher? Isto não é, ou o é, pobremente testado em situações carcerárias.

Tratar-se penalmente tais criminosos com pena privativa de liberdade ou medida de segurança detentiva é questão doutrinária. O mais das vezes temos visto os magistrados optarem por medida de segurança detentiva. A preocupação maior deve ser, a nosso ver, a preservação social".

EPC 012/97 – 28.04.1997 – subscrita pelo Dr. Norberto Zollner Júnior – em face da decisão judicial de 12.07.1996 da MMa. Juíza Dra. Fernanda Gomes Camacho (informações de 6 em 6 meses):

"Diagnóstico: Sadismo. Personalidade Psicopática – CID – 10, F65.5 Evolução nesta Casa: tem trabalhado na Terapia Ocupacional, onde modela argila; não tem infrações disciplinares. Tem feito tratamento dentário. O psiquiatra responsável por seu acompanhamento não o tem medicado, pois não tem visto isto como necessário. Recebe visitas de seus familiares.

Conclusão: sugerimos continuar nesta Casa como está, por mais tempo".

EPC 026/97 – 12.08.1997 – Subscrita pelo Dr. Norberto Zollner Júnior – em face da indagação da MMa. Juíza Dra. Fernanda G. Camacho a respeito da periculosidade de Francisco Costa Rocha:

"Diagnóstico: Sadismo, personalidade psicopática – CID – 10, F65.5 Evolução nesta Casa: paciente aqui está desde 05.05.1995, procedente da Penitenciária do Estado e aqui está sem infrações disciplinares, ocupado a modelar e coisas assim na terapia ocupacional.

Esclarecimentos pedidos pela MMa. Juíza: Este paciente é portador de uma anormalidade gravíssima, ou seja, é um sádico, distúrbio de manifestação instintiva. É reincidente em crime de homicídio característico. A assertiva, usada eventualmente, que por não tomar remédios não faz tratamento algum, é falaz, já que tal situação não é mesmo tratável por medicamentos. Também esta instituição foi criada para atender indivíduos assim e, por ignorância, não é compreendida e quiçá desvirtuada de suas funções. A possibilidade de reincidir em crimes do mesmo jaez é grande. Assim tem periculosidade. Cumprir pena ou medida de segurança é apenas divergência doutrinária.

CONCLUSÃO: Necessita continuar institucionalizado, seja aqui ou outro local, em razão da anormalidade que traz em si. O quadro foi extensamente estudado no laudo do Prof. Gattaz quanto na informação elaborada em 21.02.1996 nesta Casa".

8. Todas as perícias criminológicas a que se submeteu o sentenciado, com exceção da primeira relatada, a qual lhe propiciou o livramento condicional, reiteram o diagnóstico de Personalidade Psicopática do tipo sádico, de elevada periculosidade com grande possibilidade de reincidir, fatos reconhecidos na sentença que indeferiu a conversão da pena em medida de segurança. Pouco importa ter sido o diagnóstico constatado quando ele cometeu o segundo delito, objeto da presente execução. A vida de uma personalidade psicopática, acompanhada ao longo de sua existência, é sempre pontilhada de acontecimentos anormais, de tal sorte que o diagnóstico poderá ser firmado durante sua vida. A propósito, cita Ramos Maranhão que um único delito, como no caso presente, pela sua morfologia, traz o timbre da Psicopatia, tendo, o mesmo, reservado a denominação de "delinqüência psicopática" para os delitos praticados pelo psicopata, diferenciando da chamada delinqüência

essencial para os crimes praticados por delinqüentes comuns, tratando-se, neste caso, de personalidade delinqüente (Ramos Maranhão. *Psicologia do Crime*, 2. ed. modificada. São Paulo, 1993).

No caso vertente, trata-se, portanto, de sentenciado com diagnóstico de personalidade psicopática, de elevada periculosidade, semi-imputável, em cumprimento de pena. Em sua respeitável sentença, em que indeferiu o pedido e transformação de sua pena em medida de segurança, a MMa. Juíza, ainda admitindo a possibilidade dessa transformação, afirma que a mesma não poderia ultrapassar os limites da pena imposta, em face de nossa jurisprudência ter firmado que "(...) só a medida de segurança imposta aos inimputáveis ou semi-imputáveis não tem prazo determinado, devendo cessar com a cessação de periculosidade do agente, sua razão de ser. A medida de segurança dita substitutiva da pena não pode ir além dos limites desta para não se desrespeitar a coisa julgada".

Assim, ante o óbice intransponível no presente caso, cita a MMa. Juíza aplicável disposto no § 2.° do art. 682 do Código de Processo Penal, que prevê: "Se a internação se prolongar até o término do prazo do restante da pena se não houver sido imposta medida de segurança detentiva, o indivíduo terá o destino aconselhado pela sua enfermidade, tomando-se as providências cíveis cabíveis".

9. Para que este Conselho tome as providências de assistência ao egresso, condição essa que o sentenciado adquirirá a partir de 24.08.1998, quando deverá ser posto em liberdade, nos termos dos dispostos nos arts. 25 e 70 da Lei da Execução Penal, juntamente com outras providências solicitadas pela MMa. Juíza, dadas as peculiaridades inerentes à particularíssima condição de Francisco Costa Rocha, cumpre-nos uma concisa digressão doutrinária do quadro de que é portador.

Não existe nenhuma definição satisfatória para "enfermidade". Poderíamos dizer que enfermidade é o conjunto de reações construídas de um organismo ou de uma de suas partes decorrentes de um estímulo mórbido. A Medicina Geral clássica separava "a doença somática da doença psíquica". Quando a Organização Mundial de Saúde (OMS) passou a definir saúde não mais como simplesmente "ausência de enfermidade" e sim como um "estado de completo bem-estar físico, mental e social", este conceito trouxe novos horizontes à Psiquiatria, assinalando que a interação entre o soma e a psique passa hoje a ser unânime e pacificamente aceita. Desde então, ficou, pois, destituída de base científica toda e qualquer separação entre o somático e o psíquico; conseqüentemente, mostra-se bastante artificial e inconsistente o que a Medicina Clássica distinguia, isto é, doenças orgânicas e doenças psíquicas. Os conceitos atuais avançaram em direção a um conceito de enfermidade como algo que implica, envolve e compromete a personalidade inteira, não obstante persistir a dicotomia "doenças somáticas e doenças psíquicas". Larga tem sido a controvérsia doutrinária, especialmente no campo da Medicina e da Psiquiatria, acerca do conceito de doença mental ou enfermidade mental. Não se deve confundir perturbação de saúde mental com doença mental propriamente dita. Nas enfermidades psíquicas, há sempre uma perturbação da saúde mental, mas essas perturbações nem sempre decorrem de uma doença mental.

O conceito de Doença Mental é metajurídico, de difícil abrangência unitária, em face das complexas manifestações assumidas. Assim, sem desprezar conceitos técnicos e psiquiátricos, o Direito elaborou juízos valorativos, relacionando as causas de natureza biológica, com a capacidade de entender e determinar do agente e o seu poder de autodeterminar-se frente à situação real vivenciada no momento.

O posicionamento do jurista para os efeitos da norma jurídica, nos moldes jurídicos, nem sempre coincide exatamente com o conceito psiquiátrico de doença mental, não obstante estar embasado nos conceitos médico-psiquiátricos. Por outro lado, não se deve confundir a perturbação de saúde mental (psicopatia) com enfermidade mental. O nosso Código Penal, no parágrafo único do art. 26: ... trata dos agentes que ao tempo da ação ou omissão não possuíam a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento.

De maneira geral, o diagnóstico de personalidade psicopática implica diretamente em semi-imputabilidade. No entanto, já faz parte de nossa jurisprudência, pois existem casos de personalidade psicopática (anti-social) tidos como imputáveis e até complemente inimputáveis. Assim, cada diagnóstico de personalidade psicopática há de ser considerado em face de sua capacidade de imputação, frente às características individuais de cada psicopata.

Posição revolucionária, bastante difundida, esclarecedora, embora sempre criticada, foi a contribuição de Kurt Schneider no campo das chamadas personalidades. Seguramente, foi o autor cujas idéias sobre personalidade psicopática mais influenciaram os psiquiatras deste século. Recusou-se a admitir que as personalidades psicopáticas sejam, em si e por si, estados patológicos definidos e determinados, afirmando que as mesmas não constituem, em absoluto, uma doença mental nem do ponto de vista psicopatológico, nem jurídico-social. Schneider enunciou, em 1923: "Personalidades psicopáticas são variantes anormais da personalidade que sofrem ou fazem sofrer a sociedade". No campo das personalidades psicopáticas, são inúmeros os aspectos de controvérsia e, até hoje, não se afastou a causalidade biológica e constitucional, sendo a mesma atribuída aos fatores heredo-constitucionais. A evolução dos conceitos e dos conhecimentos de natureza etiológica permite o reconhecimento de três períodos diversos, ainda que haja alguma superposição cronológica:

1. Período tipológico em que sobressaem as idéias e os tipos de Schneider.

2. Período da síndrome: a partir principalmente da década de 50, os esquemas diagnósticos de McCord & Mc Cord, Cleckey e outros adquirem importância diagnóstica inquestionável, sendo adotada em todas as observações médico-psiquiátricas para efeito de conclusões e observações de natureza criminológica. Neste caso, os aspectos mais consistentes analisados são a agressão anti-social, um superego inadequado, incapacidade de se identificar com os outros, um ego frágil, ausência de conflitos e culpa, hiperatividade motora e ausência de comportamento dirigido. Acrescente-se que nem sempre é fácil identificar aqueles indivíduos que merecem o título de psicopatias e, nesse sentido, o diagnóstico implica problema de validade diagnóstica. É de conhecimento comum que nem todo psicopata é delinqüente, como nem todo delinqüente é psicopata.

3. Período das dimensões: em que as avaliações são várias, utilizando-se de psicotestes (PMK, Rorschach, estudos da condutividade elétrica da pele e traçado eletrencefalográfico). Através das dimensões "psicopáticas" procura-se saber o *quantum* um indivíduo apresenta de características psicopáticas. Assim, desta maneira, o psicopata não pode ser definido em termos qualitativos.

As avaliações psicométricas, exames eletrencefalográficos e outras provas de natureza funcional fornecem elementos preciosos não só na diagnose da Psicopatia como na avaliação do "grau de Psicopatia", possibilitando, através do estudo das "dimensões", elaborar um

juízo de expectativa de maior validade de provável ou não reincidência criminal (prognose) e estabelecer correlações entre a Psicopatia e as estruturas corticais e outras de natureza biológica. Sabe-se, por exemplo, que um psicopata com EEG anormal tem melhor prognósticos do que aquele com EEG normal, principalmente os psicopatas violentos, como no caso presente.

10. Assim, nos termos estatuídos pelos arts. 25 e 70 da Lei de Execução Penal, juntamente com outas providências a serem tomadas pelo Exmo. Sr. Secretário de Saúde do Estado de São Paulo e Exmo. Sr. Secretário de Assuntos Penitenciários, é importante levar em conta o diagnóstico do futuro egresso Francisco Costa Rocha, constatado em reiteradas perícias criminológicas.

Por tudo o que foi relatado nas mesmas, seu transtorno de personalidade de natureza psicopática é *grave, duradouro e irreversível*, o qual, associado aos delitos pelos quais cumpre pena, confere-lhe elevada periculosidade, tendo-se constatado que, no ambiente restritivo em que se encontra, a mesma mantém-se em "estado de latência". Deve-se ressaltar, ainda, para as devidas providências desejáveis, nos termos do § 2.º do art. 682 do Código de Processo Penal ("... o indivíduo terá o destino aconselhado pela sua enfermidade"), que somente *latu sensu* poderemos incluí-lo no grupo dos enfermos mentais. Não obstante o art. 25 da LEP obrigar que se dê assistência ao egresso e declinar quais os meios a serem utilizados, mesmo tendo-se em mente a receita preconizada pela ONU ("o dever da sociedade para o condenado não termina ao ser posto em liberdade") no caso vertente, em face da particularíssima condição da personalidade e elevada periculosidade de Francisco Costa Rocha, os interesses da Defesa Social não podem ser desconsiderados. A assistência a ser dada ao mesmo será bastante complexa, diferenciando-se pelas razões retrorrelatadas, da condição de um egresso sem expressões de periculosidade.

Verifica-se, por outro lado, que apenas uma pequena porcentagem da população psicopata é de fato encaminhada para tratamento psiquiátrico e aqueles que são encaminhados têm um prognóstico pior daqueles que não o são. A razão para esta diferença no prognóstico é que o psicopata só procura o psiquiatra quando tem problemas com a lei ou quando é mandado pelas autoridades judiciais. Escusado dizer que os psicopatas encaminhados para tratamento representam a pior parcela da população psicopata. Ademais, é um fato da experiência clínica de todo o psiquiatra que poucos são os psicopatas que permanecem sob tratamento por muito tempo, pois não colaboram e o abandonam assim que seus problemas legais são resolvidos.

No caso presente, a pluralidade das ações a serem desenvolvidas devem voltar-se não só às ações de natureza assistencial (psiquiátrica, social e psicológica), mas também, como foi mencionado no item "dimensões das Psicopatias", aos recursos de investigação exploratória "do mal que traz em si", os quais não se exauriram, sem deixar de levar em conta os interesses da Defesa Social.

Urge, porém, não esquecer que se aproxima a data em que Francisco adquirirá a condição de egresso e que a somatória dos esforços conjugados a serem investidos em sua pessoa exige uma instância coordenadora que, além de sintetizar todas as diretrizes a serem tomadas, propiciará todas as gestões exigidas pelo caso.

Atende-se que, em face da complexidade do caso em si, essas atuações, instadas pelas determinações da MMa. Juíza em sua sentença, não deverão se esgotar em um ano, devendo atuar por tempo indeterminado.

Deste modo, para que este Conselho possa exercer sua função nos termos preconizados pela LEP, seria recomendável a formação de uma comissão interdisciplinar que incluiria profissionais técnicos da Secretaria da Saúde, Secretaria de Assuntos Penitenciários, membros do Ministério Público e os profissionais que irão providenciar laudo criminológico interdisciplinar, 60 dias antes do término da sentença.

Este é o parecer que apresentamos aos demais membros deste Conselho e, *ad referendum* dos mesmos, solicito que se extraiam cópias que devem ser encaminhadas para ciência à MMa. Juíza da Vara das Execuções Criminais Dra. Fernanda Gomes Camacho, ao Exmo. Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, ao Exmo. Secretário de Assuntos Penitenciários, ao Ministério Público para eventuais providências cíveis cabíveis e à equipe criminológica da Casa de Custódia e Tratamento "Dr. Arnaldo Amado Ferreira" de Taubaté.

Claudio Theotonio Leotta de Araujo

2. Anexos

Poder Judiciário – São Paulo

Vara das Execuções Criminais de São Paulo

Departamento Tec. de Apoio ao Serviço de Execuções Criminais – DECRIM

Ofício 132/98

São Paulo, 27 de abril de 1998.

Senhora Presidente:

Pelo presente, para as providências cabíveis junto a esse órgão, encaminho a Vossa Senhoria cópias das decisões preferidas neste Juízo em 24.04.1998, relativas ao sentenciado Francisco Costa Rocha, RG. 3.238.673/4, Execução de Sentença 110.204, também conhecido como "Chico Picadinho", esclarecendo que o término das penas foi antecipado para 07.06.1998.

Para maiores esclarecimentos, transmito cópias dos autos de execução.

Na oportunidade, apresento a Vossa Senhoria os protestos de minha elevada estima e distinta consideração.

Fernanda Gomes Camacho, Juíza de Direito

Ilustríssima Senhora
doutora Maria Elizabete Schrepel
DD. Presidente do Conselho Penitenciário do Est. de São Paulo
São Paulo – SP

Poder Judiciário – São Paulo
Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais da Capital
Execução n. 110.204

Vistos.

I. Trata-se de pedido de remição formulado por Francisco Costa Rocha (também conhecido como "Chico Picadinho"), RG 3.328.673/4, referente ao período de trabalho de 1.º.04.1997 a 27.02.1998 (231 dias).

O Ministério Público se manifestou favoravelmente ao pedido.

É o relatório.

II. Fundamento e *decido*.

Os documentos juntados comprovam o período de trabalho e a inexistência de faltas disciplinares graves.

III. Ante o exposto, julgo remidos 77 (setenta e sete) dias de pena do sentenciado, nos termos do art. 126 da LEP. *Em conseqüência, o término da pena será antecipado para 07.06.1998.*

Retifique-se o cálculo de liquidação da pena, *com urgência*. P. R. I. C.

São Paulo, 24 de abril de 1998.

Fernanda Gomes Camacho

Juíza de Direito

Poder Judiciário – São Paulo

Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais da Capital

Execução n. 110.204

Vistos.

1. Trata-se de execução de pena imposta a Francisco Costa Rocha (também conhecido como "Chico Picadinho"), RG 3.238.673/4.

Em atendimento da decisão proferida em 24.10.1997, a Sra. Presidente do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, Maria Elizabeth Schrepel, após minucioso parecer técnico do Conselheiro Cláudio Theotonio Leotta de Araújo, bem como pareceres dos Conselheiros Emílio José de Augustinis e Mauro Otavio Nacif, comunicou que o referido órgão está tomando providências quanto à formação de corpo técnico direcionado à futura assistência ao sentenciado.

2. Na presente data, foi concedida remição de 77 dias, acarretando a *antecipação do vencimento da pena para o dia 07.06.1998*.

3. Diante da decisão proferida em 24.10.1997, contra a qual houve interposição de agravo, encaminhe-se cópia da presente ao Egrégio Tribunal de Justiça e comunique-se a antecipação do vencimento da pena, *via fax*.

4. Comunique-se a antecipação da pena ao Conselho Penitenciário, à Secretaria da Saúde, à Secretaria de Assuntos Penitenciários e à Diretoria da Casa de Custódia e Tratamento Psiquiátrico "Dr. Arnaldo Amado Ferreira" de Taubaté.

5. Para os fins do art. 682, § 2.º, do Código de Processo Penal, cobre-se, *com urgência*, o atendimento pela Diretoria do local de internação, pela Secretaria de Saúde e pelo Secretário de Assuntos Penitenciários das determinações constantes no item "c" da decisão copiada a fls. 90/96. Como subsídio às providências a serem tomadas, encaminhe-se cópias dos pareceres do Conselho Penitenciário (fls. 126/150 e 160/167).

Se necessário, deverá a Secretaria de Assuntos Penitenciários providenciar a urgente remoção do condenado ao Centro de Observação Criminológica, para elaboração do laudo de equipe interdisciplinar, já determinado.

6. Finalmente, considerando que o recurso interposto foi recebido apenas no efeito devolutivo, ante as providências indicadas pelo Conselho Penitenciário, abra-se vista ao Ministério Público para que indique quais providências cíveis tomadas por aquele órgão.

P. R. I. C.

São Paulo, 24 de abril de 1998.

Fernanda Gomes Camacho

Juíza de Direito

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1 Jurisprudência Comentada

8.1.1

O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A NECESSIDADE DE SUA FUNDAMENTAÇÃO

ADILSON PAULO PRUDENTE DO AMARAL FILHO

CONSTITUCIONAL – PENAL E PROCESSUAL PENAL – *Habeas corpus* – Inépcia da denúncia e falta de justa causa – Acolhimento – Trancamento da ação penal – recebimento de denúncia por decisão imotivada – Nulidade absoluta – Inteligência dos arts. 93, IX, e 5.º, LV, da Constituição Federal.

Ementa: I – Demonstrada, de plano, a inexistência de qualquer ato concreto praticado pelo paciente que se subsuma à descrição da conduta típica prevista para o crime que lhe é imputado, é de se reconhecer a falta de justa causa para prosseguimento da ação penal com relação a ele, determinado-se seu conseqüente trancamento.

II – Verificando-se, igualmente, a inocorrência de fatos reais, típicos das condutas atribuídas a dois outros réus, impõe-se estender-lhes, de ofício, a ordem de trancamento da ação penal proposta, nos termos do art. 654, § 2.º, c/c o art. 580, ambos do CPP.

III – Inadmissível é considerar-se o recebimento da denúncia, com todas as repercussões e danos que causa à pessoa do réu, como um despacho meramente ordinatório, sem qualquer carga decisória. Sua natureza é típica de decisão interlocutória e, como tal, imperiosa se faz sua fundamentação, ex vi *do disposto no art. 93, IX, c/c o art. 5.º, LV, ambos da Constituição Federal. Assim, concede-se, também de ofício,* habeas corpus *em favor da acusada não beneficiada pelo trancamento da ação penal em questão, para anular decisão de recebimento da denúncia e demais atos subseqüentes, a fim de que outra seja proferida, fundamentadamente.*

IV – Ordem concedida.

HC 97.04319-2 – 2.ª T. – 1.ª Câm. – TJCE – j. 09.12.1997 – rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos, acordam os Desembargadores integrantes da 2.ª Turma da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conceder a ordem postulada, tudo de conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO – Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Meton Cesar de Vasconcelos, indicando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 2.ª Vara de Tráfico e Uso de Entorpecentes da Comarca desta Capital, que, recebendo a denúncia formulada pelo digno representante do *Parquet*, atuante junto àquele Juízo, deu início à ação penal que ora se pretende obstar.

Alega o impetrante, em síntese, o seguinte:

I) a inépcia da peça denunciatória, por não trazer a descrição de qualquer fato criminoso praticado pelo paciente, o que afronta o enunciado do art. 41 do CPP;

II) a inexistência de justa causa para prosseguimento da ação penal, por não haver um só elemento concreto revelador da conduta criminosa imputada ao paciente;

III) que no tipo penal atribuído ao paciente exige-se que o viciado seja surpreendido adquirindo a droga, guardando-a ou a conduzindo consigo;

IV) nenhuma dessas formas de proceder foi evidenciada como tendo sido cometida pelo paciente, razão pela qual inexiste conduta sua que se subsuma ao tipo penal descrito na exordial denunciatória.

Requer, ao final, seja reconhecida a inépcia da denúncia em relação ao paciente e se determine o conseqüente trancamento da ação penal proposta contra ele, em face da falta de justa causa para seu prosseguimento.

Concedi, às fls. 29/30, a liminar postulada, no sentido de sustar o interrogatório e demais atos processuais relativos ao paciente, por entender presentes os pressupostos autorizadores da sua concessão, *ab initio*.

Vieram as informações de fls. 34/35, indicando, preliminarmente, os motivos pelos quais a autoridade reputada coatora não fundamentou a decisão de recebimento da denúncia.

Afirma, ainda, o digno Magistrado que acolheu a peça denunciatória por vislumbrar nela presentes os requisitos do art. 41 do CPP, haja vista que existem indícios suficientes para deflagração da *persecutio*.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça manifestou-se, às fls. 39-43, opinando pelo conhecimento da impetração e pela sua concessão, para trancar a ação penal em relação ao paciente e, *ex officio*, aos denunciados pelo crime de tráfico de droga (art. 12, Lei 6.368/76).

É o relatório.

VOTO – O manto protecionista do *habeas corpus*, nos dias atuais, não se limita a proteger somente o direito de locomoção, mas, ainda, alcança outros direitos suscetíveis de constrangimento ilegal, tais como a segurança, a liberdade ou mesmo a garantia do devido processo legal (art. 5.°, LV, da CF). Daí, algumas vezes, impetrar-se o remédio heróico objetivando a obtenção do trancamento de ação penal proposta contra a pessoa do paciente.

É o caso destes autos.

Cumpre observar que essa admissibilidade do *writ* constitucional não pode ser elástica nem absoluta a ponto de ensejar o "trancamento" do processo em qualquer situação fática, sob pena mesmo de cercear, por completo, uma garantia constitucional essencial ao Estado Democrático de Direito, qual seja a *persecutio criminis*.

Por conseguinte, para se admitir a possibilidade dessa obstrução do feito, mister se faz que esteja plenamente demonstrada, de forma pré-constituída, a situação fática que desautoriza o prosseguimento da ação penal.

Dita circunstância, ou seja, a comprovação prévia, clara e indiscutível dos elementos que ensejam o trancamento da ação, faz com que se afaste, de logo, a questão acerca da impossibilidade de discussão de matéria de fato por meio do *habeas corpus*.

Com efeito, embora já esteja pacificado o posicionamento de que não é possível, nesta via, a análise de situações fáticas que exijam um exame aprofundado da prova, dito entendimento não pode ser tomado de maneira extremada, importando num verdadeiro instrumento inviabilizador da garantia constitucional, contida no art. 5.°, LXVIII, da CF/88.

Assim, havendo a produção de prova pré-constituída que comprove cabalmente a ocorrência das ilegalidades apontadas, não há como se deixar de fazer uma avaliação desse acervo probatório, a fim de desconstituir o constrangimento ilegal e abusivo a que possa estar submetido o paciente.

Feitas essas considerações, passo à análise do caso.

De início, mesmo não tendo sido causa de pedir desta impetração, porém aventada, *en passant*, no despacho concessivo da liminar requestada, constante das fls. 29/30, e, com veemência, rebatida pelo ilustre Magistrado *a quo*, cumpre-me examinar, ainda que de ofício, a nulidade, por ausência de fundamentação, do ato pelo qual a digna autoridade indigitada como coatora recebeu a denúncia formulada pelo agente do *Parquet*.

De fato, o mencionado ato de recebimento da delatória, pareceu-me totalmente em desacordo com o princípio constitucional da necessidade de motivação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX), atingindo, também, a garantia da ampla defesa e do contraditório (art. 5.°, inc. LV).

Destarte, inobstante seja conhecedor do posicionamento adotado por nossa Corte Suprema e pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de compreender esse ato judicial como sendo meramente ordinatório, não carecendo, por conseqüência, de motivação, ouso discordar desse entendimento. Realmente, concebo dito ato não como mero despacho de expediente, sem qualquer carga decisória, razão pela qual creio que a falta de fundamentação da decisão

de recebimento da denúncia fere mortalmente o preceito insculpido no art. 93, IX, da Carta Magna.

Sem dúvida, o argumento suscitado por aqueles que defendem ser o ato de recebimento da denúncia simplesmente ordinatório é bastante cômodo, porém, não se me afigura correto, representando uma verdadeira forma de burlar a exigência constitucional contida no preceptivo em alusão.

É que, como sabido, o nosso legislador constituinte, ao estabelecer as diretrizes que devem nortear o Estatuto da Magistratura, em seu art. 93, enumerou alguns princípios a serem observados, entre os quais se encontra o elencado no inc. IX, *verbis*: "IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...".

Citada exigência, que constitui o princípio da necessidade de motivação das decisões judiciais, aplica-se a todo e qualquer ato decisório emanado do Poder Judiciário, figurando dentre esses, sem dúvida alguma, a decisão pela qual o Juiz recebe a denúncia formulada pelo Ministério Público.

Desse modo, dito ato, mesmo tido por alguns tribunais como despacho meramente ordinatório e por outros como decisão de natureza interlocutória simples, não deixa, por conta disso, de ser um ato decisório de um órgão judicial, com inúmeras repercussões, inclusive, e principalmente, no *status libertatis* do indivíduo.

Sobre o assunto, o Prof. Fernando da Costa Tourinho Filho assim se manifesta, *in litteris*: "Os atos praticados pelo órgão jurisdicional classificam-se em decisórios, instrutórios e de documentação.

Decisórios. No Processo Penal, os atos decisórios ou jurisdicionais apresentam a grande dicotomia: a) decisões e b) despachos de expediente. Decisões, significando ato de decidir, são as soluções dadas pelos Órgãos Jurisdicionais às questões que surgem no transcorrer de um processo. Sua importância está na dependência do relevo da discussão suscitada. Basta dizer que o ato por meio do qual o Juiz recebe a denúncia é uma decisão. Também o é aquele que põe fim ao processo, com ou sem julgamento do mérito. Há, assim, uma gama de decisões. Já os despachos de expediente são atos singelos, pertinentes à movimentação do processo".

E arremata o citado mestre: "Assim, por exemplo, *são interlocutórias simples as decisões atinentes ao recebimento da peça acusatória*, incidente de falsidade documental, execução de suspeição, *decretação da prisão preventiva* etc." (in *Processo Penal*, v. 3, 12. ed., São Paulo, Saraiva, p. 78-79 – destaquei).

Ora, como se pode observar, mesmo sendo decisão interlocutória simples, a exemplo da decisão que decreta a prisão preventiva, é o recebimento da denúncia um ato decisório que não pode prescindir (tal como o decreto de prisão) de fundamentação, sob pena de nulidade, conforme disposto no art. 93, IX, da CF/88.

A respeito da matéria, trago à colação as lições sempre lúcidas do Prof. Rogério Lauria Tucci, *verbis*: "Não se pode falar em fundamentação hábil quando a decisão de recebimento da denúncia ou da queixa limita-se à afirmação da coexistência de *fumus boni iuris* (fundamento razoável da acusação) e do legítimo interesse de agir do acusador, público ou privado: é absolutamente necessário que o órgão jurisdicional justifique-os, em consonância e perfeita harmonia com os elementos colhidos nos autos de investigação criminal ou constantes das peças de informação" (in *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 283).

O lente da Universidade de São Paulo, ainda na sua obra supracitada, em nota de rodapé, criticando a posição daqueles que proclamam não ter o ato judicial em questão caráter decisório, assim assevera: "É, por isso, aliás, que se continua admitindo decisões de recebimento de acusação mediante singelos lançamentos de carimbo, com afronta gritante ao claríssimo mandamento constitucional; vale dizer, *nulas de raiz*..." (cf. p. 284).

Sendo assim, inquestionável é que, ao receber a denúncia, deve o julgador explicitar se se acham presentes, não só as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido; legitimidade *ad causam* e interesse de agir), como também os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, referentes ao aspecto formal da peça exordial da acusação.

Esse dever, como já se disse, é inafastável, principalmente pela grande carga de efeitos que é conferida a esse despacho, o qual chega a atingir, em última análise, o *status libertatis* do acusado. Daí não ser admissível que o julgador aja de forma arbitrária, sem indicar as razões

que o levaram a vislumbrar a plausibilidade da acusação contra o réu formulada e a necessidade do acolhimento da delatória.

Nesse diapasão, ensina Edgard Silveira Bueno Filho, *verbis*: "(...) *Deveras, é importante para o acusado saber as razões que levaram o juiz a entender plausível a acusação contra ele dirigida, a fim de com elas concordar, ou recorrer à instância superior.* (...) Sabemos que nossa afirmação está sujeita a críticas e, mais do que isto, que alguns dos juízes não se preocupam em motivar as decisões em tela, viciados que se encontram pela permissividade antiga ou pelo receio de, ao afirmarem as razões, prejulgarem a causa. *Preferimos, contudo, correr este último risco, passível de ser reparado frente a um melhor exame da causa ou dos elementos colhidos na fase instrutória, a conferir ao Juiz um poder arbitrário, como o que hoje ostenta de receber ou não a denúncia sem qualquer justificativa, pois o que está em jogo no processo penal é a liberdade do cidadão, e esta não pode ser colocada em risco pelo receio de cometer uma antecipação de seu julgamento, plenamente reparável no curso da demanda, pela simples desatenção acomodatícia do Magistrado*" (in *O Direito à Defesa na Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 69 – grifei).

Corroborando com essa posição, vem a pelo a decisão proferida pelo Eg. Tribunal Regional Federal da 3.ª Região no HC 5.217, cuja relatora, Dra. Sylvia Steiner, na ementa do julgado, pontifica:

"*Habeas corpus* – Trancamento de ação penal – Inépcia da denúncia e falta de justa causa – Desacolhimento – Recebimento da denúncia por decisão imotivada – Decisão interlocutória simples que não se confunde com despacho de expediente – Inteligência dos arts. 93, IX, e 5.º, LV, da Constituição Federal – Ordem concedida em parte.

1. (...)

2. (...)

3. O recebimento da denúncia se dá por meio de decisão de natureza interlocutória simples, embora a praxe nomeie o ato como se despacho fosse. O Código de Processo Penal só se refere a despachos enquanto atos meramente ordinatórios, ou de expediente (art. 800, III, CPP).

4. Em processo penal, a doutrina entende ser necessária a motivação das decisões interlocutórias simples ou mistas, que não se confundem com despachos de expediente ou meramente ordinatórios.

5. A decisão que recebe a denúncia tem a mesma natureza interlocutória simples da decisão que decreta a prisão preventiva, da que decide sobre exceção de suspeição, sobre fiança, ou incidente de falsidade documental, dentre outras.

6. *Portanto, a decisão de recebimento da denúncia deve ser fundamentada, para ensejar o controle extraprocessual e possibilitar o exercício da ampla defesa, para o que se faz mister o conhecimento das razões de decidir. Inteligência dos arts. 93, IX, e 5.º, LV, da Constituição Federal.*

7. Ordem concedida em parte, para anular a decisão de recebimento da denúncia, para que outra seja proferida, fundamentadamente" (in *Revista do TRF* – 3.ª Região, v. 26, abr. a jun./96, p. 286 – destaque nosso).

Portanto, diante do acima exposto, parece-me inadmissível considerar-se a aceitação da denúncia, com todas as repercussões e danos que causa à pessoa do réu, como um despacho puramente ordinatório, sem qualquer carga decisória.

Iniciada a ação penal, o acusado fica diretamente vinculado ao órgão jurisdicional, com limitações no seu direito de ir e vir, com sua reputação atingida (pelo menos até que prove sua completa inocência) e, o que é mais sério, sofre grande risco de ver restringido seu bem mais valioso, que é o direito à liberdade.

Essas conseqüências, inquestionavelmente graves, a meu sentir, não podem ser infligidas a um cidadão (presumidamente inocente – art. 5.º, inc. LVII, CF/88) de forma arbitrária, sem que lhe seja dada, sequer, a oportunidade de conhecer dos motivos pelos quais o julgador monocrático inferiu plausível a acusação contra ele formulada, a ponto de ensejar o início da *persecutio criminis*.

Sua natureza, não tenho a menor dúvida, é de verdadeira interlocutória, com grande carga decisória e muita repercussão na própria vida do réu, pelo que não pode prescindir do requisito da fundamentação, erigido ao patamar de garantia constitucional pelo art. 93, IX, da *Lex Fundamentalis*.

Isto posto, no que toca a esse primeiro ponto em comento, não vejo como deixar de reconhecer a falha da decisão que albergou a denúncia

formulada contra o paciente sem qualquer fundamentação.

Ultrapassada essa questão inicial, dou seqüência ao exame dos argumentos efetivamente trazidos à tona pelo impetrante no presente *writ*.

Como visto, alega o nobre causídico, em suma, a inépcia da exordial denunciatória por não descrever nenhuma conduta criminal que possa ser imputada ao paciente. Argúi, de igual, a falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal que lhe foi proposta, em face de não existir qualquer elemento de prova capaz de demonstrar, de forma concreta e precisa, a materialidade e a autoria do comportamento criminoso a ele impingido.

Em verdade, o agente ministerial, em sua peça acusatória, não descreve qualquer conduta típica do acusado. Todavia, fulcrado apenas no fato de a denunciada Raquel Lima Nunes haver afirmado ser seu namorado, no caso, o paciente, viciado, e sempre adquirir droga dos outros dois delatados por tráfico de entorpecente, chega a conclusão, por "indução lógica", como ele mesmo afirma, que Ernani Barreira Porto Júnior comprou a cocaína apreendida e mantinha sob sua guarda, em conjunto com Raquel, para uso próprio.

É o que se depreende do pequeno trecho da exordial delatória adiante transcrito: "... A denunciada Raquel afirmou desconhecer a quem pertencia a cocaína apreendida, mas a alegada condição de usuária, bem como o fato de haver declarado que Ernani, que disse ser seu namorado, sempre adquire cocaína do primeiro e segundo denunciados, torna notório, por indução lógica, que haviam obtido aquele papelote de cocaína dos referenciados traficantes, inferindo-se das suas declarações, ainda, que a venda da cocaína que guardava com Ernani, a consumo também comum, foi consumada pelos mencionados traficantes em concurso" (p. 17).

Como se pode perceber, o Representante do Ministério Público, de forma confusa e se utilizando de um exercício de "indução lógica", pretende imputar ao paciente conduta criminosa correspondente a *compra e guarda, para uso próprio, de substância entorpecente*. Entretanto, não a descreve de maneira clara e circunstanciada como exige o art. 41 do Código Adjetivo Penal.

Por outro lado, os elementos de prova trazidos ao conhecimento desta instância superior neste *mandamus*, não deixam qualquer dúvida de que, verdadeiramente, não há nos autos nenhum dado concreto que autorize concluir-se haver o paciente praticado a conduta criminosa que lhe é atribuída.

Como é cediço, o objeto material ou as condutas incriminadas no tipo penal descrito no art. 16 da Lei 6.368/76 englobam as atividades dos verbos *adquirir, guardar* e *trazer consigo* substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, desde que para uso próprio.

Analisando a vestibular denunciatória e os documentos acostados ao caderno processual, detecta-se, sem maiores esforços, que em um momento sequer ficou demonstrada, de forma precisa e objetiva, qualquer ação do paciente que se subsuma em uma daquelas atividades constitutivas do tipo penal em comento.

De feito, de uma singela apreciação dos depoimentos do condutor e das testemunhas ouvidas no inquérito policial (por ocasião da lavratura do flagrante), vê-se que nenhuma delas faz a mínima referência ao paciente, dando conta, tão-somente, da denunciada Raquel Lima Nunes, a qual, inclusive, teria confessado a propriedade da droga e que a havia adquirido de Giovani e Alan.

Nesse sentido, colho os seguintes trechos, abaixo transcritos:

Condutor – Antônio Valdeniro Santos Pinho – "... Que, perguntada sobre a procedência daquela substância, *a conduzida aqui presente informou tê-la adquirido* dos elementos que conhece por Giovani e Alan..." (v. fl. 19).

Primeira testemunha – Luiz Gonzaga de Oliveira Filho – "... Que, passaram a revistar o interior do apartamento, quando foi encontrado, dentro de um saco pequeno, plástico transparente, o material – *Cocaína, tendo a conduzida confessado ser sua e, posteriormente, que adquiria do Giovani e Alan*" (cf. fl. 20).

Já a acusada Raquel Lima Nunes, em seu depoimento que demora às fls. 21/22, embora sem admitir a propriedade da droga encontrada, afirma ser viciada.

É de se ressaltar, entretanto, que em instante algum a citada denunciada atribui a propriedade da dita substância, ali apreendida, ao seu namorado (Ernani Barreira Júnior), informando, exclusivamente, que ele é viciado e adquire cocaína aos indivíduos Geovane e Alan.

Desse modo, se nenhuma das pessoas ouvidas dá conta de que fora o paciente quem adquirira o narcótico apreendido, não há como se lhe conceder a propriedade deste.

Igualmente, não se pode concluir pertencer ao paciente a substância tóxica em apreço, pelo fato de haver este supostamente estado com a namorada, na noite anterior, no quarto do "hotel", onde se deu a prefalada apreensão. A declaração de fl. 23 dos autos, da lavra da Diretora Administrativa do Hotel Praia Sol, ao contrário, informa que "não encontrou, por inexistir, qualquer registro de sua presença naquele estabelecimento hoteleiro, no período de 01.08.1996 a 30.09.1996".

Ora, ainda que não existisse a declaração mencionada ou mesmo admitindo que ela não traduz a realidade, não tendo valor probante, desponta evidente que o simples fato de haver estado no local onde foi apreendido o alucinógeno, na noite anterior à diligência policial, não implica seja o paciente seu proprietário ou possuidor, já que não existe nenhum indício apontando nesse sentido. Ele não foi flagrado trazendo consigo, guardando ou adquirindo a substância entorpecente em causa, para uso próprio. Não há, pois, como imputar-lhe o tipo penal capitulado no art. 16 da Lei 6.368, de 21.10.1976.

Ademais, impende destacar que mesmo houvesse o paciente estado na citada noite no local onde posteriormente fora apreendida a droga e feito ali uso da dita substância, não tendo sido surpreendido conduzindo-a consigo nem tampouco a mantendo sob sua guarda, a suposta conduta por ele praticada seria atípica.

Realmente, como adverte Vicente Greco Filho, "a lei não pune o vício em si mesmo, porque não tipificada a conduta 'usar', mas pune o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, qualquer que seja o fim a que se destina" (cf. *Tóxicos*, 10. ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 116).

Verifica-se, pois, do exame dos autos, não haver qualquer elemento concreto que comprove, ou ao menos forneça indícios, de que o paciente praticou uma das condutas delitivas descritas no art. 16 da Lei de Tóxicos.

É certo que a única referência direta ao paciente consiste em assentar ser ele também viciado em cocaína e já haver adquirido dito produto para seu consumo, mas, como é sabido, tal fato, por constituir atividade pretérita, não é passível de punição, configurando ato atípico.

Nesse sentido, tem sido a jurisprudência dos tribunais pátrios, como se vê dos arestos infratranscritos:

"Injeção da droga pelo acusado no próprio organismo quando surpreendido por policiais – Ausência de risco potencial de disseminação do uso – Fato típico. O uso pretérito de droga, ainda que recente e induvidoso, por afirmação testemunhal ou até mesmo policial, não integra o delito porque, desaparecida a droga pela consumação, deixa de haver o risco potencial de disseminação de seu uso, fator determinante da punibilidade" (TJSP – AC 122.315-3 – rel. Reynaldo Ayrosa – *JTJ* 143/301).

"A lei não pune o agente por haver feito uso de entorpecente em momento anterior à sua prisão, mas sim pela posse de tóxicos, ainda que para uso próprio. Por isso, se alguém de alguma forma usa determinada droga mas, quando surpreendido não a conduz consigo, não a guarda ou conserva, pratica ato atípico" (TJSP – AC – rel. Cunha Camargo – *RT* 655/276 e *RJTJSP* 126/449).

Assim sendo, considerando que não consta do processo em análise nenhum suporte fático que autorize a atribuição da conduta típica descrita ao paciente, é de se reconhecer a configuração de constrangimento ilegal contra a sua pessoa, em virtude da inquestionável ausência de justa causa para prosseguimento da ação penal contra ele intentada.

Da mesma forma, acostando-me à sugestão do digno Procurador de Justiça, formulada no parecer de fls. 39/43, entendo necessária a aplicação, *ex officio*, de todos os argumentos acima exarados (no que toca à falta de justa causa para prosseguimento da ação penal) aos dois denunciados pelo crime de tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/76), Sr. Geovane Cesarino Correa e Sr. Francisco Alan Chaves Araújo. É que inexistem nos autos elementos que apontem qualquer conduta concreta passível de ser conferida a eles, de modo a configurar o tipo penal que lhes é imputado.

Indubitavelmente, não se admite seja atribuída a alguém conduta criminosa, por puro exercício de "indução lógica", com esteio em mera referência que sequer indica haver sido a sustância entorpecente em apreço adquirida pelo paciente aos acusados de efetuarem o tráfico. Em resumo, não se pode imputar a pessoa

alguma prática delituosa por simples suposição, sem uma investigação mais aprofundada que possa fornecer fortes indícios da materialidade e da autoria do crime que se pretende apurar.

Diante de todo o exposto, concedo a ordem postulada, a fim de determinar o trancamento da ação penal proposta contra o paciente, estendendo-a, *ex officio*, aos outros dois denunciados acima nominados (Geovane Cesarino Correa e Francisco Alan Chaves Araújo), nos termos do art. 654, § 2.º, c/c o art. 580, todos do Código de Processo Penal, à míngua de justa causa para o seu prosseguimento.

Por derradeiro, concedo, também de ofício, em favor da acusada Raquel Lima Nunes, ordem de *habeas corpus*, para anular a decisão de recebimento da denúncia, ante a sua manifesta ausência de fundamentação, e demais atos subseqüentes, devendo uma nova ser proferida, desta feita, devidamente fundamentada.

É como voto.

Fortaleza, 9 de dezembro de 1997.

COMENTÁRIOS

No v. acórdão cujo inteiro teor acima se transcreveu, várias são as questões analisadas, todas elas merecedoras de alguma reflexão. Desde o aspecto da imputação de uma conduta típica baseada em mera "indução lógica" – se o indiciado é viciado em cocaína e esteve, ao que consta, hospedado em um quarto de hotel onde tal substância entorpecente foi achada, logo guardou, portou e teve consigo aquele produto – até a problemática do efetivo consumo como fato atípico, muito poderia ser ponderado e comentado.

Contudo, os dois pontos de maior destaque neste julgado dizem com a admissibilidade, *in casu*, do remédio heróico e com a necessidade de fundamentação do ato judicial que recebe a denúncia ou queixa.

Quanto ao primeiro tópico, cumpre observar a exatidão da interpretação dada pelo relator à lição, desde há muito assentada na doutrina e, especialmente, na jurisprudência, de que o *habeas corpus* não se presta ao exame aprofundado de provas. Como costuma acontecer em qualquer área do conhecimento humano, certos conceitos ou lições, de tão repetidas, acabam por engessar a capacidade de raciocínio do homem, que se torna insensível ao real significado das palavras que concretizam um determinado entendimento, passando a aplicá-lo tal qual um autômato, normalmente com um agudo estreitamento de seu campo de visão.

Em outros termos, a exemplo do que ocorreu com o mandado de segurança, buscou-se apenas afastar da via estreita destes remédios constitucionais as questões que demandassem a produção de provas que não pudessem acompanhar a inicial ou as informações da autoridade coatora, com o objetivo de preservar a necessária celeridade dos seus ritos. Contudo, o que acabou se verificando, no dia-a-dia forense, foi uma limitação do acesso ao remédio heróico, quando as questões envolvidas fossem de maior complexidade, o que nada tem a ver com a produção probatória.

Valendo-se do desvirtuamento de um entendimento absolutamente correto, muitos são os julgados proferidos em *habeas corpus* que se esquivam do exame de matéria efetivamente complexa, por vezes envolvendo a difícil identificação de elementares do tipo ou de certas excludentes, sob a argumentação de que a sua solução demanda dilação probatória. Em boa parte dos casos a sustentação é falaciosa e busca disfarçar um incon-

cebível comodismo daquele a quem foi outorgada a nobre missão de dizer o Direito. Não se pode aceitar que alguns integrantes dos mais diversos tribunais pátrios escusem-se de apreciar certas questões, que lhe são servidas ainda quentes, deixando para analisá-las apenas em sede de apelo, após terem sido destrinchadas pelos juízes de primeiro grau.

Assim, deve o julgador esforçar-se ao máximo para decidir a questão com os elementos que lhe são apresentados, só deixando de conhecer do *writ* quando, de fato, a produção de alguma prova se fizer imprescindível. Se todos os dados necessários ao exame da questão, por mais tormentosa que seja, estiverem presentes, a sua esquiva será a negação da própria função jurisdicional.

O segundo ponto versado no julgado em comento também se apresenta com uma atualidade e urgência dignas de nota.

Urgente porque, passados dez anos da promulgação da Constituição Federal hoje em vigor, ainda não se fixou, na mente de alguns operadores do Direito, a necessidade de se ler o Código de Processo Penal de acordo com a Carta Magna, e não o contrário.

Ainda que do velho sistema processual penal concretizado no Decreto-lei 3.689/41 decorra a conclusão de que o ato que recebe a denúncia é uma decisão interlocutória simples, quase um despacho de mero expediente, semelhante ao tradicional *cite-se* do processo civil, e que, por não comportar recurso, dispensa qualquer fundamentação, o fato é que a já não tão nova Constituição Federal obriga a uma releitura do Código de Processo Penal, de modo a adequá-lo a uma nova realidade.

Nos termos do art. 93, IX, da Carta Magna, todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Ora, se o ato que recebe a denúncia é decisão, ainda que interlocutória simples, a sua fundamentação não é apenas desejável, mas indispensável.

Além disso, garantido-se a todos, inclusive aos réus no processo penal, a ampla defesa, é corolário desta a fundamentação do ato que possa vir a ser impugnado, pois a dificuldade que existe em defender-se de algo que não se conhece conduz, na verdade, a uma quase impossibilidade de defesa.

Pouco importa que o sistema não preveja recurso próprio. Viável a utilização do *habeas corpus*, tem o réu o direito inafastável de conhecer os fundamentos do ato que ameaça a sua liberdade de ir e vir, até para poder elaborar a sua impetração. Obrigar o impetrante a adivinhar as razões do recebimento da denúncia ou queixa, ficando no aguardo da mirabolante surpresa que poderá vir nas informações da autoridade apontada como coatora, é algo incompatível com a segurança jurídica e com a garantia constitucional da ampla defesa.

A atualidade do tema, por outro lado, diz com a crescente importância da decisão que recebe a acusação, no que tange aos efeitos paralelos por ela gerados.

Quando do surgimento do Código de Processo Penal, poucos efeitos concretos decorriam do recebimento da denúncia ou queixa, além da sua própria aceitação e do início da movimentação da máquina jurisdicional, com a busca do acusado para ser citado e, assim, vir compor a relação jurídico-processual.

Naqueles idos, os crimes eram afiançáveis ou inafiançáveis e a liberdade era um bem pelo qual se tinha pouco respeito. Justificava-se a diminuta importância dada à capitulação dos fatos narrados na denúncia ou queixa, decorrendo daí uma outra lição que, desde então, vem entorpecendo o discernimento de juízes, membros do Ministério Público e advogados,

ou seja, o réu se defende dos fatos narrados e não da capitulação que lhes é dada.

Não há, neste entendimento, maiores impropriedades, desde que não se extrapole o seu alcance para concluir-se que a capitulação provisória dos fatos está entregue ao livre arbítrio do Ministério Público ou do queixoso, não decorrendo daí qualquer prejuízo.

O legislador pátrio, ora encantado com o aspecto simbólico do Direito Penal, ora embalado por eflúvios de lucidez, criou uma série de categorias de crimes, com tratamentos cada vez mais díspares. Hoje não se tem apenas crimes afiançáveis ou inafiançáveis. Existem os crimes hediondos, os crimes de menor potencial ofensivo e os crimes que ensejam a suspensão do processo, além de outras classes que a criatividade legislativa vier a gerar.

Ao receber a denúncia ou queixa, com a capitulação dada pelo Ministério Público ou pelo querelante, o juiz define, na verdade, o tratamento que será conferido ao réu durante o processo-crime. Ao aceitar a capitulação do fato como crime hediondo, estará, por exemplo, vedando ao preso em flagrante a liberdade provisória. Recebendo a denúncia após a aceitação da proposta de suspensão do processo, estará submetendo o acusado a um período de prova que beira as raias da pena. Se determinar o processamento de uma inicial acusatória que foge ao âmbito de incidência da Lei 9.099/95, estará sujeitando o acusado ao velho e tormentoso processo-crime, com todos os ônus a ele inerentes.

Não parece razoável, portanto, que todas estas conseqüências, com diversos graus de gravame para o sujeito passivo da futura relação processual, decorram de um singelo *recebo a denúncia, cite-se o acusado*. Ainda que o denunciado, e também a sociedade, acreditem que o juiz muito refletiu antes de lançar tais palavras aos autos, é de todo desejável, e a Constituição Federal o exige, que tais reflexões venham a lume, mesmo que seja apenas para alimentar o resignado conformismo do acusado.

9. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

9.1

LEI 9.777, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1998

Altera os arts. 132, 203 e 207 do Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º Os arts. 132, 203 e 207 do Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 132. (...)

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais".

"Art. 203. (...)

Pena – detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência." (NR).

"§ 1.º Na mesma pena incorre quem:

I – obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida;

II – impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio de retenção de seus documentos pessoais ou contratuais.

§ 2.º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental."

"Art. 207. (...)

Pena – detenção de um a três anos, e multa." (NR)

"§ 1.º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.

§ 2.º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental."

Art. 2.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de dezembro de 1998; 177.º Da Independência e 110.º Da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Renan Calheiros

9.3

DECRETO LEGISLATIVO 89, DE 1998(*)

Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional.

O Congresso Nacional decreta:]

Art. 1.º É aprovada a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional.

Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida solicitação.

Art. 2.º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 3 de dezembro de 1998

Senador ANTONIO CARLOS MAGALHÃES, Presidente

(*) A solicitação de reconhecimento acima citada está publicada no DSF de 21.10.1998

(Of. El. n. 63/98)

9.4

RESOLUÇÃO 81, DE 19 DE NOVEMBRO DE 1998

Disciplina o uso de medidores da alcoolemia e a pesquisa de substâncias entorpecentes no organismo humano, estabelecendo os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes.

O Conselho Nacional de Trânsito – Contran, usando da competência que lhe confere o art. 12, inciso I, da Lei 9.503, de 23.09.1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, c.c. seus arts. 165, 276, 277 e conforme o Decreto 2.327, de 23.09.1997, que trata da coordenação do Sistema Nacional de Trânsito, resolve:

Art. 1.º A comprovação de que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor, sob suspeita de haver excedido os limites de seis decigramas de álcool por litro de sangue, ou de haver usado substância entorpecente, será confirmado com os seguintes procedimentos.

I – teste em aparelho de ar alveolar (bafômetro) com a concentração igual ou superior a 0,3mg por litro de ar expelido dos pulmões;

II – exame clínico com laudo conclusivo e firmado pelo médico examinador da Polícia Judiciária;

Artículo 25

Ninguna disposición de la presente Declaración podrá interpretarse como si confiriera a un Estado, un grupo o un individuo, un derecho cualquiera a ejercer una actividad o realizar un acto que vaya en contra de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y en particular los principios establecidos en la presente Declaración.

9.7

CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO CON RESPECTO A LAS APLICACIONES DE LA BIOLOGÍA Y DE LA MEDICINA: CONVENIO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA BIOMEDICINA.* CONSEJO DE EUROPA, 4 DE ABRIL DE 1997

Preámbulo

Los Estados Miembros del Consejo de Europa, los demás Estados y la Comunidad Europea firmantes de este Convenio,

Teniendo presente la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948;

Teniendo presente el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950;

Teniendo presente la Carta Social Europea de 18 de Octubre de 1961;

Teniendo presente el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de Diciembre de 1966;

Teniendo asimismo presente el Convenio para la proteción de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos personales de 28 de enero de 1981;

Teniendo presente el Convenio de los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989;

Considerando que el objetivo del Consejo de Europa es lograr una mayor unión entre sus miembros y que uno de los medios para alcanzar ese objetivo consiste en la protección y desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales;

Conscientes del rápido desarrollo de la biología y de la medicina;

Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano no sólo como individuo sino también en su pertenencia a la especie humana, y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad;

Conscientes de que un uso inadecuado de la biología y de la medicina puede conducir a actos que amenacen la dignidad humana;

Afirmando que el progreso de la biología y de la medicina debe ser empleado en provecho de la presente generación y de las futuras;

Subrayando la necesidad de la cooperación internacional a fin de que la humanidad entera pueda disfrutar de las aportaciones de la biología y de la medicina;

Reconociendo la importancia de promover el debate público sobre las cuestiones que la apli-

(*) El presente Convenio ha sido firmado por los siguientes Estados: Dinamarca, España, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Rumania, San Marino, Suecia, la ex-República Yugoslava de Macedonia, Turquia.

cación de la biología y de la medicina plantea y sobre las respuestas que procede aportar;

Deseando recordar a cada uno de los miembros de la sociedad sus derechos y responsabilidades;

Teniendo en consideración los trabajos de la Asamblea Parlamentaria en este campo, incluida la Recomendación 1160 (1991) sobre la elaboración de un Convenio de bioética;

Resueltos a tomar las medidas adecuadas al objeto de garantizar la dignidad del ser humano y los derechos y libertades fundamentales de la persona respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina;

Han convenido lo siguiente:

CAPITULO I
Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto y finalidad

Las Partes en este Convenio protegerán la dignidad e identidad de todo ser humano y garantizarán a toda persona, sin discriminación, el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina.

Cada parte tomará, en su ordenamiento interno, las medidas necesarias para llevar a cabo lo previsto en este convenio.

Artículo 2. Primacía del ser humano

El interés y el bienestar del ser humano prevalecerán frente al exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia.

Artículo 3. Acceso equitativo a la asistencia sanitaria

Las Partes tomarán las medidas adecuadas a fin de garantizar, en su esfera de jurisdicción, un acceso equitativo a los servicios sanitarios, habida cuenta de las necesidades en materia de salud y de los recursos disponibles.

Artículo 4. Pautas y obligaciones profesionales

Toda intervención en materia de salud, incluida la investigación, deberá llevarse a cabo con observancia de las pautas y obligaciones profesionales aplicables a cada caso.

CAPITULO II
Consentimiento

Artículo 5. Regla general

No podrá llevarse a cabo intervención alguna sobre una persona en materia de salud sin su consentimiento informado y libre.

Dicha persona recibirá previamente una información adecuada sobre la finalidad y naturaleza de la intervención, así como de sus consecuencias y riesgos.

La persona afectada, podrá retirar su consentimiento en todo momento y con entera libertad.

Artículo 6. Protección de los incapaces

1. Con las reservas de los artículos 17 y 20, las personas sin capacidad para consentir no podrán ser sometidas a intervención alguna sino en su beneficio directo.

2. Cuando, según la ley, un menor no sea capaz de consentir a una intervención, ésta no podrá llevarse a cabo sin la autorización de su representante, de una autoridad, o de la persona o instancia señalada en la ley.

El consentimiento del menor será considerado como elemento tanto más determinante cuanto mayores sean su edad y grado de discernimiento.

3. Cuando según la ley un mayor de edad no tenga capacidad de consentir a una intervención por razón de una deficiencia mental, enfermedad o motivo similar, aquélla no podrá llevarse a cabo sin la autorización de su representante, de una autoridad, o de la persona o instancia señalada en la ley.

En la medida de lo posible la persona afectada tomará parte en el procedimiento de autorización.

4. El representante, la autoridad, la persona o la instancia a que se refieren los apartados 2 y 3, recibirán en las mismas condiciones la información a que alude el artículo 5.

5. La autorización contemplada en los párrafos 2 y 3, podrá en todo momento ser retirada en interés de la persona afectada.

Artículo 7. Protección de las personas que sufran trastorno mental

La persona que sufra un trastorno mental no podrá ser sometida a tratamiento de dicho

trastorno sin su consentimiento, a no ser que de la falta de tratamiento pudiera acarrearse grave quebranto para su salud y con arreglo a las condiciones establecidas por la ley en orden a su protección. Las condiciones legales de protección comprenderán procedimientos de vigilancia y control y vías de recurso.

Artículo 8. Situaciones de urgencia

Si por imperativos de urgencia fuese imposible obtener el correspondiente consentimiento, se podrá no obstante realizar de inmediato toda intervención médica indispensable para el bien de la salud de la persona afectada.

Artículo 9. Deseos emitidos con anterioridad

Deberán tomarse en cuenta los deseos emitidos con anterioridad por el paciente que, al tiempo de la intervención, no se hallare en estado de expresar su voluntad en orden a una intervención médica.

CAPITULO III

Intimidad y derecho a la información

Artículo 10. Intimidad y acceso a la información

1. Todos tienen derecho al respeto de su vida privada en el ámbito de la salud.

2. Toda persona tiene derecho a conocer cualquier información recogida sobre su salud. Si, no obstante, prefiriese no ser informada, habrá de respetarse su voluntad.

3. Excepcionalmente la ley nacional podrá prever, en interés del paciente, restricciones al ejercicio de los derechos enunciados en el apartado 2.

CAPITULO IV

Genoma humano

Artículo 11. No discriminación

Está prohibida toda forma de discriminación hacia una persona en razón de su patrimonio genético.

Artículo 12. Análisis predictivos de enfermedades genéticas

Los análisis predictivos de enfermedades genéticas o susceptibles de identificar a un sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o una predisposición o susceptibilidad genética a una enfermedad, únicamente podrán llevarse a cabo con fines médicos o de investigación médica, y acompañados de un consejo genético apropiado.

Artículo 13. Intervenciones en el Genoma humano

No podrá realizarse intervención alguna sobre el genoma humano si no es con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos y a condición de que no tenga por objetivo modificar el genoma de la descendencia.

Artículo 14. Selección de sexo

La utilización de técnicas de procreación asistida no puede llevarse a cabo para elegir el sexo del niño, salvo que se trate de evitar una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo.

CAPITULO V

Investigación científica

Artículo 15. Regla general

La investigación científica en el ámbito de la biología y de la medicina se desarrollará libremente, con arreglo a lo establecido en este Convenio y en las demás disposiciones jurídicas que aseguran la protección del ser humano.

Artículo 16. Protección de las personas que se presten a una investigación

No podrá llevarse a cabo investigación alguna en una persona a menos que se cumplan las condiciones siguientes:

I) que no exista un método alternativo a la investigación con seres humanos de eficacia comparable;

II) que los riesgos a que se pueda exponer la persona, no sean desproporcionados a los beneficios potenciales de la investigación;

III) que el proyecto de investigación haya sido aprobado por la instancia competente tras

haber sido objeto de un examen independiente sobre su pertinencia científica, teniendo en cuenta la importancia del objetivo de la investigación y la dimensión ética;

IV) que la persona que se preste a una investigación sea informada de sus derechos y de garantías previstas por la ley para su protección;

V) que el consentimiento a que se refiere el artículo 5, sea otorgado expresa, específicamente y por escrito. Este consentimiento puede ser libremente revocado en todo momento.

Artículo 17. Protección de las personas que no tengan capacidad de consentir a una investigación

1. No podrá llevarse a cabo investigación alguna en una persona que no tenga capacidad de consentir a ello conforme al artículo 5, a menos que se cumplan las siguientes condiciones:

I) que se cumplan las condiciones expresadas en los párrafos (I) a (IV) del artículo 16;

II) que los resultados esperados de la investigación comporten un beneficio directo para su salud;

III) que la investigación no se pueda efectuar con eficacia comparable en sujetos capaces de consentir;

IV) que la autorización prevista en el artículo 6 haya sido otorgada especificamente y por escrito; y

V) que la persona no se oponga a ello.

2. Excepcionalmente, y en las condiciones de protección previstas por la ley, puede ser autorizada una investigación en la que los resultados no comporten beneficio directo para la salud de la persona, si se cumplen las condiciones expresadas en los apartados (I), (III), (IV) y (V) en párrafo 1 anterior así como las condiciones siguientes:

I) que la investigación tenga por objeto contribuir a una mejora significativa en el conocimiento científico del estado de la persona, de su enfermedad o trastorno, a la obtención, a su término, de resultados que permitan un beneficio para la persona afectada u otras en edad similar o que sufran la misma enfermedad o trastorno o presenten las mismas características;

II) que la investigación no suponga para la persona mas que un riesgo mínimo y una molestia mínima.

Artículo 18. Investigación sobre embriones in vitro

1. Cuanto la ley nacional admitiere la investigación sobre embriones *in vitro* deberá asegurar una protección adecuada al embrión.

2. Se prohibe la creación de embriones humanos con el fin de investigar sobre los mismos.

CAPITULO VI

Extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos con fines de transplante

Artículo 19. Regla general

1. La extracción de órganos o tejidos con fines de transplante no puede llevarse a cabo en un donante vivo si no es en interés terapéutico del receptor y si no se dispone de un órgano o tejido adecuado de una persona fallecida ni de método terapéutico alternativo de eficacia comparable.

2. El consentimiento a que se refiere el artículo 5 ha de ser expreso y específico, sea por escrito o ante una instancia oficial.

Artículo 20. Protección de las personas incapaces de consentir a la extracción de un órgano

1. No podrá efectuarse extracción alguna de un órgano o tejido de una persona que no tenga capacidad de consentir de acuerdo con el artículo 5.

2. Excepcionalmente y con las condiciones de protección previstas en la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona sin capacidad para consentir, puede ser autorizada con los siguientes requisitos:

I) que no se disponga de donante compatible con capacidad para consentir;

II) que el receptor sea hermano o hermana del donante;

III) que la donación pretenda preservar la vida del receptor;

IV) que la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, haya sido otorgada específicamente y por escrito, tal como lo prevé la ley, y con la aprobación del órgano competente;

V) que el donante potencial no se oponga.

CAPITULO VII
Prohibición de lucro y utilización de una parte del cuerpo humano

Artículo 21. Prohibición de lucro

El cuerpo humano y sus partes no deben ser, como tales, fuente de lucro.

Artículo 22. Utilización de una parte del cuerpo humano extraída

Cuando en el curso de una intervención se extrajere una parte cualquiera del cuerpo humano, no podrá ser conservada o utilizada para fin distinto del que motivó su extracción sino con la observancia de los correspondientes procedimientos de información y consentimiento.

CAPITULO VIII
Conculcación de las disposiciones del Convenio

Artículo 23. Conculcación de los principios

Las Partes garantizarán la adecuada tutela judicial para prevenir o hacer cesar en brever cualquier conculcación ilícita de los derechos y principios establecidos en este Convenio.

Artículo 24. Reparación de daños injustificados

El que de resultas de una intervención sufra un daño injustificado tendrá derecho a reparación equitativa en los términos y según las modalidades establecidas por la ley.

Artículo 25. Sanciones

Las Partes fijarán sanciones adecuadas para los supuestos de transgresión de las disposiciones de este Convenio.

CAPITULO IX
Relación del presente Convenio con otras disposiciones

Artículo 26. Restricción al ejercicio de derechos

1. El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección recogidas en este Convenio, no pueden ser objeto de otras restricciones mas que aquellas que, previstas por la ley, supongan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de delitos, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de los demás.

2. Las restricciones recogidas en el apartado anterior, no pueden ser aplicadas a los artículos 11, 13, 14, 16, 17, 19, 20 y 21.

Artículo 27. Protección más amplia

Las disposiciones de este Convenio se entienden sin perjuicio de la facultad que asiste a cada Parte de garantizar una mayor protección con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina.

CAPITULO X
Debate público

Artículo 28. Debate público

Las Partes velarán por que las cuestiones fundamentales planteadas por el desarrollo de la biología y de la medicina sean debatidas públicamente y de manera adecuada, atendiendo en particular a las correspondientes implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas, y por que sus posibles aplicaciones sean objeto de adecuada consulta.

CAPITULO XI
Interpretación y cumplimiento del Convenio

Artículo 29. Interpretación del Convenio

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede aportar informes consultivos sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación de este Convenio, durante el curso de un litigio concreto que se desarrolle ante una jurisdicción, a petición de:

– el Gobierno de una Parte, tras haber informado a las otras Partes,

– el comité instituido por el artículo 32, en su reunión integrada por los Representantes de las Partes del presente Convenio, por decisión tomada por mayoria de dos tercios de los votos emitidos.

Artículo 30. Informes sobre la aplicación del Convenio

A requerimiento del Secretario General del Consejo de Europa, toda Parte suministrará las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su ordenamiento interno asegura la efectiva aplicación de cualquiera de las disposiciones de este Convenio.

CAPITULO XII
Protocolos

Artículo 31. Protocolos

A fin de desarrollar, en temas específicos, los principios enunciados en este Convenio, se podrán elaborar protocolos con arreglo a lo establecido en el artículo 32.

Los protocolos estarán abiertos a la firma de los Signatarios del Convenio. Estarán sujetos a ratificación, aceptación o aprobación. Un Signatario no podrá ratificar, aceptar o aprobar un protocolo sin, previa o simultáneamente, haber ratificado el Convenio.

CAPITULO XIII
Enmiendas al Convenio

Artículo 32. Enmiendas al Convenio

1. Los cometidos que este artículo y el artículo 29 confían al "Comité", serán llevados a cabo por el Comité Director de Bioética (CDBI) o por otro comité constituido a tal fin por el Comité de Ministros.

2. Sin perjuicio de las disposiciones específicas del artículo 29, todo Estado miembro del Consejo de Europa, así como toda Parte en el presente Convenio que no sea parte del Consejo de Europa, puede estar representado en el Comité y disponer de derecho de voz, en tanto cumpla las obligaciones señaladas en el presente Convenio.

3. Todos los Estados a los que hace referencia el artículo 33 o que sean invitados a acceder a este Convenio, de acuerdo con las disposiciones del artículo 34 y que no sean Parte de este Convenio, podrán estar representados en el Comité por un observador. Si la Comunidad Europea no fuera una Parte, podría estar representado en el Comité por un observador.

4. A fin de estar al corriente de los avances científicos, el presente Convenio será objeto de un examen en el seno del Comité en un plazo máximo de cinco años desde su entrada en vigor y en adelante en los intervalos que el Comité determine.

5. Toda propuesta de enmienda a este Convenio y toda propuesta de Protocolo o de enmienda a un Protocolo que sea presentada por una Parte, por el Comité, o por el Comité de Ministros, se comunicará al Secretario General del Consejo de Europa, y éste la remitirá a los Estados miembros del Consejo de Europa, a la Comunidad Europea, a los Signatarios, a las Partes y a los Estados invitados a firmar este Convenio de acuerdo a las disposiciones del artículo 33 y a todos los demás Estados invitados a acceder a él, de acuerdo a las disposiciones del artículo 34.

6. El Comité examinará la proposición en un plazo máximo de dos meses desde que hubiera sido remitida por el Secretario General, conforme el párrafo 5. El Comité enviará el texto adoptado por mayoria de dos tercios de los votos al Comité de Ministros para su aprobación. Una vez aprobado, el texto será remitido a las Partes para su ratificación, aceptación o aprobación.

7. Toda enmienda será efectiva, con respecto a las Partes que la hayan aceptado, el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de un mes después de la fecha en que cinco Partes, de las que al menos cuatro deberán ser Estados miembros del Consejo de Europa, hayan informado al Secretario General de su aceptación.

Con respecto a las Partes que la acepten en fecha posterior, la enmienda será efectiva el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de un mes después de la fecha en que dichas Partes hayan informado al Secretario General de su aceptación.

CAPITULO XIV
Cláusulas finales

Artículo 33. Firma, ratificación y entrada en vigor

1. Este Convenio podrá ser firmado por los Estados miembros del Consejo de Europa, los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración y por la Comunidad Europea.

2. Este Convenio está sujeto a su ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serán depositados ante el Secretario General del Consejo de Europa.

3. Este Convenio será efectivo el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha en que cinco Estados, de los que al menos cuatro deberán ser Estados miembros del Consejo de Europa, hayan expresado su consentimiento a someterse al Convenio, de acuerdo con las disposiciones del apartado anterior.

4. Con respecto a los Signatarios que expresen en fecha posterior su consentimiento a someterse al Convenio, éste será efectivo el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después de la fecha en que se haya depositado el instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

Artículo 34. Estados no miembros

1. Después de la entrada en vigor de este Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, podrá invitar a acceder al Convenio, tras haber consultado a las Partes, a los Estados no miembros del Consejo de Europa, mediante una decisión adoptada por la mayoría que se especifica en el artículo 20, subapartado d del Estatuto del Consejo de Europa y, asimismo, mediante el voto unánime de los representantes de los Estados Contratantes con derecho a formar parte del Comité de Ministros.

2. Con respecto al Estado que acceda al Convenio, éste será efectivo en dicho Estado el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha en que se haya depositado el instrumento de acceso ante el Secretario General del Consejo de Europa.

Artículo 35. Aplicación territorial

1. Todo Signatario podrá especificar el territorio o territorios en los que se aplicará este Convenio, en el momento de la firma o al tiempo de depositar el instrumento de su ratificación, aceptación o aprobación. Todo otro Estado podrá formular la misma declaración al tiempo de depositar su instrumento de acceso.

2. Toda Parte podrá en cualquier fecha posterior, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, extender la aplicación de este Convenio a todo otro territorio que se especifique en la declaración y para el que sea responsable de sus relaciones internacionales o en cuya representación esté autorizado a contraer compromisos. Con respecto a tal territorio, el Convenio será efectivo el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después de la fecha de recepción de tal declaración por el Secretario General.

3. Toda declaración formulada de acuerdo a los dos apartados precedentes, con respecto a todos los territorios especificados en tal declaración, podrá ser anulada mediante una notificación dirigida al Secretario General. La anulación será efectiva el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha de recepción de dicha declaración por el Secretario General.

Artículo 36. Reservas

1. Todo Estado y la Comunidad europea, podrán, en el momento de la firma o al tiempo de depositar el instrumento de ratificación, formular una reserva a una disposición particular del presente Convenio en tanto su ordenamiento interno vigente no sea conforme con aquella. No se admiten las reservas de carácter general en los términos de este artículo.

2. Toda reserva formulada conforme al presente artículo habrá de acompañarse de un breve informe sobre la ley a que se refiere.

3. Toda Parte que extienda la aplicación de este Convenio a un territorio mencionado en la declaración indicada en el apartado 2 del artículo 35, puede, en relación con el territorio afectado, formular una reserva de acuerdo con lo establecido en los apartados precedentes.

4. Toda Parte que haya formulado la reserva mencionada en este artículo puede anularla mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. La anulación será efectiva a partir del primer día del mes siguiente a la expiración del periodo de un mes después de la fecha de su recepción por el Secretario General.

Artículo 37. Denuncia

1. Toda Parte puede en cualquer momento denunciar este Convenio mediante una notifica-

ción dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

2. La denuncia será efectiva el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses despues de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Artículo 38. Notificaciones

El Secretario General de Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo, a la Comunidad Europea, a todo Signatario, a toda Parte y a todo otro Estado que haya sido invitado a acceder a este Convenio, de:

a) cualquier firma;

b) el depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;

c) cualquier fecha de entrada en vigor de este Convenio de acuerdo con los artículos 33 o 34;

d) cualquier enmienda o protocolo adoptado de acuerdo con el artículo 32 y la fecha en la que tal enmienda o protocolo entrará en vigor;

e) cualquier declaración hecha conforme a lo establecido en el artículo 35;

f) cualquier reserva o anulación de reserva hecha de acuerdo con lo previsto en el artículo 36;

g) cualquier otro acto, notificación o comunicación relativos a este Convenio.

En su presencia y estando los abajo firmantes plenamente autorizados, han firmado este Convenio.

Firmado en Oviedo, el 4 de Abril de 1997, en Inglés y Francés, siendo ambos textos igualmente válidos y en una copia unica que sera depositada en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa enviará copias certificadas a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, a la Comunidad Europea, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración de este Convenio y a todo Estado que haya sido invitado a acceder a este Convenio.

9.8

ESTATUTO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Art. 1.º – O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais é entidade não governamental, de tempo indeterminado, sem fins lucrativos, fundado em 14.10.1992, com sede na cidade de São Paulo.

Art. 2.º – O Instituto têm por finalidade: 1. Fomentar o respeito incondicional aos princípios, direitos e garantias fundamentais que estruturam a Constituição Federal; 2. Lutar pela realização efetiva, concreta e imediata do Estado Democrático de Direito; 3. Defender os princípios formadores do regime democrático especialmente diante de ameaças deformadoras ou desviantes desse regime; 4. Defender os direitos das minorias e dos marginalizados para assegurar a dignidade que é devida a toda pessoa humana e para que Direito Criminal seja criado, aplicado e executado sem discriminação; 5. Defender e estimular o devido respeito aos direitos e à dignidade das vítimas de delito que são ao lado da comunidade, os destinatários últimos do sistema penal; 6. Reunir os operadores jurídicos e não jurídicos das diversas áreas que tratam da questão criminal, visando o estabelecimento de vínculos de cooperação e solidariedade mútuos; 7. Estudar, desenvolver e divulgar as Ciências Criminais dentro de uma visão pluralista e sem preconceitos; 8. Estimular o estudo aprofundado do crime e da criminalidade, dentro de uma concepção pluridimensional, bem como a elaboração de artigo, tese, ensaio, ou livros sobre tais fenômenos; 9. Promover a edição e divulgação de livros, teses, boletins que abordem a matéria criminal sob qualquer enfoque e, em especial a "Revista Brasileira de Ciências Criminais"; 10. Promover a realização de cursos, debates, congressos,

ción dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

2. La denuncia será efectiva el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses despues de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Artículo 38. Notificaciones

El Secretario General de Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo, a la Comunidad Europea, a todo Signatario, a toda Parte y a todo otro Estado que haya sido invitado a acceder a este Convenio, de:

a) cualquier firma;

b) el depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;

c) cualquier fecha de entrada en vigor de este Convenio de acuerdo con los artículos 33 o 34;

d) cualquier enmienda o protocolo adoptado de acuerdo con el artículo 32 y la fecha en la que tal enmienda o protocolo entrará en vigor;

e) cualquier declaración hecha conforme a lo establecido en el artículo 35;

f) cualquier reserva o anulación de reserva hecha de acuerdo con lo previsto en el artículo 36;

g) cualquier otro acto, notificación o comunicación relativos a este Convenio.

En su presencia y estando los abajo firmantes plenamente autorizados, han firmado este Convenio.

Firmado en Oviedo, el 4 de Abril de 1997, en Inglés y Francés, siendo ambos textos igualmente válidos y en una copia unica que sera depositada en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa enviará copias certificadas a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, a la Comunidad Europea, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración de este Convenio y a todo Estado que haya sido invitado a acceder a este Convenio.

9.8

ESTATUTO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Art. 1.º – O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais é entidade não governamental, de tempo indeterminado, sem fins lucrativos, fundado em 14.10.1992, com sede na cidade de São Paulo.

Art. 2.º – O Instituto têm por finalidade: 1. Fomentar o respeito incondicional aos princípios, direitos e garantias fundamentais que estruturam a Constituição Federal; 2. Lutar pela realização efetiva, concreta e imediata do Estado Democrático de Direito; 3. Defender os princípios formadores do regime democrático especialmente diante de ameaças deformadoras ou desviantes desse regime; 4. Defender os direitos das minorias e dos marginalizados para assegurar a dignidade que é devida a toda pessoa humana e para que Direito Criminal seja criado, aplicado e executado sem discriminação; 5. Defender e estimular o devido respeito aos direitos e à dignidade das vítimas de delito que são ao lado da comunidade, os destinatários últimos do sistema penal; 6. Reunir os operadores jurídicos e não jurídicos das diversas áreas que tratam da questão criminal, visando o estabelecimento de vínculos de cooperação e solidariedade mútuos; 7. Estudar, desenvolver e divulgar as Ciências Criminais dentro de uma visão pluralista e sem preconceitos; 8. Estimular o estudo aprofundado do crime e da criminalidade, dentro de uma concepção pluridimensional, bem como a elaboração de artigo, tese, ensaio, ou livros sobre tais fenômenos; 9. Promover a edição e divulgação de livros, teses, boletins que abordem a matéria criminal sob qualquer enfoque e, em especial a "Revista Brasileira de Ciências Criminais"; 10. Promover a realização de cursos, debates, congressos,

encontros, palestras ou conferências que tenham o fenômeno criminal como tema básico; 11. Promover ou incentivar a realização de pesquisas jurisprudenciais, doutrinárias e empíricas sobre o crime e a criminalidade criando-se um banco de dados.

Art. 3.º – 1. Ouvido o Conselho Consultivo, o Presidente formalizará a filiação do Instituto a entidades internacionais, com vistas ao intercâmbio de experiências e de atividades, sempre e enquanto as atividades daquelas coincidirem com os objetivos estatutários do IBCCrim; 2. Ouvido o Conselho Executivo, o Presidente acolherá proposta de associação de entidades congêneres, com funcionamento regular no território nacional, devendo a associada expressamente assumir o compromisso de respeitar os objetivos estatutários do IBCCrim, propondo-se à associada, especialmente, promover congressos regionais, angariar novos associados e incentivar a elaboração de textos para publicação na Revista do Instituto; vedada a publicação por ela de outra Revista com mesmos objetivos daquela editada pelo Instituto; 3. Sempre que se verificar a inexistência de interesse para o Instituto na manutenção da filiação ou associação de que trata este artigo, providenciará o Presidente sua denúncia, ouvida previamente o Conselho Diretivo, conforme o caso.

Art. 4.º – São membros do Instituto:

1. Os fundadores, isto é, os que firmarem a ata de fundação;

2. As pessoas apresentadas, por proposta de pelo menos dois membros do Instituto ou por qualquer integrante do Conselho Executivo, aprovadas por maioria de votos do Conselho;

3. Sócio Emérito, aprovado por unanimidade pelos Conselhos Executivo e Consultivo. O indicado deverá ter prestado relevantes serviços ao Instituto ou ter publicado trabalhos científicos coerentes com as suas finalidades;

4. O sócio estudante.

Art. 5.º – Perde-se a qualidade de membro do Instituto:

1. A pedido;

2. Por decisão da Assembléia Geral, por maioria de 2/3 dos votos, em razão de prática de ato contrário às finalidades estatutárias ou quem implique em prejuízo moral para o Instituto;

3. Por ato do Conselho Executivo em decorrência do não pagamento injustificado de três contribuições mensais ordinárias, ou de contribuição extraordinária.

Art. 6.º – As contribuições serão fixadas pela Assembléia Geral.

Art. 7.º – As despesas do Instituto serão suportadas coletivamente por todos seus membros respeitado o limite da receita. Os recursos compõem-se de contribuições, ordinárias e extraordinárias, subvenções públicas ou particulares, doações e direitos autorais, ficando a aprovação das subvenções a cargo do Conselho Executivo. 1. As despesas serão autorizadas e os cheques serão assinados pelo Presidente e/ou pelos Vice-Presidentes e/ou Tesoureiro e/ou Tesoureiro Adjunto; 2. Os membros do Instituto não respondem pessoalmente pelas obrigações assumidas em nome deste.

Art. 8.º – A Assembléia Geral é o poder soberano do Instituto, cabendo-lhe definir e priorizar as finalidades enumeradas no art. 2.º – 1. Os integrantes do Instituto, inscritos há mais de três meses e em dia com as contribuições, reunir-se-ão em Assembléia Geral Ordinária na primeira quinzena de dezembro, pelo menos, e em Assembléia Geral Extraordinária, sempre que isso se torne necessário; 2. A Assembléia Geral, ordinária ou extraordinária, será convocada pelo Conselho Executivo, ou ainda por um quarto dos associados, com antecedência mínima de dez dias constando da convocação a ordem dos trabalhos; 3. A Assembléia Geral elegerá o Conselho Executivo do Instituto e seus Suplentes, aprovará as contas do exercício findo, votará o orçamento subseqüente e deliberará sobre as questões da ordem do trabalho; 4. O art. 2.º do Estatuto só poderá ser modificado em Assembléia Geral Extraordinária, específica e exclusivamente convocada para esse fim, instalada com a presença de pelo menos um quarto dos associados em dia com as contribuições e pela deliberação da maioria de dois terços dos presentes; 5. Os associados do Instituto sem direito a voto terão nas Assembléias, direito a voz, podendo fazer uso da palavra pelo mesmo tempo que for assegurado aos demais membros.

Art. 9.º – O Conselho Executivo encarregar-se-á de executar as decisões da Assembléia Geral, de administrar o Instituto, de indicar o Diretor e o Conselho Diretivo do Boletim e da Revista Brasileira de Ciências Criminais, bem como de designar os Diretores da área de cursos,

do núcleo de pesquisa e da biblioteca. 1. O Conselho Executivo será composto dos seguintes: Presidente, 1.º Vice-Presidente, 2.º Vice-Presidente, 1.º Secretário, 2.º Secretário, 3.º Secretário, Tesoureiro, Tesoureiro-Adjunto e Diretor de Relações Internacionais; 2. O mandato do Conselho Executivo terá a duração de dois anos e será improrrogável. Serão inelegíveis, para qualquer cargo do mandato subseqüente, o Presidente e, para o mesmo cargo, o 1.º Secretário e o Tesoureiro; 3. As decisões do Conselho Executivo serão tomadas por maioria de votos, presentes pelo menos 5 (cinco) membros. Terão acesso, voz e voto nas reuniões do Conselho Executivo os Diretores do Boletim, da Revista, de Cursos, do Núcleo de Pesquisa e da Biblioteca ou seus substitutos; 4. O Conselho Executivo reunir-se-á sempre que necessário, mas, no mínimo, uma vez por mês e poderá criar cargos de direção para departamentos específicos.

Art. 10.º – O IBCCrim, na sua estrutura organizativa, contará com um Conselho Consultivo que será formado por no máximo 5 [cinco] Conselheiros que serão escolhidos em Assembléia Geral Extraordinária e por Conselheiros Natos que serão os ex-presidentes do Instituto. Caberá no Conselho Consultivo, sempre que entender o caso, opinar sobre a gestão da entidade e, especificamente, sobre as contas da Diretoria Executiva, ressalvada a competência para a aprovação da Assembléia Geral ou Extraordinária. O Conselho será renovado a cada dois anos e seus membros serão escolhidos pela Assembléia Geral do Instituto.

Art. 11.º – O Presidente representará o Instituto judicial e extrajudicialmente, facultada a delegação de poderes a outro membro do Conselho Executivo.

Art. 12.º – A Assembléia Geral decidirá sobre a dissolução da entidade mediante convocação específica do Conselho Executivo e será instalada com a presença mínima de metade dos membros do Instituto. Se tal proporção não se verificar, haverá nova convocação com quinze dias de intervalo, podendo então, ser decidida pelos presentes em qualquer número, mas pelo voto mínimo de dois terços.

Art. 13.º – Em caso de dissolução, a Assembléia Geral designará liquidante, destinando o ativo a uma ou a mais associações similares.

Disposições transitórias: Art. 1.º – O Conselho Executivo que for eleito para o período de outubro de 1996 a outubro de 1998 terá o mandato prorrogado até o dia 31.12.1998, de modo que daí para o futuro o mandato do Conselho Executivo coincida com o biênio civil.